

VOTO

Tratam os autos de denúncia, convertida posteriormente em representação, formulada pela Federação Nacional dos Portuários para apuração de supostas irregularidades envolvendo os terminais privativos de uso misto (TUPM) e a atuação da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq).

Para melhor compreensão acerca do objeto desta representação, faço abaixo breve resumo do que dizia a Lei nº 8.630/1993, conhecida como Lei dos Portos, recentemente revogada pela Medida Provisória nº 595, de 06.12.2012.

Antecipo que a novel Medida Provisória, embora tenha eliminado a distinção entre Terminais de Uso Privativo Exclusivo e Terminais de Uso Privativo Misto, ou seja, embora não mais exija dos agora denominados Terminais de Uso Privado que demonstrem a movimentação preponderante de cargas próprias, afetou apenas parcialmente o deslinde deste processo, não tendo sido suficiente para provocar a perda do seu objeto, razão pela qual ainda é necessária uma manifestação de mérito deste Tribunal acerca da questão, conforme demonstrarei ao longo deste voto.

Essa situação decorre do fato de que a presente Representação questiona atos praticados pela Antaq que teriam ofendido a legislação vigente à época dos acontecimentos aqui reportados. Portanto, neste ponto, a edição da citada Medida Provisória pouco interfere. Haverá sim repercussão da nova norma em relação a questões ainda presentes e ao encaminhamento deste processo no tocante a providências futuras. Essas circunstâncias, porém, serão devidamente realçadas no momento oportuno deste voto.

Desse modo, apresentarei a seguir uma breve contextualização normativa da matéria, as alegações da autora da representação, o histórico deste processo até o momento, os principais comandos normativos que envolvem a matéria, com destaque para as inovações trazidas pela MP 595/2012, e, feito isso, a análise, ponto a ponto, das questões postas à apreciação desta Corte.

No que concerne ao **Porto Organizado** dizia o *caput* do art. 1º da citada Lei que “*cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado*”.

E no inciso I do seu §1º definia o porto organizado como sendo “*o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária*”.

Definia ainda no inciso IV do referido §1º do art. 1º que a área do porto organizado é “*a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto, referida na Seção II do Capítulo VI desta lei*”.

Estabelecia no §2º que “*a concessão do porto organizado será sempre precedida de licitação realizada de acordo com a lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos*”.

Quanto às **Instalações Portuárias**, a seu turno, em relações às quais reside a controvérsia deste processo, a Lei nº 8.630/1993 trazia a seguinte disposição, com grifos meus:

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

I - de **contrato de arrendamento**, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua **concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado**;

II - de **autorização** do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou **de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado**.

No §2º do supratranscrito art. 4º a Lei dos Portos definia as modalidades de **instalações portuárias**, a saber, com os meus grifos:

§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:

I - uso público;

II - uso privativo:

a) exclusivo, para movimentação de carga própria;

b) **misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.**

c) de turismo, para movimentação de passageiros. *(Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006)*

d) Estação de Transbordo de Cargas. *(Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)*

Portanto, nos termos da revogada Lei dos Portos os terminais de uso público podiam ser explorados pelos interessados por meio de contratos de concessão precedidos de licitação. Já os terminais de uso privativo misto (TUPM) podiam ser explorados pelos interessados por meio de autorizações deferidas, em um primeiro momento, pelo Ministério dos Transportes e, após a criação da Antaq, por meio da Lei nº 10.233/2001, pela referida agência (Lei dos Portos, art. 6º).

Alega, em síntese, a autora da representação o seguinte:

1 - Ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, que regulamentou a Lei 8.630/1993 (Lei de Portos), e à Resolução/Antaq 517/2005, tendo em vista que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação, segundo a qual os terminais privativos de uso misto devem ser utilizados para movimentação prioritária de cargas próprias do respectivo titular da área, sendo a movimentação de cargas de terceiros atividade apenas subsidiária e complementar;

2 - Ofensa ao art. 21, inciso XII, alínea “f”, c/c o art. 175, ambos da Constituição Federal, pois os Terminais de Uso Privativo Misto (TUPM) estariam realizando prestação de serviço público em regime de direito privado e sem prévia licitação, tendo em vista exatamente o fato de que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação;

3 - Concorrência assimétrica dos terminais privativos de uso misto em relação aos terminais de uso público (localizados dentro das áreas dos portos organizados), o que estaria causando para estes últimos desequilíbrio econômico-financeiro e perda de competitividade, uma vez que aqueles operam sob condições legais mais flexíveis;

4 - Prejuízos para os trabalhadores portuários, já que os terminais privativos de uso misto, ao contrário dos terminais de uso público, não são obrigados a contratar trabalhadores por intermédio do Órgão de Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), que preza por melhores condições de trabalho e maior remuneração do pessoal;

Como exemplos de terminais privativos de uso misto que estariam realizando predominantemente movimentação de cargas de terceiros em competição com os terminais de uso público a autora da representação discorre sobre os casos da Portonave (fls. 26-34), de Itapoá (fls. 34-42) e da Embraport (fls. 42-47).

Ao final, a representante, após discorrer sobre a competência do TCU para exercer o controle externo sobre as atividades-fim das agências reguladoras, requer, no mérito, o seguinte:

– que seja determinado à Antaq que:

- suspenda o funcionamento dos terminais de uso misto que não comprovem a preponderância de movimentação de carga própria;

- promova a adequação das autorizações já expedidas aos termos legais;

- explicita o conceito de carga própria, levando-se em conta o traço de verticalização, de modo que a produção e o seu escoamento via porto componham os elos de uma mesma cadeia econômica;

- exija para a outorga das autorizações estudo de viabilidade técnica e econômica que justifique, por si só, a construção e a operação de terminais privativos de uso misto, em consonância com a Resolução - Antaq 517/2005 e o Decreto 6.620/2008;

– que sejam apuradas eventuais irregularidades, suas repercussões cíveis, penais e disciplinares, bem como seus responsáveis, oficiando-se, se for o caso, à Procuradoria-Geral da República.

Do histórico da tramitação deste processo no TCU

Este processo foi submetido à apreciação do Plenário, uma primeira vez, na sessão de 14.07.2010, quando dei conhecimento ao Colegiado da proposta sustentada pela Sefid, no seguinte sentido:

Diante de todo o exposto, encaminhamos os autos à consideração superior, propondo:

a) Nos termos do art. 74, § 2.º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 53 da Lei n.º 8.443/1992, conhecer da presente denúncia para, no mérito, dar-lhe provimento;

b) Determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq que:

b.1) adote as medidas que julgar necessárias e suficientes para que, nas autorizações de exploração de terminais portuários privativos, sejam observados de forma efetiva o art. 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008, que estabelece a necessidade de movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal de uso privativo misto, bem como o art. 2.º, IX, do referido Decreto e os arts. 5.º, II, “c”, e 12, XV, da Resolução Antaq n.º 517/2005, que exigem a comprovação de que a carga própria movimentada no terminal justifique, por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária;

b.2) cumpra a determinação do item anterior também em relação aos atos de autorização de exploração de terminal portuário privativo que tenham ocorrido anteriormente à vigência da Resolução Antaq n.º 517/2005 e do Decreto n.º 6.620/2008, concedendo, neste caso, prazo razoável, em função de cada caso concreto, não superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, para que as autorizadas promovam as necessárias adaptações em suas operações, para adequação às citadas normas, conforme o disposto no art. 47 da Lei n.º 10.233/2001;

c) Recomendar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq que estabeleça, objetivamente, no exercício de seu poder normativo (art. 27, IV, da Lei n.º 10.233/2001), para a efetividade das determinações acima:

c.1) os critérios para determinação do nível mínimo de operação com carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto que justifique, por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação desses terminais (art. 2.º, IX, do Decreto n.º 6.620/2008);

c.2) o que se entende por movimentação preponderante de carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto (art. 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008), sendo certo, salvo demonstração fundamentada da Antaq em contrário, que o nível mínimo de operação com carga própria nesse tipo de terminal deve ser superior a 50% (cinquenta por cento) do total da carga movimentada, seja em termos de valor, de tonelagem ou de volume, para que se atenda ao requisito de preponderância de carga própria nesse tipo de terminal;

c.3) os critérios para a definição do caráter eventual e subsidiário da movimentação de carga de terceiros nos terminais portuários privativos de uso misto (art. 2.º, X, e 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008);

d) comunicar a decisão que vier a ser adotada à denunciante e às sociedades Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A. e Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A.; e

e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, IV, do Regimento Interno do TCU.

Naquela mesma sessão de 14.07.2010, apresentei a seguinte proposta ao Plenário:

9.1. nos termos do art. 74, § 2.º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 237, inciso VII do Regimento Interno deste Tribunal, conhecer como representação a documentação apresentada às fls. 1/53, Volume Principal, para no mérito considerá-la procedente;

9.2. determinar à Agência Nacional Antaq que, no prazo de 60 (sessenta) dias:

9.2.1. adote as medidas regulatórias necessárias para que, nas autorizações de exploração de terminais portuários privativos, sejam observados o art. 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008, bem como o art. 2.º, IX, do referido Decreto e os arts. 5.º, II, "c", e 12, XV, da Resolução Antaq n.º 517/2005;

9.2.2. cumpra a determinação do item anterior quando da renovação dos atos de autorização de exploração de terminal portuário privativo que tenham ocorrido anteriormente à vigência da Resolução Antaq n.º 517/2005 e do Decreto n.º 6.620/2008, no sentido de que as autorizadas promovam as necessárias adaptações em suas operações, a partir da renovação dos respectivos contratos, para adequação às citadas normas, conforme o disposto no art. 47 da Lei n.º 10.233/2001;

9.3. recomendar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários — Antaq que estabeleça, objetivamente, no exercício de seu poder normativo (art. 27, IV, da Lei n.º 10.233/2001), para a efetividade, das determinações acima:

9.3.1. os critérios para determinação do nível mínimo de operação com carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto (art. 2.º, IX, do Decreto n.º 6.620/2008);

9.3.2. o que se entende por movimentação preponderante de carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto (art. 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008), de maneira consentânea com os normativos vigentes, em função total da carga movimentada, seja em

termos de valor, de tonelagem ou de volume, para que se atenda ao requisito de preponderância de carga própria nesse tipo de terminal;

9.3.3. os critérios para a definição do caráter eventual e subsidiário da movimentação de carga de terceiros nos terminais portuários privativos de uso misto (art. 2.º, X, e 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008);

Como se vê, divergi da proposta da unidade técnica basicamente em relação a dois pontos:

Primeiro: alínea b2 da proposta da Sefid, no sentido de determinar à Antaq que aplicasse a legislação superveniente às autorizações de exploração de terminal portuário privativo de uso misto que tenham ocorrido anteriormente à vigência da Resolução Antaq n.º 517/2005 e do Decreto n.º 6.620/2008. Propus ao Plenário que referida legislação somente fosse aplicada às autorizações anteriores quando da renovação dos contratos (subitem 9.2.2 da minha minuta de acórdão).

Segundo: alínea c2 da proposta da Sefid, no sentido de recomendar à Antaq que esclarecesse o que entende por movimentação preponderante de carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto, sendo certo, salvo demonstração fundamentada da Antaq em contrário, que o nível mínimo de operação com carga própria nesse tipo de terminal deve ser superior a 50% (cinquenta por cento) do total da carga movimentada. A exemplo do que havia feito o Ministério Público junto ao TCU, sustentei na minuta de acórdão então apresentada que a recomendação sugerida não deveria estabelecer um percentual mínimo (subitem 9.3.2. da minha minuta de acórdão).

O julgamento, porém, foi suspenso em face de pedido de vista formulado pelo Ministro Aroldo Cedraz.

Na Sessão Plenária de 02.03.2011, este processo voltou a ser submetido à apreciação do Colegiado, oportunidade na qual o Ministro Aroldo Cedraz apresentou o seu voto revisor no mesmo sentido do voto que eu havia apresentado na sessão de 14.07.2010. O Ministro Walton Alencar Rodrigues, por sua vez, sustentou posição similar à que já havia defendido o Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, na referida sessão de 14.07.2010, na mesma linha da proposta da Sefid.

Naquela assentada distribuí um voto complementar antes do início da sessão plenária, no qual fiz pequeno ajuste na minha proposta, a fim de fixar o prazo de 360 dias para que a Antaq tomasse as devidas providências de adequação à legislação superveniente, mas sem fixar prazo para que essas alterações fossem feitas pelas autorizatárias. Esclareci que esses ajustes decorreram da constatação de que algumas autorizações são com prazo indeterminado e outras com prazo muito longo, de até 25 anos (fls. 18 e 21 do anexo 25).

Na referida sessão, acolhendo sugestão do Ministro Ubiratan Aguiar, o Plenário prolatou o Acórdão n.º 554/2011, pelo qual decidiu converter o julgamento em diligência e fixar o prazo de 30 (trinta) dias, contados da ciência do aludido acórdão, para que a Secretaria de Portos da Presidência da República, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e a Casa Civil da Presidência da República se manifestassem nos autos.

Em petição datada do dia 18 de março, o Estado do Ceará requereu o reconhecimento do seu interesse jurídico e o deferimento de vista e cópia dos autos do presente processo. No dia 25 de março, deferi o pleito, por entender que a deliberação a ser prolatada pode, em tese, implicar repercussão na esfera jurídica do solicitante, tendo em vista a existência de terminal privativo vinculado àquele Estado (fl. 209 do volume principal).

Na mesma manifestação monocrática, entendi por bem determinar a abertura de prazo às empresas Portonave S/A – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S/A e Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S/A, para, querendo, manifestarem-se acerca da matéria discutida neste processo, tendo em vista que foram expressamente e intensamente mencionadas pela autora da presente representação (fl. 209 do volume principal).

Por isonomia com as empresas que operam os terminais privativos citados nestes autos, a empresa Terminal Portuário de Cotegipe também foi habilitada como interessada neste processo, porquanto figura como interessada nos autos do TC-026.748/2010-0 que foi apensado a esta representação por se tratar de representação formulada pelo Sindicato dos Operadores Portuários de Salvador e Aratu (Sindopsa), em que são apontadas supostas irregularidades que teriam sido cometidas pela empresa Cotegipe ao utilizar terminal portuário privativo de uso misto preponderantemente para movimentar cargas de terceiros.

Da nova proposta de encaminhamento da Sefid, mas anterior à apresentação do estudo da UnB:

Após a manifestação de todos os interessados e a sua devida análise a Sefid encaminhou os presentes autos ao meu Gabinete com a seguinte proposta de encaminhamento (fls. 715-745 do volume principal):

- a) nos termos do art. 74, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 53 da Lei 8.443/1992, conhecer da presente representação para, no mérito, dar-lhe provimento;
- b) determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, e em observância ao disposto no art. 175 da Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.630/1993 (arts. 1º, §2º, e 4º, §2º, inciso I e inciso II, alínea “b”), à Secretaria Especial de Portos (SEP) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que regularizem a atuação e os instrumentos de outorga dos terminais pertencentes às empresas Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A e Terminal Portuário de Cotegipe à legislação:
 - b.1) caso optem por regularizar a movimentação de carga a fim de caracterizá-los como terminais privativos de uso misto, demonstrem, no prazo de 90 dias, em observância ao art. 4º, §2º, inciso II, alínea “b” da Lei 8.630/1993, o equilíbrio entre a movimentação de cargas próprias e de terceiros;
 - b.2) caso optem por manter o perfil atual de movimentação de carga desses terminais, nos termos do art. 175 da Constituição Federal de 1988 e dos art. 4º, §2º, inciso I, c/c art. 1º, §2º, ambos da Lei 8.630/1993, envie à este Tribunal de Contas da União, no prazo de 90 dias, cronograma detalhado para realizar a concessão, precedida de licitação, considerando, no mínimo, os seguintes aspectos:
 - b.2.1) prazo razoável justificado para realização dos certames;
 - b.2.2) formulação dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira dos empreendimentos;
 - b.2.3) o tratamento das questões relacionadas ao domínio útil das áreas;
 - b.2.4) indenizações aos proprietários dos terminais em razão dos bens móveis e imóveis que integram os terminais.
- c) autorizar, **em caráter excepcional**, tendo em vista o interesse público e o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, o funcionamento dos terminais de propriedade das empresas Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A e Terminal Portuário de Cotegipe, por prazo suficiente e justificado para a realização dos certames licitatórios conforme item b.2.1;
- d) comunicar a decisão que vier a ser adotada à denunciante e às sociedades Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A e Terminal Portuário de Cotegipe; e

e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, já que as medidas propostas podem ser fiscalizadas em sede de processo de monitoramento, nos termos da Portaria - Segecex 27/2009.

Da última proposta de encaminhamento da Sefid, posterior à apresentação do estudo

da UnB:

Quando os autos do processo já se encontravam em meu Gabinete, a Antaq enviou a esta Corte o resultado dos estudos que haviam sido encomendados à Universidade de Brasília (UnB) para avaliar a possível existência de assimetrias concorrenciais entre terminais instalados em portos públicos (PP) e TUPM que movimentam contêineres (peças 132-135).

Em decorrência da juntada desse novo documento, determinei, por despacho, a abertura de novo prazo para que todos os interessados apresentassem as alegações que entendessem de direito.

Apresentadas as manifestações dos interessados, a Sefid-1 afastou qualquer impacto que o estudo pudesse ter para o deslinde do presente processo, sob o seguinte argumento, com os grifos do original: (peça 167):

53. Ratifica-se e reforça-se na presente instrução esse posicionamento. Diante dos normativos vigentes sobre a matéria, não restam dúvidas sobre a ilegalidade das outorgas dos TUPM em análise. Seus atos de autorização não observaram os requisitos previstos na legislação no que se refere aos quantitativos de movimentação de cargas próprias e de terceiros, desvirtuando a figura de terminal privativo misto.

Apresentou ainda a Sefid-1 a seguinte conclusão, com os grifos do original:

173. Considerando todo o exposto na presente análise, conclui-se que **as outorgas de autorização das empresas Cotegipe, Portonave, Itapoá e Embraport carecem de amparo legal.** A movimentação de cargas nesses terminais nos permite afirmar que, de acordo com a Lei 8.630/1993, esse tipo de empreendimento, que tem como objetivo principal a movimentação de carga pública, não poderia ser outorgado por meio de autorização.

174. A grave omissão dos órgãos responsáveis pela regulação e fiscalização do setor portuário permitiu a existência irregular de duas instalações portuárias submetidas a regras distintas exercendo a mesma atividade, a prestação do serviço público de movimentação de cargas de terceiros.

175. De acordo com o art. 1º, §2º, da Lei 8.630/1993, a instalação portuária em que deve ocorrer a prestação do serviço público de movimentação de carga de terceiros é o porto organizado delegado à iniciativa privada por meio de concessão, precedida de licitação realizada de acordo com o regime de concessão e permissão de serviços públicos.

176. Apenas por meio do processo licitatório, com modelo de concessão claro quanto à estrutura dos portos organizados e às regras que o futuro concessionário deve seguir para a prestação do serviço adequado, é que o Poder Público terá condições de avaliar que empresa será a melhor para o atingimento do interesse público. Por meio dele, devem ser equilibrados os interesses dos diversos agentes envolvidos e tratadas questões concorrenciais. **Sendo assim, são necessárias medidas para a regularização do funcionamento desses terminais perante os termos da Constituição e da Lei 8.630/1993, de forma a assegurar o atendimento do interesse público.**

Ao final, a Sefid-1 ratificou a sua proposta de encaminhamento anterior, mas com alguns ajustes, razões pela qual transcrevo abaixo o inteiro teor dessa última proposta de encaminhamento da Sefid-1:

a) nos termos do art. 74, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 53 da Lei 8.443/1992, conhecer da presente representação para, no mérito, dar-lhe provimento;

b) determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, e em observância ao disposto no art. 175 da Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.630/1993 (arts. 1º, §2º, e 4º, §2º, inciso I e inciso II, alínea “b”), à Secretaria Especial de Portos (SEP) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que regularizem a atuação e os instrumentos de outorga dos terminais pertencentes às empresas Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A e Terminal Portuário de Cotegipe à legislação:

b.1) caso optem por regularizar a movimentação de carga a fim de caracterizá-los como terminais privativos de uso misto, demonstrem, no prazo de 90 dias, em observância ao art. 4º, §2º, inciso II, alínea “b” da Lei 8.630/1993, o equilíbrio entre a movimentação de cargas próprias e de terceiros;

b.2) caso optem por manter o perfil atual de movimentação de carga desses terminais, nos termos do art. 175 da Constituição Federal de 1988 e dos art. 4º, §2º, inciso I, c/c art. 1º, §2º, ambos da Lei 8.630/1993:

b.2.1.) enviem à este Tribunal de Contas da União, no prazo de 45 dias, **cronograma de ações** para elaboração de proposta de prazo razoável e fundamentado para que os referidos terminais continuem operando, **em caráter excepcional**, tendo em vista o interesse público e o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, sendo que, ao término desse prazo, a ser proposto pela SEP e Antaq, deverá ocorrer a concessão desses empreendimentos, precedida de licitação;

b.2.2) a fundamentação do prazo a que se refere o item anterior deve considerar, no mínimo, os seguintes aspectos:

b.2.2.1) levantamento dos custos e despesas operacionais, da demanda pelos serviços prestados por esses terminais, por perfil de carga, e suas correspondentes receitas operacionais e acessórias;

b.2.2.2) forma de equacionamento do domínio útil das áreas desses terminais, considerando a possibilidade de amortização do valor das áreas no prazo a ser proposto ou, ainda, de indenização desse valor pelo futuro concessionário, conforme previsto nos arts. 21 e 22 do Decreto 6.620/2008; e

b.2.2.3) forma de equacionamento dos investimentos realizados pelos proprietários dos terminais em razão dos bens móveis e imóveis, considerando a possibilidade de amortização no prazo a ser proposto ou a indenização dos valores pelo futuro concessionário.

d) comunicar a decisão que vier a ser adotada à denunciante e às sociedades Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A. e Terminal Portuário de Cotegipe; e

e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, já que as medidas propostas podem ser fiscalizadas em sede de processo de monitoramento, nos termos da Portaria - Segecex 27/2009.

Sobre a legislação que rege a matéria objeto desta representação:

Assim dispõe a legislação que rege a matéria objeto desta representação:

Constituição Federal:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:*)
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

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

Destaco, a seguir, por ordem cronológica, os principais normativos infraconstitucionais que dizem respeito ao objeto desta representação. Antes, porém, apresento um quadro resumo dessa legislação no tocante aos Terminais de Uso Privativo Misto - TUPM.

Norma	Movimentação de cargas	Instrumento de outorga	Prazo
Lei 8.630/1993	Carga própria e de terceiros, sem especificar proporcionalidade.	Autorização formalizada por meio de Contrato de Adesão.	Determinado, sendo o máximo, após prorrogação, de 50 anos.
Lei 10.233/2001	Nada dispôs sobre movimentação de cargas próprias nem de terceiros.	Autorização formalizada por meio de uma Resolução e de um Termo de Autorização.	Indeterminado.
Resolução/Antaq 517/2005	Exigiu que a movimentação anual mínima estimada de carga própria justifique, por si só, a implantação do TUPM e estabeleceu que não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores.	Autorização formalizada por meio de uma Resolução e de um Termo de Autorização.	Indeterminado.
Decreto 6.620/2008.	Estabeleceu que os TUPM destinam-se à movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros.	Autorização formalizada por meio de Contrato de Adesão.	Nada dispôs sobre prazo de autorizações.
Resolução/Antaq 1.695/2010	Estabeleceu que os TUPM destinam-se à movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros.	Autorização formalizada por meio de Contrato de Adesão.	Determinado, de 50 anos.
Medida Provisória 595/2012	Revogou a Lei nº 8.630/93. Eliminou a distinção anteriormente existente entre Terminais de Uso Privativo Exclusivo (para movimentação de carga própria) e Terminais de Uso Privativo Misto (para movimentação de carga própria e de terceiros). Pela MP 595/2012, há apenas os Terminais de Uso Privado definidos como	Autorização formalizada por meio de Contrato de Adesão.	Determinado, de até 25 anos, prorrogável por sucessivos períodos, desde que atendidas

	sendo aqueles localizados fora da área do Porto Organizado e que podem movimentar, indistintamente, tanto cargas próprias quanto de terceiros.		certas condições fixadas na MP 595/2012.
--	--	--	--

Lei nº 8.630/93 (Lei dos Portos): não trouxe qualquer exigência expressa quanto à predominância de carga própria e a complementariedade de carga de terceiros. Entre as poucas definições trazidas por essa lei, destaco as seguintes:

- previu que uma das modalidades de exploração de instalação portuária é a de uso privativo *“misto, para movimentação de carga própria e de terceiros”* (art. 4º, §2º, inciso II, alínea **b**);
- exigiu como cláusula essencial do contrato de adesão disposição relativa *“ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos”* (art. 4º, §4º, inciso XI);
- estabeleceu que as autorizações seriam deferidas mediante contrato de adesão, celebrado, por um lado, pelo Ministério dos Transportes e, por outro, pela autorizatária (art. 6º, §1º).

Lei nº 10.233/2001 (Lei de criação da Antaq): também não regulou a questão, no que concerne à movimentação de carga própria e de terceiros, remetendo a matéria para a regulamentação da Antaq.

- prescreveu que a autorização independe de licitação, é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição, e ainda que não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação. (art. 43, incisos I a III);

- estabeleceu que a *“empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação”* (art. 47).

Resolução/Antaq nº 507/2005: pela primeira vez, introduz no sistema normativo regras um pouco mais específicas sobre as questões relativas a carga própria e carga de terceiros, nos seguintes termos:

- estabeleceu que não *“se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores”* (art. 2º, §2º);
- exigiu da interessada na autorização que apresentasse, para fins de habilitação técnica, *“declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas”* (art. 5º, inciso II, alínea **c**).

Decreto nº 6.620/2008: disciplinou a matéria com um pouco mais de detalhes, embora ainda tenha deixado várias questões que merecem maior precisão. De qualquer modo, trouxe, entre outros os seguintes comandos pertinentes ao que ora se analisa neste processo:

- conceituou carga própria como sendo *“aquela pertencente ao autorizado, a sua controladora ou a sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária”* (art. 2º, inciso IX);

- conceituou carga de terceiros como sendo *“aquela compatível com as características técnicas da infra-estrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária”* (art. 2º, inciso X);
- estabeleceu que as instalações portuárias de uso privativo misto destinam-se à *“movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros”* (art. 35, inciso II);
- ressaltou que as disposições desse Decreto nº 6.620/2008 *“não alcançam os atos legais praticados anteriormente a sua edição”* (art. 53).

Resolução/Antaq nº 1.695/2010: rerratificou a Resolução/Antaq nº 1.660/2010, que revogou a Resolução/Antaq nº 517/2008 e dispôs sobre a outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo. Destaco os seguintes dispositivos da citada norma que ainda está em vigor:

- conceituou carga própria como sendo *“a carga pertencente à autorizada, à sua controladora, à sua controlada, ao mesmo grupo econômico ou às empresas consorciadas no empreendimento, cuja movimentação, por si só, justifique, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária objeto da outorga”* (art. 2º, inciso IV);
- conceituou carga de terceiros como sendo *“aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, conforme §1º deste artigo, e cuja operação seja eventual e subsidiária”* (art. 2º, inciso V);
- introduziu o conceito de operação eventual como sendo a *“movimentação e armazenagem de cargas de terceiros, realizada por terminais portuários de uso privativo misto, de forma acessória”* (art. 2º, inciso VI);
- introduziu o conceito de operação subsidiária como sendo a *“movimentação e armazenagem de cargas de terceiros, realizada por terminais portuários de uso privativo misto, em regime de complementariedade da carga própria declarada”* (art. 2º, inciso VI);

Medida Provisória nº 595, de 06.12.2012: Revogou na íntegra a Lei nº 8.630/93. Entre as inovações trazidas pela MP 595/2012 destaco as seguintes em relação aos aspectos relevantes discutidos neste processo:

- Alterou a nomenclatura dos Terminais de Uso Privativo previstos na Lei dos Portos que, agora, passam a ser denominados de Terminais de Uso Privado (arts. 2º, inciso IV, e 8º, inciso I);
- Definiu o Terminal de Uso Privado como sendo a instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado. Ou seja, eliminou a distinção anteriormente existente entre Terminais de Uso Privativo Exclusivo (para movimentação de carga própria) e Terminais de Uso Privativo Misto (para movimentação de carga própria e de terceiros). Pela MP 595/2012, há apenas os Terminais de Uso Privado (arts. 2º, inciso IV, e 8º, inciso I);
- Estabeleceu diversas diretrizes que devem ser seguidas na exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País (art. 3º);

- Elencou como uma das citadas diretrizes o estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias (art. 3º, inciso V);
- Para a exploração de Terminais de Uso Privado passou a exigir que as autorizações sejam precedidas de chamada e processo seletivo públicos (art. 8º, *caput*);
- Necessariamente a autorização para a exploração de Terminais de Uso Privado terá prazo determinado de até 25 anos, prorrogável por iguais períodos, mas desde que atendidas certas condições, tais como: a atividade portuária ser mantida e o autorizatário promover os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma de regulamento a ser editado (art. 8º, §2º);
- Em relação aos termos de autorização e aos contratos de adesão assinados antes da MP 595/2012 e ainda em execução, a aludida norma estabeleceu que eles deverão ser adaptados ao disposto na Medida Provisória, em especial ao previsto no art. 8º (art. 50, *caput*);
- Ainda em relação aos termos de autorização e aos contratos de adesão assinados antes da MP 595/2012 e ainda em execução, a nova norma dispôs que a ANTAQ deverá promover a adaptação dos aludidos instrumentos jurídicos à mencionada Medida Provisória no prazo de um ano, contado da data de sua publicação (art. 50, parágrafo único).

Passo à análise da matéria.

Sobre a competência do TCU para a matéria e seus limites na atuação do caso:

O seguinte trecho do voto do relator, Ministro Benjamin Zymler, que fundamentou o Acórdão nº 628/08-P, bem sintetiza o entendimento do Tribunal sobre a sua competência e os seus limites na fiscalização das agências reguladoras:

“16. Reitero, neste sentido, o entendimento segundo o qual tenho me pautado, quando o tema recai sobre a fiscalização do TCU relativamente ao acompanhamento de outorgas ou execução contratual de serviços públicos concedidos, pelas agências reguladoras.

17. Sem embargo de reconhecer que as orientações advindas das análises técnicas efetivadas pelo Tribunal contribuem para as agências reguladoras pautarem-se dentro dos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência, enfatizo que o controle do TCU é de segunda ordem, na medida que o limite a ele imposto esbarra na esfera de discricionariedade conferida ao ente regulador.

18. A partir desta premissa, verificada qualquer violação de disposição legal expressa, em ato vinculado, poderá o Tribunal determinar ao agente regulador que adote medidas tendentes ao saneamento do ato tido por irregular. Já, no caso de ato discricionário, praticado de forma motivada e em prol do interesse público, cabe a esta Corte, tão-somente, recomendar a adoção das providências que reputar adequadas.”

Portanto, entendo que, neste processo, são duas as preocupações deste Tribunal: primeira: verificar se a Antaq violou o ordenamento jurídico, quando da prática dos atos que ora se analisa; segunda: não invadir a esfera de discricionariedade da Antaq nem pretender substituí-la nas suas funções privativas.

Eventuais disfunções que porventura possam estar ocorrendo na atividade portuária devem, ao menos em um primeiro momento, ser resolvidas no âmbito da competência dos órgãos do setor portuário, especialmente a Secretaria Especial de Portos – SEP – e a Antaq. Somente se forem verificados atos contrários ao Direito caberá a esta Corte exigir a adoção das necessárias providências para o exato cumprimento do ordenamento jurídico.

Da verificação quanto à regularidade dos atos praticados pela Antaq:

Das autorizações mencionadas pelo autor da presente representação:

As autorizações concedidas na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, foram formalizadas por meio de contratos de adesão celebrados pelo Ministério dos Transportes com as empresas interessadas. Nesses casos, após a edição da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, que criou a Antaq, referida Agência passou a ratificar essas autorizações concedidas anteriormente pelo Ministério dos Transportes por meio dos aludidos contratos de adesão.

Citadas ratificações passaram a ser feitas pela Antaq por meio de dois documentos. O primeiro é uma resolução que, de modo sucinto, ratificou as autorizações anteriores. O segundo é um termo de autorização, no qual a Antaq disciplinou as condições dessas autorizações.

Para as autorizações concedidas já na vigência da citada Lei nº 10.233, de 05.07.2001, a Antaq, de igual modo, passou a usar os dois documentos acima mencionados, ou seja, a resolução e o termo de autorização.

Apresento a seguir, por ordem cronológica, os casos mencionados pelo autor da representação e ainda o caso de Cotegipe, cujo processo foi apensado a este que ora se analisa.

Caso Cotegipe:

- **Contrato de Adesão nº 62/98, de 10.09.1998**, celebrado pelo Ministério dos Transportes com a Cotegipe (celebrado após a edição da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, mas anterior à Lei nº 10.233, de 05.07.2001). Autorizou a Cotegipe a construir e explorar um TUPM, **com prazo até 15.07.2012**, prorrogável por igual período, para a movimentação e/ou armazenagem de cargas próprias e de terceiros. O item 3 da cláusula primeira desse contrato **autorizou a Cotegipe a movimentar e/ou armazenar contêineres. Não previu a obrigatoriedade de movimentação preponderante ou complementar de carga de terceiros** (fls. 109-121 do anexo 2 do TC-026.748/2010-0, apensado aos autos deste TC-015.916/2009-0).

- **Resolução Antaq nº 482, de 23.08.2005** (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou a Cotegipe, **sem fazer referência a prazo**, a explorar o seu TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário (fl. 25 do volume principal do TC-026.748/2010-0, apensado aos autos deste TC-015.916/2009-0).

- **Termo de Autorização Antaq nº 220, de 23.08.2005**, (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou, **por prazo indeterminado**, a Cotegipe a explorar o seu TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário. O item III do desse documento **autorizou a Cotegipe a movimentar contêineres** (fl. 26 do volume principal do TC-026.748/2010-0, apensado aos autos deste TC-015.916/2009-0).

Caso Portonave:

- Contrato de adesão celebrado pelo Ministério dos Transportes com a Portonave nº 98/2001, de 30.05.2001 (celebrado na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993 mas anterior à Lei nº 10.233, de 05.07.2001). Autorizou a Portonave a construir e explorar um TUPM, **pelo prazo de 25 anos, prorrogável por igual período**, na forma da lei, para a movimentação e/ou armazenagem de cargas próprias e de terceiros. **Não previu a obrigatoriedade de movimentação preponderante ou complementar de carga de terceiros** (fls. 25-37 do anexo 4).

- Resolução Antaq nº 190, de 22.03.2004 (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Ratificou os termos do citado Contrato de Adesão nº 98/2001 (fl. 217 do anexo 6);

- Termo de Autorização Antaq nº 96, de 22.03.2004 (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Ratificou os termos do citado Contrato de Adesão nº 98/2001 e disciplinou as suas condições. No item V desse Termo de Autorização a Antaq autorizou o transporte das mercadorias especificadas no aludido item “**de forma containerizada**” (fl. 219 do anexo 6).

Caso Itapoá:

- Resolução Antaq nº 412, de 05.04.2005 (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou a Itapoá, **sem fazer referência a prazo**, a construir e explorar um TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, na forma e condições fixadas em Termo de Autorização pertinente (fl. 42 do anexo 12).

- Termo de Autorização Antaq nº 202, de 05.04.2005 (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, mas anterior à entrada em vigor da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou a Itapoá, **por prazo indeterminado**, a construir e explorar um TUPM, para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário (fls. 43-45 do anexo 12).

O item III do citado Termo de Autorização apresenta a seguinte redação, com os meus grifos:

III. A autorização compreende movimentação de **contêineres** e graneis sólidos, especificamente, laminados de madeira, madeira proveniente de cultivo próprio, produtos manufaturados de madeira cavacos de madeira e carga geral para movimentação e armazenagem de cargas próprias e, complementarmente, cargas de terceiros, destinadas e provenientes de transporte aquaviário.

Como se vê, referido item incluiu a autorização para a movimentação de contêineres, embora a Resolução Antaq nº 412, de 05.04.2005, que autorizou a Itapoá a construir e explorar um TUPM não tenha feito qualquer menção a este assunto.

Caso Embraport:

- Resolução Antaq nº 550, de 1º.08.2006 (editada na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, e também da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou, **por prazo indeterminado**, a construção e exploração de TUPM, “*para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, na forma e condições fixadas em Termo de Autorização pertinente*” (grifei) (fl. 162 do anexo 17).

- Termo de Autorização Antaq nº 246, de 1º.08.2006 (expedido na vigência da Lei nº 8.630, de 25.02.1993, e da Lei nº 10.233, de 05.07.2001, e também da Resolução/Antaq nº 517, de 18.10.2005). Autorizou, **por prazo indeterminado**, a construção e exploração de TUPM, “*para a movimentação e armazenagem de cargas próprias e, **complementarmente**, cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário*” (grifei) (fls. 164-166 do anexo 17).

O referido Termo de Autorização Antaq nº 246, de 1º.08.2006, que autorizou a Embraport a criar e explorar um TUPM, contrariou, expressamente, o disposto no art. 2º, §2º, da Resolução/Antaq

nº 517, de 18.10.2005, que, portanto, na data da edição do citado Termo de Autorização já estava em vigor. Aludido dispositivo estabelece expressamente o seguinte:

§ 2º Não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores.

Não obstante a clareza do texto normativo, o Termo de Autorização da Antaq nº 246, de 1º.08.2006, que autorizou a Embraport a criar e explorar um TUPM, assim dispôs em seu item III, com grifos meus:

III. A autorização compreende a movimentação de cargas próprias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário que serão movimentadas no terminal, a saber: soja em grãos; açúcar a granel; veículos; granéis líquidos; **contêineres** e papel e complementarmente de cargas de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, que serão movimentadas no terminal, a saber: soja em grãos; açúcar a granel; veículos; granéis líquidos; **contêineres** e papel.

Conclusão sobre as autorizações acima mencionadas

Para facilitar a análise reproduzo, abaixo, tabela que consta da instrução da Sefid (fls. 736/737):

Empresa	Investimento (Reais)	Contrato de Adesão (CA)	Termo de Autorização (TA)	Data de emissão	Legislação aplicável
Cotegipe	435 milhões	Contrato de Adesão MT/DPORT 062/98	Termo de Autorização 220/2005-Antaq	10/9/1998 (CA) 23/8/2005 (TA)	Lei 8.630/1993
Portonave	420 milhões	Contrato de Adesão MT/DP 98/2001	Termo de Autorização 096/2004-Antaq	30/5/2001 (CA) 22/3/2004 (TA)	Lei 8.630/1993
Itapoá	500 milhões	-	Termo de Autorização 202/2005-Antaq	5/4/2005	Lei 8.630/1993
Embraport	2,3 bilhões	-	Termo de Autorização 246/2006-Antaq	1/8/2006	Resolução - Antaq 517/2005

Também para facilitar elaborei a tabela abaixo que resume as informações relativas às autorizações das empresas citadas neste processo, quanto ao que constou dos citados documentos sobre a proporcionalidade na movimentação de cargas próprias e de terceiros e ainda sobre a existência de autorização para a movimentação de contêineres e sobre o prazo da referida autorização.

Empresa	Movimentação de cargas	Movimentação de contêineres	Prazo da autorização
Cotegipe	O contrato de adesão não previa proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros. Depois, o Termo de Autorização da Antaq passou a prever a movimentação de cargas de terceiros de forma complementar.	Autorizou a movimentação de contêineres.	O contrato de adesão previa prazo até 15.07.2012. Depois, o Termo de Autorização da Antaq passou a prever prazo indeterminado.
Portonave	O contrato de adesão não previu proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros. Depois, o Termo de Autorização da Antaq foi silente quanto ao assunto.	Não autorizou a movimentação de contêineres, mas apenas a movimentação, de forma containerizada, da carga especificada no contrato.	Prazo de 25 anos, prorrogável por igual período.
Itapoá	Previu a movimentação de cargas de terceiros de forma complementar.	Autorizou a movimentação de contêineres.	Prazo indeterminado.

Embraport	Previu a movimentação de cargas de terceiros de forma complementar.	Autorizou a movimentação de contêineres.	Prazo indeterminado.
------------------	---	--	----------------------

No tocante à proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros:

É de se constatar das autorizações acima mencionadas que os contratos de adesão celebrados com a Cotegipe e com a Portonave ocorreram antes da criação da Antaq, ou seja, na vigência apenas da Lei dos Portos e, assim como a referida lei, não estabeleceram qualquer proporcionalidade entre as cargas próprias e as cargas de terceiros.

No caso da Portonave a Antaq, nos atos de ratificação do aludido contrato de adesão, de igual modo nada dispôs sobre a proporcionalidade entre cargas próprias e cargas de terceiros (Resolução/Antaq nº 190/2004 e Termo de Autorização Antaq nº 96/2004).

No caso da Cotegipe, porém, a Antaq, nos atos de ratificação do aludido contrato de adesão, inseriu a previsão de que a movimentação de cargas de terceiros se daria de forma complementar (Resolução/Antaq nº 482/2005 e Termo de Autorização Antaq nº 220/2005).

Por outro lado, as autorizações deferidas para a Itapoá e a Embraport ocorreram após a criação da Antaq (que se deu com a Lei nº 10.233/2001) e previram o caráter complementar das cargas de terceiros.

Portanto, das quatro autorizações apenas a da Portonave atualmente não especifica a proporcionalidade das cargas próprias com as de terceiros.

Neste caso, porém, considerando que tanto o contrato de adesão quanto os atos de ratificação desse contrato expedidos pela Antaq são anteriores à Resolução/Antaq nº 517/2005, é forçoso admitir que, ao menos **formalmente**, esse contrato de adesão assim como os atos de ratificação baixados pela Antaq relativos à autorização da Portonave não contrariaram o **texto expresso** dos dispositivos legais que, à época, disciplinavam a matéria, que eram as Leis nºs 8.630/1993 e 10.233/2001, ambas silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros.

Quanto às outras três empresas, quais sejam, Cotegipe, Itapoá e Embraport, considerando que os Termos de Autorização expressamente previram que as cargas de terceiros devem ser movimentadas em caráter complementar, de igual modo é forçoso admitir que, ao menos **formalmente**, essas autorizações deferidas pela Antaq não contrariaram o **texto expresso** dos dispositivos legais que, à época, disciplinavam a matéria, que eram as Leis nºs 8.630/1993 e 10.233/2001, ambas silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros.

Sem dúvida que, quanto a essas três empresas, essa conclusão apontaria para duas providências que caberiam à Antaq, que seriam:

Primeira: definir o que deveria ser entendido como “complementarmente”, para fins de movimentação de cargas de terceiros;

Segundo: fiscalizar o cumprimento desses Termos de Autorização, no que concerne ao respeito à movimentação em caráter complementar de cargas de terceiros.

Todavia, consoante se verá mais adiante, essa questão passou a ser tratada pela recente Medida Provisória nº 595/2012 que, conforme afirmado anteriormente, extinguiu a figura do Terminal de Uso Privativo Misto e, com isso, também a exigência de movimentação de cargas de terceiros a título complementar.

Portanto, a título de conclusão dessa análise quanto à conformidade dos atos de autorização dessas três empresas e também da Portonave à legislação da época dos fatos, é de se concluir que, no tocante à proporcionalidade entre carga própria e carga de terceiros, referidos atos não ofenderam a citada legislação.

Quanto à autorização para movimentação de contêineres:

Não obstante o que se afirmou acima, há outra questão que precisa ser considerada. É o fato de que, à exceção da autorização deferida para a Portonave, todas as outras três autorizações mencionaram expressamente a possibilidade de **movimentação de contêineres**.

No caso das autorizações da Cotegipe e da Itapoá, ainda não estava em vigor a Resolução/Antaq nº 517/2005 que previu que “*não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores*”. Na data da autorização da Embraport, por sua vez, referida Resolução já estava em vigor.

De qualquer modo, independentemente de a Resolução/Antaq nº 517/2005 estar ou não em vigor na data da autorização, parece claro que, à época dos fatos, não era razoável admitir a previsão de movimentação de contêineres como carga própria nem como carga de terceiros, pela simples razão de que contêiner é um meio de embalagem e não uma carga propriamente dita.

Apesar de todas essas considerações, não se pode negar que o tema comporta considerações divergentes. Tramita atualmente no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – nº 139, na qual se alega que os serviços portuários são serviços públicos e, portanto, qualquer terminal portuário que movimente carga de terceiros somente pode ser explorado mediante contrato de concessão precedido de licitação.

Segundo consta às fls. 28-29 do anexo 26, a Antaq, nas informações que prestou na aludida ADPF, sustentou, com base em parecer de sua procuradoria-geral, que a Lei dos Portos, ao contrário do que afirmaram os autores da ADPF, teria tido o objetivo de permitir a movimentação indiscriminada de cargas de terceiros em TUPM, tudo, segundo a Antaq, dentro da política de modernização dos portos e de incentivo à concorrência.

Portanto, o que se percebe é que, à época dos fatos, esse era realmente o entendimento da Antaq, o que talvez explique a razão pela qual fez contar nas referidas autorizações a previsão para movimentação de contêineres.

De qualquer modo, com a edição da Medida Provisória nº 595/2012, esta questão ficou equacionada, porquanto referida norma extinguiu a figura do Terminal de Uso Privativo Misto e, conseqüentemente, não mais exige que a movimentação de cargas de terceiros ocorra apenas a título complementar.

Da manifestação do Ministério Público Federal

O MPF, em 18.03.2011, em decorrência de provocação feita pela mesma autora da presente representação, já havia se manifestado sobre o assunto nos seguintes termos (fl. 269-271 do anexo 26):

CONSTITUCIONAL. INFRACONSTITUCIONAL. ATIVIDADE PORTUÁRIA. PORTONAVE S.A. — TERMINAIS PORTUÁRIOS DE NAVEGANTES. TERMINAL DE USO PRIVATIVO MISTO. QUANTITATIVO MÍNIMO PARA MOVIMENTAÇÃO DE CARGA PRÓPRIA. OPERAÇÃO DO TERMINAL EM CONFORMIDADE COM A AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA. CF — ART. 37, CAPUT.

1. Irregularidade apontada: não Movimentação de Cargas Próprias em quantidade mínima exigida;

1.1. Contrato de Adesão MT/DP nº 098/2001 ratificado pelo Termo de Autorização nº 096/2006: não estabelecidos percentuais mínimos de movimentação de Cargas Próprias.

2. Contratação de Trabalhadores Portuários Avulsos vinculados ao OGMO: Representação encaminhada ao Ministério Público do Trabalho — cf. fl. 8.

Pela Homologação do arquivamento.

Portanto, naquela oportunidade, entendeu o Ministério Público Federal, assim como entendo desta feita, que Contrato de Adesão MT/DP nº 098/2001, assinado pela Ministério dos Transportes com a Portonave, e a sua ratificação realizada pelo Termo de Autorização nº 096/2006, emitido pela Antaq, respeitaram a legislação vigente à época dos fatos no que concerne à movimentação de carga própria e de terceiros.

Feitas essas considerações, passo a analisar pontualmente as alegações da autora da representação, mencionadas no início deste voto e que agora retomo a fim de me posicionar sobre o tema.

Primeira alegação da autora da representação:

1 - Ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, que regulamentou a Lei 8.630/1993 (Lei de Portos), e à Resolução/Antaq 517/2005, tendo em vista que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação, segundo a qual os terminais privativos de uso misto devem ser utilizados para movimentação prioritária de cargas próprias do respectivo titular da área, sendo a movimentação de cargas de terceiros atividade apenas subsidiária e complementar;

Observo que citado Decreto nº 6.620/2008 foi, na minha visão, revogado pela Medida Provisória nº 595/2012, por ser norma superveniente, de hierarquia superior e que disciplina inteiramente a matéria tratada pelo citado Decreto.

Não obstante, analisarei a alegação da autora desta Representação, a fim de verificar se a Antaq, relativamente à movimentação de cargas próprias e de terceiros, praticou algum ato contrário à legislação da época, inclusive ao mencionado Decreto.

No tocante à observância da Resolução/Antaq nº 517/2005, entendo que os atos de autorização da Portonave, da Cotegipe e da Itapoá não contrariaram essa norma, pois referidas autorizações são anteriores à sua vigência;

O ato de autorização da Embraport, porém, conforme exposto anteriormente, contrariou a Resolução/Antaq nº 517/2005, tendo em vista que é posterior à sua edição e previu a autorização para movimentação de contêineres, contrariando assim o §2º do art. 2º da citada Resolução que trazia comando no sentido de que “*Não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores*”, circunstância que, à época dos fatos, foi justificada pela Antaq no processo de autorização, sob o fundamento de que o pedido de autorização formulado pela Embraport era bem anterior à vigência da aludida resolução;

Quanto à alegação de ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, entendo que não procede, pois referida norma é muito posterior a todas as autorizações discutidas neste processo e não me parece que a Antaq dispunha de fundamento jurídico para aplicar retroativamente o citado decreto, especialmente em face do que estabelecia o seu art. 53 no sentido de que as disposições do citado Decreto “*não alcançam os atos legais praticados anteriormente a sua edição*”.

Registro que a própria Sefid-1 não ratificou em suas duas últimas propostas de encaminhamento a posição antes sustentada de determinar que a Antaq aplicasse o citado Decreto mesmo às autorizações deferidas em momento anterior ao da sua edição.

Entendo que assiste razão à Sefid-1. Não vejo fundamento jurídico para que a Antaq desse cumprimento à parte do Decreto que tratava da proporcionalidade entre carga própria e carga de terceiros e negasse vigência ao art. 53 que expressamente estabelecia que as disposições do citado Decreto “*não alcançam os atos legais praticados anteriormente a sua edição*”, exceto se,

fundamentadamente, apontasse alguma ilegalidade ou, se cabível, uma inconstitucionalidade, menos provável por se tratar de um decreto.

Como era de se esperar, a Antaq não viu qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no Decreto, principalmente porque referida norma prestigiava exatamente os atos praticados pela própria Antaq em momentos anteriores à edição do decreto. Não se pode negar que as autorizações foram deferidas levando em consideração a interpretação conferida à época pelo Ministério dos Transportes e pela Antaq.

Não me sensibiliza a alegação de que os TUPM decorrem de autorizações do Poder Público que, como tais, são de natureza precária e, portanto, podem ser incondicionalmente alteradas. Nesse ponto concordo com a posição sustentada por vários doutrinadores sobre o assunto.

Cito, no particular, a posição de Alexandre Santos de Aragão, mencionada no parecer do jurista Luís Roberto Barroso:

"A limitação conceitual das autorizações a atos discricionários seria, assim, meio inadequado ao alcance dos objetivos do marco regulatório da maior parte dos setores da economia em que é utilizada, qual seja, a atração de capitais, para o que é imprescindível um nível satisfatório de segurança jurídica, ainda mais se considerarmos os elevados investimentos que esses setores demandam. Não seria de se imaginar, com efeito, que o funcionamento de uma empresa de telecomunicações ou de refino de petróleo fosse precário, permanentemente condicionado à avaliação de conveniência e oportunidade da Administração Pública" (in: Direito dos serviços públicos, 2007, p. 220.)

Em reforço à mesma tese, Juarez Freitas fez ainda as seguintes considerações, também transcritas no parecer de Luís Roberto Barroso:

"Tanto na Constituição como nas leis ordinárias, são muitas as alusões à autorização em que o propósito parece ter sido ou de relativizar sua anterior precariedade ou de transformá-la, à imagem e semelhança da permissão, em contrato estável de adesão (..).

A Lei nº 8.630/93, no §1º do art. 6º prescreve, com todas as letras, que: 'A autorização de que trata este artigo será formalizada mediante contrato de adesão...'. (..)

Em plena sintonia com o ânimo, quando menos, de banir a antiga precariedade do vínculo, a Lei nº10.233, em seu art. 43, inciso III, tratou de realçar que o 'contrato de adesão', nas autorizações, 'não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação'. Vale dizer: não mais se cogita de revogação, muito menos de revogações discricionárias e unilaterais e, o que é pior, não motivadas ou motiváveis.

Esse fenômeno, entretanto, não se circunscreveu tão-só à legislação aplicável ao sistema aquaviário. Em nítida confluência com o princípio da segurança das relações jurídicas (..), o legislador, desta feita cuidando do setor de telecomunicações, tipificou a 'autorização de serviço de telecomunicações (como) ato administrativo vinculado...' (..)

De fato, diante da contundente firmeza dos exemplos citados, torna-se impossível deixar de reconhecer a natureza não precária (ou, na pior das hipóteses, não precária como outrora) das autorizações. Todos esses dispositivos manifestam, da parte do legislador, a solicitude mais pertinaz no sentido de garantir, inclusive para as autorizações de serviços públicos, regime razoavelmente estável. (in: Agência Nacional dos Transportes Aquaviários — princípio da segurança jurídica — exigência de menor precariedade possível das relações de administração — terminais portuários de uso privativo: contrato de adesão — princípio da irretroatividade dos atos normativos — limites ao poder de modificação unilateral do

estado — inviabilidade dos atos administrativos autônomos na CF/88 — princípio da legalidade, Interesse Público 20:90, 2003, p. 94-95).

Portanto, pelas razões acima expostas, entendo que, em relação às autorizações da Portonave, Itapoá e Cotegipe, não houve ofensa ao Decreto nº 6.620/2008 nem à Resolução/Antaq nº 517/2005, e quanto à autorização da Embraport não houve ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, mas houve contrariedade ao art. 2º, §2º, da Resolução/Antaq nº 517/2005, que, conforme expus, não revelam maior gravidade, em face dos entendimentos que, à época dos fatos, prevaleciam.

Segunda alegação da autora da representação:

2 - Ofensa ao art. 21, inciso XII, alínea “f”, c/c o art. 175, ambos da Constituição Federal, pois os Terminais de Uso Privativo Misto (TUPM) estariam realizando prestação de serviço público em regime de direito privado e sem prévia licitação, tendo em vista exatamente o fato de que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação;

Conforme mencionei anteriormente, tramita no STF a ADPF nº 139, que questiona alguns dispositivos da agora revogada Lei dos Portos, particularmente o art. 4º, §2º, inciso II, alínea b, e o art. 6º, §2º, no tocante à falta de exigência de licitação para a autorização dos terminais de uso privativo misto. A discussão sem dúvida envolve o conceito do que é **serviço público**.

Embora referida lei tenha sido revogada pela MP 595/2012, apresento abaixo a discussão travada neste processo sobre o assunto e a conclusão a que cheguei no tocante à conduta praticada pela Antaq. Aliás, não me surpreenderia se viesse a notícia de que os mesmos autores da ADPF estenderam os seus questionamentos também à própria medida provisória, tendo em vista que aludida norma, embora preveja a realização de chamada e processo seletivo público para o deferimento de uma autorização, manteve a autorização como sendo o instrumento hábil para permitir a exploração de Terminais de Uso Privado.

No que interessa a este processo, a discussão diz respeito aos serviços previstos no art. 21, inciso XII, da Constituição Federal, mais acima transcrito, que, para alguns, caracterizam serviços públicos, razão pela qual, nos termos do art. 175 da CF, somente poderiam ser explorados mediante concessão ou permissão, sempre precedida de licitação. Ou seja, para essa corrente, não seria possível o uso da autorização.

Para Marçal Justen Filho, em parecer que emitiu em resposta a consulta que lhe foi formulada pela autora da presente representação, o legislador infraconstitucional não pode arbitrariamente nem criar nem extinguir serviços públicos, pois estes estariam já definidos na Constituição Federal. Reconhece, porém, o autor a possibilidade de prestação de serviço público em regime competitivo. Cita, como exemplo, o serviço de transporte público intermunicipal e interestadual de passageiros. Admite também o autor casos em que a atividade tanto será exercida como serviço público quanto também como atividade econômica. São os casos da educação, saúde e assistência social (fls. 632-689 do volume principal).

Segundo Marçal Justen Filho, quando a instalação portuária presta serviços ao público indiscriminadamente fica caracterizado o serviço público, tendo em vista que a atracação de embarcações e a movimentação de cargas pressupõem uma pluralidade de atividades antecedentes, concomitantes e posteriores muitas delas inerentes ao Estado, como, por exemplo, a existência de um canal de acesso ao porto, o que envolve a plataforma continental, de titularidade pública e o exercício do poder de polícia, em relação à entrada de mercadoria e de pessoas no território nacional e à sua saída, entre outras (fls. 632-689 do volume principal).

Como bem sintetizado pela Sefid-1, o referido autor assim se posicionou sobre o tema:

- a) O serviço público é uma atividade de titularidade do Estado que, desenvolvida sob o regime de direito público, visa a satisfazer os interesses essenciais e relevantes da sociedade, enquanto que a atividade econômica envolve a exploração dos recursos econômicos sob regime de livre iniciativa, preponderantemente pelos particulares (fl. 638);
- b) A característica essencial e marcante do serviço público é a sua prestação sob regime de direito público. A exploração de uma atividade sob regime de direito privado, como é o caso dos terminais de uso privativo misto, afasta a existência de serviço público e impõe o reconhecimento de uma atividade econômica privada (fls. 642 e 658);
- c) Uma lei que admitisse terminais privativos operando sob regime de direito privado para promover atividades portuárias em face do público em geral violaria a Constituição Federal (fl. 655);

Por outro lado, Luis Roberto Barroso, em parecer que emitiu em resposta à consulta feita pela Portonave sustentou que a distinção hoje é puramente normativa. Ou seja, somente a norma pode definir o que é serviço público e o que deve ser considerado como atividade econômica. Isso porque entende o autor haver atualmente serviços públicos prestados em ambiente altamente concorrencial, como é o caso das telecomunicações, assim como existem atividades econômicas substancialmente regulamentadas, como, por exemplo, a atividade bancária (fl. 103-105 do anexo 26).

É de Luís Roberto Barroso a observação de que (fls. 103-105 do anexo 26):

6. Sempre se considerou importante qualificar as atividades, sobretudo as referidas de algum modo pela Constituição, em uma de duas categorias: serviços públicos ou atividades econômicas propriamente ditas. E isso porque aos serviços públicos estava associado um determinado regime jurídico: o regime jurídico de direito público, ao passo que o regime aplicável às atividades econômicas era o privado. Por meio dessa classificação, já se definia, de forma praticamente automática, a disciplina aplicável em cada caso. A verdade, porém, é que apenas esse esquema biunívoco, sem prejuízo da utilidade de que ainda se reveste, já não é capaz de explicar de forma suficientemente adequada uma realidade cada vez mais complexa.

7. Em primeiro lugar, há bastante tempo a compreensão histórica de quais atividades se qualificam, por sua natureza, como serviço público ou atividade econômica deixou de ser clara. Por isso mesmo, a doutrina sustenta hoje a substituição da distinção puramente substantiva, sem prejuízo de sua importância, por um critério predominantemente normativo. Nesse contexto, as transformações do Estado contemporâneo, do direito público em geral, e do direito administrativo e regulatório em particular, deram origem a fenômenos diferenciados que mesclam, muitas vezes, elementos dos antigos regimes público e privado. A própria Constituição descreve atividades que o Estado deverá prestar como serviços públicos, mas que poderão ser exploradas pela iniciativa privada com o objetivo de lucro (e.g., saúde, educação e previdência). Em muitas ocasiões, a Constituição confere ao legislador espaço relativamente amplo de atuação, de modo que é possível identificar atividades econômicas amplamente regulamentadas (e.g. atividade bancária) e serviços públicos prestados em regime amplamente concorrencial e privado por agentes delegados do Poder Público (e.g. telecomunicações).

Sobre o uso das autorizações, continua o parecerista:

É o caso, por exemplo, da Lei nº 9.074/95, que disciplinou a figura do *produtor independente de energia elétrica* (PIE). O PIE se caracteriza por depender de concessão de uso de bem público apenas para a construção de hidrelétricas acima de 1.000 mW (arts. 5º, II e 13), e de simples autorização, sem licitação, para a construção de usinas termelétricas com potência superior a 5.000 mW (art. 6º). PIE pode vender a energia que produzir, em

regime de direito privado, a grandes consumidores, na forma dos arts. 15 e 16 da Lei nº 9.074/95. Na mesma linha, a Lei nº 9.427/96, que disciplina o regime das concessões de serviços de energia elétrica, submete a *autorização* o aproveitamento de potencial hidráulico superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 50.000 kW, destinado à produção independente ou autoprodução (art. 26, VI, incluído pela Lei 11.943/09). Também a Lei nº 9.472/97, em seu art. 131, admite a exploração de serviços de telecomunicações mediante autorização, em regime privado (art. 126). E a Lei nº 9.612/98, permite a qualquer interessado, em seu art. 6º, a exploração de serviço de radiodifusão comunitária mediante simples autorização.

(...)

Mais que isso, em relação a alguns serviços o legislador infraconstitucional chega mesmo a dispensar a necessidade de qualquer autorização, deixando livre aos particulares o exercício da atividade. Assim, por exemplo, a mesma Lei nº 9.074/95, no art. 2º, § 2º, estabelece que *"independe de concessão, permissão ou autorização o transporte de cargas pelos meios rodoviário e aquaviário"*. Também a Lei nº 9.432/97, em seu art. 10, dispensa a necessidade de autorização para o afretamento de embarcações em algumas situações. Nenhum desses dispositivos legais teve, até o momento, sua constitucionalidade questionada ou afastada pelo STF.

(...)

Não custa lembrar, por fim, que o STF, no RE 209.365/SP, afastou a caracterização dos portos como serviço público — embora sob outra composição e analisando questão relativa ao Adicional de Tarifa Portuária (ATP). O Supremo Tribunal entendeu, na ocasião, que os portos, tal qual os demais serviços relacionados no inciso XII do art. 21 da Constituição, encerram *"atividades de natureza econômica que, por revestidas, isso sim, de interesse público, a Carta de 88 incumbiu à União, autorizando-a a explorá-las (e não prestá-las) diretamente ou por via de empresa privada"*. Nessa linha, sua exploração mediante autorização, sem licitação prévia, está permitida, eis que afastada a incidência necessária do referido art. 175 da Constituição.

(...)

Seja como for, a verdade é que o regime da *autorização* encontra fundamento direto na Constituição: o próprio art. 21, XII, prevê expressamente a possibilidade de a atividade ser exercida mediante autorização. E é também a Constituição que admite, nos termos do art. 37, XXI, que a exigência de licitação possa ser excepcionada pela legislação infraconstitucional, o que foi feito pelos arts. 4º, II e 6º da Lei nº 8.630/93, já referidos, no caso dos terminais de uso privativo. A lógica subjacente às opções do Legislador não pode ser considerada irrazoável, muito ao contrário. Em primeiro lugar, a circunstância de o terreno onde se haverá de instalar o terminal de uso privativo ser de domínio útil do particular interessado criaria uma especial dificuldade para a exigência de licitação na hipótese.

Para o deslinde deste processo, entendo que o Ministério dos Transportes e, posteriormente, a Antaq agiram estritamente dentro do que previa a legislação vigente à época dos fatos, particularmente o art. 6º da Lei nº 8.630/93 e os arts. 13, inciso V, e 14, inciso III, alínea c, da Lei nº 10.233/2001, com o seguinte teor:

Lei nº 8.630/93, art. 6º:

Art. 6º Para os fins do disposto no inciso II do art. 4º desta lei, considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

§ 1º A autorização de que trata este artigo será formalizada mediante contrato de adesão, que conterà as cláusulas a que se referem os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIS, XV, XVI, XVII e XVIII do § 4º do art. 4º desta lei.

§ 2º Os contratos para movimentação de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público.

§ 3º As instalações de que trata o caput deste artigo ficarão sujeitas à fiscalização das autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.

Lei nº 10.233/2001, art. 13, inciso V, e art. 14, inciso III, alínea c:

Art. 13. As outorgas a que se refere o inciso I do art. 12 serão realizadas sob a forma de:

V - autorização, quando se tratar de prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, de prestação de serviço de transporte aquaviário, ou de exploração de infra-estrutura de uso privativo. ([Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001](#))

Art. 14. O disposto no art. 13 aplica-se segundo as diretrizes:

III – depende de autorização:

c) a construção e operação de terminais de uso privativo, conforme disposto na Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; ([Redação dada pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001](#))

Se essa legislação estava, no caso da Lei dos Portos, ou está, no caso da Lei nº 10.233/2001, ou não de acordo com a Constituição não me parece que seja uma questão determinante para o desfecho deste processo, cujo propósito, neste ponto, é o de verificar a regularidade da atuação da Antaq.

Terceira alegação da autora da representação:

3 - Concorrência assimétrica dos terminais de uso privativo misto em relação aos terminais de uso público (localizados dentro das áreas dos portos organizados), o que estaria causando para estes últimos desequilíbrio econômico-financeiro e perda de competitividade, uma vez que aqueles operam sob condições legais mais flexíveis;

É de chamar a atenção o próprio texto de alguns artigos da Lei nº 10.233/2001, que deixaram explícito o intuito de estimular a concorrência e com isso, naturalmente, melhorar a qualidade dos serviços portuários assim como os preços praticados. Eis o teor desses artigos:

Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:

I – independe de licitação;

II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;

III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Art. 44. A autorização será disciplinada em regulamento próprio pela Agência e será outorgada mediante termo que indicará:

I – o objeto da autorização;

II – as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente;

III – as condições para anulação ou cassação;

IV – as condições para a transferência de sua titularidade, segundo o disposto no art. 30. [\(Revogado pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001\)](#)

V - sanções pecuniárias. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001\)](#)

Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

A Portonave chama a atenção também para a exposição de motivos da Lei nº 8.630/93, com o seguinte teor (fls. 15-16 do anexo 26):

(i) possibilitar a melhoria da eficiência do sistema portuário nacional;

(ii) assegurar o aumento da produtividade mediante estímulo a livre concorrência;

(iii) estimular a participação do setor privado nos investimentos necessários a modernização da infraestrutura, possibilitando aos terminais privativos movimentarem mercadorias de terceiros.

A MP 595/2012 adotou a mesma orientação, conforme se depreende do disposto no art. 3º, caput e inciso V, principalmente, abaixo transcrito, com grifos meus:

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

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

II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários;

III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária, e à eficiência das atividades prestadas;

IV - promoção da segurança da navegação na entrada e saída das embarcações dos portos; e

V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

Há que se mencionar que a concorrência entre empresas privadas, detentoras de autorizações deferidas pelo Poder Público, e concessionárias de serviços públicos não é novidade no Direito brasileiro, a exemplo do que hoje se verifica no setor de energia elétrica, de telecomunicações e de serviços de radiodifusão.

Sobre o assunto, convém citar a seguinte observação de Carlos Ari Sundfeld, citado na peça da Portonave (fls. 38-39 do anexo 26):

Quando a intervenção recai sobre segmento da economia caracterizado como serviço público, é natural que os agentes de maior presença sejam, justamente, aqueles sujeitos ao regime público de exploração (concessionários ou, no caso do setor de portos brasileiros, arrendatários). A esses se costuma imputar os ônus próprios ao serviço público (como o controle tarifário, cumprimento, em certos casos, de metas de universalização e o dever de continuidade). Para fomentar o surgimento de competidores, admite-se a entrada no segmento de prestadores em regime privado, com maior liberdade de atuação. O objetivo

da medida, por óbvio, não é prejudicar o serviço público ou criar um ambiente ruinoso para quem o explore economicamente. A finalidade almejada é a criação de competição, a melhoria da eficiência na oferta do serviço e a redução de preços, a ser alcançada com a maior disputa pelo mercado.

Ao se admitir a exploração em regime privado de atividade que também é explorada em regime público, produzindo-se uma assimetria regulatória, pretende-se equilibrar o jogo do mercado por intermédio da normatização diferenciada. O agente com predominância e vantagens fáticas no mercado (explorador em regime público) se sujeita a maiores deveres, enquanto o competidor incipiente (explorador em regime privado) é liberado de alguns ônus para poder se estabelecer e exercer uma concorrência efetiva.

A alegação da autora da representação é no sentido de que a concorrência assimétrica decorreria dos preços mais baixos que poderiam ser ofertados pelos TUPM, tendo em vista os custos mais baixos nos quais incorrem.

Com as devidas vêniãs, não me parece razoável admitir que se deva inibir a atuação dos Terminais Privados sob a alegação de que praticariam preços mais baixos. Entendo que a redução dos preços é desejada por todos, a fim de que se reduzam os custos de transporte portuário no Brasil. Nessa perspectiva, entendo que o melhor é buscar os mecanismos adequados para que também os portos públicos possam praticar preços mais baixos, o que me parece ser um dos objetivos da recente MP 595/2012.

Além disso, a prevalecer a tese da autora da representação, a alegada concorrência assimétrica seria apenas parcialmente resolvida. Isso porque, ainda que se exigisse a predominância do transporte de carga própria sobre a carga de terceiros, é de admitir que 50% menos um, ou seja, 49% e fração poderiam ainda assim ser objeto de transporte de carga de terceiros, o que representaria um percentual ainda elevado.

Convém reproduzir trecho do parecer da Tendências Consultoria Integrada sobre a questão (fl. 41 do anexo 26):

"Argumentamos que, do ponto de vista econômico, o fortalecimento da competição (entrepertos, intrapertos ou interterminais) permite que o setor privado produza mais serviços a preços mais baixos e repasse estes ganhos de eficiência para os contratantes. Por outro lado, se os mercados são menos competitivos os operadores poderão sustentar seus preços acima dos custos marginais, terão menos incentivos à inovação e à busca da eficiência, aumentando no curto e no longo prazo os custos de transporte."

Os estudos levados a efeito pela Universidade de Brasília, conforme reconhecido pelos seus próprios autores, não foi conclusivo, em decorrência da ausência de dados mais confiáveis sobre os quais pudessem os especialistas se debruçar.

O CADE, no entanto, já apreciou a matéria no Ato de Concentração nº 08012.007452/2009-31, cuja origem foi uma iniciativa da Abratec, reconhecida neste processo como terceira interessada, que provocou o CADE em desfavor da Embraport, que é uma das empresas citadas neste processo pela Federação Nacional dos Portuários, autora da presente representação.

Do voto do Conselheiro-relator César Costa Alves de Mattos, que fundamentou a decisão daquele Conselho, colho o seguinte trecho, com grifos meus (fls. 350-351 do anexo 27):

Não há discussão que a CF/88 conferiu status de serviço público ao setor em análise, visto que o art. 21, inciso XII, "f, dispõe' que "*[c]ompete à União (...) explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (..) os portos marítimos, fluviais e lacustres*". Nesse ponto, observa-se que não haveria óbice para que a legislação infraconstitucional a fastasse, parcial ou totalmente, os princípios da livre concorrência e da

livre iniciativa, visto que, se assim fosse a vontade do Constituinte, a União poderia explorar esse serviço diretamente ou por delegação, inclusive por meio de monopólio.

Ocorre, porém, que o afastamento do princípio concorrencial não foi a opção política que prevaleceu, visto que o legislador ordinário, por meio da Lei nº 10.233/01, determinou que a ANTAQ deveria fomentar a concorrência entre os operadores do setor.

Fazendo um parêntese, vale destacar a existência de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental da Constituição Federal — ADPF, no Supremo, com pedido de nova interpretação da Carta Magna, para que os serviços portuários fossem tratados como serviços públicos por imperativo constitucional e que, assim, fosse obrigatória a utilização do instituto da concessão para todo e qualquer terminal destinado à oferta de serviços para terceiros. Nesse caso, a discussão está sendo feita no foro adequado, o STF, sendo que não caberia ao CADE entrar nesse mérito. Se a Corte Constitucional entender que todo serviço portuário para terceiros deve se submeter ao regime público, os órgãos competentes deverão fazer os ajustes necessários em sua análise e reavaliar o escopo de potencial intervenção.

Ocorre, porém, que hoje há de se trabalhar com o entendimento que o setor portuário se submete plenamente às regras da Lei 8.884/94 e, pelo menos em algum grau, terminais privativos mistos podem concorrer com terminais públicos. Nesse sentido, não há nenhum óbice normativo, além das já citadas Resoluções da ANTAQ (a qual interpretou a legislação ordinária), que se referem à limitação no que tange a cargas de terceiros transportadas pelos terminais privativos de uso misto. Assim, dado que se aplica a Lei 8.884/94 ao setor, compete ao CADE avaliar as condições de concorrência vigentes.

Ponderou ainda o relator o seguinte, com os meus grifos (fls. 364-366 do anexo 27):

Os contratos de arrendamento dos terminais de uso público apresentam cláusulas, ausentes dos contratos de autorização característicos dos terminais de uso misto, que garantem o equilíbrio econômico-financeiro. Nesse sentido, vale citar a Resolução 55/02 da ANTAQ:

"Art. 28. São cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias, as relativas:

§ único: O contrato conterà, ainda, disposição prevendo a reunião das partes, a intervalos de cinco anos, para examinar a eventual ocorrência de externalidades que tenham afetado, de forma permanente e substancial, a operação da Arrendatária e, nesta hipótese, renegociar o ajuste de sorte a, conforme o caso, estabelecer condições de viabilidade econômica para exploração de áreas arrendadas, ou promover a distribuição equitativa dos benefícios resultantes entre a Arrendatária, a Autoridade Portuária e os usuários, vedada a ampliação do período de vigência".

Assim, em situações extraordinárias, não previstas no contrato, a arrendatária possui uma proteção que deve ser considerada como valor a ser acrescido ao seu negócio. Dessa forma, sem aprofundar no tema, o fato é que a cláusula de equilíbrio econômico-financeiro também foi precificada no momento da licitação, enquanto que a autorizatária não possui tal proteção.

O que pode ser alegado é que a concorrência com terminais privativos não estava prevista no momento do leilão, de forma que as atuais arrendatárias teriam pagado um valor superior àquele que seria na ausência da perspectiva desta concorrência. Nesse caso, as contratantes poderiam, se fosse o caso, negociar uma forma de readequar as condições de atuação das empresas de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro. Entretanto, se for entendido que a entrada de terminais privativos se refere tão somente a contingências

razoavelmente previsíveis decorrentes de situações normais e esperadas no momento do contrato, não caberia sua revisão.

Aqui, a análise da cronologia e do conteúdo dos normativos relativos à questão de carga própria versus cargas de terceiros, realizada acima, gera uma dúvida razoável sobre em que medida os investidores dos terminais de uso público precificaram ou não a possibilidade dos terminais de uso misto entrarem de forma mais significativa nos negócios de carga de terceiros. Nesse ponto, como a regra de preponderância de carga própria não estava rigorosamente definida na época das licitações, e nem mesmo após sua primeira explicitação em 2008, faz sentido postular que a hipótese de entrada dos terminais de uso misto em cargas de terceiros de forma massiva não seria tão longínqua assim. O fato de haver uma discussão relevante sobre os limites de atuação dos terminais de uso misto definidos na lei dos portos de 1993 já revela que esta sempre foi uma hipótese presente.

Ademais, se um terminal de uso misto ampliar sua capacidade, seu limite de carga de terceiros estará sempre aumentando em presumivelmente cerca de 50% deste investimento. Ou seja, uma probabilidade de entrada correspondente a metade dos investimentos nestes terminais sempre foi próxima a um desde sempre. Em um prazo ainda mais longo, há sempre uma probabilidade razoável de que as condições mutantes dos negócios simplesmente tornassem não mais atrativas as cargas próprias particulares destes terminais. E uma possibilidade seria redirecionar a atividade do terminal para cargas de terceiros. Isto é intrínseco à dinâmica não apenas das economias modernas, mas também das antigas. O que se altera é certamente o prazo hoje mais rápido de ajuste a estas condições mutantes. E esta rapidez, com certeza, também está precificada nos leilões.

Assim, havendo um prejuízo para os terminais públicos decorrente da entrada dos terminais privativos, há de se analisar se seria o caso de rever as cláusulas do contrato para voltar a um equilíbrio. De qualquer forma, não é necessário restringir a concorrência por esse motivo. E quanto às licitações futuras, que ocorrerão com o término dos contratos atuais, espera-se que possa haver regras claras para que os agentes possam precificar o valor do negócio de forma mais segura, o que gerará valor para todos os envolvidos.

Concluiu o relator da seguinte forma:

- 1) Não há assimetrias sistemáticas de custos intrínsecas em favor de terminais de uso público ou misto;
- 2) As motivações econômicas usualmente observadas para a distinção entre regimes de prestação pública e privada não estão presentes neste setor, o que indicaria que uma convergência dos regimes seria desejável;
- 3) A definição de leilões como mecanismo de alocação dessas áreas seria desejável, considerando que os espaços disponíveis para a construção de terminais portuários são ativos escassos. Leilões impessoais tendem a selecionar o agente mais eficiente com mais frequência que os "beauty contests". Na atual sistemática, o critério de beneficiar aquele que pede primeiro pode gerar elevado custo de oportunidade;
- 4) Restrições à liberdade dos agentes também acarretam ineficiências desnecessárias, visto que os preços relativos dos produtos/serviços variam com o tempo, não havendo racionalidade econômica em obrigar um determinado terminal transportar um tipo de carga havendo outro tipo que se torne mais rentável. Isso significa uma utilização sub-ótima dos recursos escassos de infraestrutura do país.
- 5) Por fim, e mais importante, deve haver regras claras sobre o espaço de concorrência dos agentes que dêem segurança jurídica aos investidores, o que eleva os incentivos para a realização de negócios, e, em consequência, o bem estar social.

Ressalto que, no caso dos Terminais Privados, há que se considerar a necessidade de se partir do zero e sem uma carteira de clientes, ao passo que nos Terminais Públicos paga-se pelo uso de uma estrutura já pronta e com uma carteira de clientes não apenas existente, mas também conhecida, dimensionada, o que, sem dúvida, reduz os riscos do negócio.

Como bem observa o voto do relator no CADE, nos contratos de concessão há uma cláusula que busca garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao passo que, nos Terminais Privados, regidos por autorizações, o risco é todo do autorizatário (fls. 364-365 do anexo 27).

À guisa de conclusão, entendo, assim como o CADE, que a questão relativa ao risco de concorrência assimétrica pode ser adequadamente tratada pela Antaq, por meio da regulamentação do setor, no que concerne à exploração do serviço de transporte de cargas de terceiros e também no tocante aos contratos de concessão.

Destaco, por fim, que a recente MP 595/2012 seguiu a linha sustentada pelo relator do CADE, porquanto previu a realização de processo seletivo para o deferimento de uma autorização, sem prejuízo de, conforme mencionado anteriormente, continuar estimulando a concorrência, inclusive com a extinção da exigência de proporcionalidade entre cargas próprias e de terceiros.

Quarta alegação da autora da representação:

4 - Prejuízos para os trabalhadores portuários, já que os terminais privativos de uso misto, ao contrário dos terminais de uso público, não são obrigados a contratar trabalhadores por intermédio do Órgão de Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), que preza por melhores condições de trabalho e maior remuneração do pessoal;

Ressalto que essa alegação permanece válida em relação à MP 595/2012, porquanto manteve a liberdade dos Terminais de Uso Privado de contratarem mão-de-obra sem a intervenção do OGMO.

O relator do processo no CADE acima citado fez ainda as seguintes e pertinentes observações sobre a utilização de mão-de-obra:

De qualquer forma, restringir a concorrência para sustentar um regime de contratação claramente ineficiente, que aumenta de forma desnecessária a quantidade e o custo do fator trabalho não parece algo minimamente razoável. Reduz a competitividade de nossas exportações e aumenta o custo de nossas importações, que ou aumentam custos dos insumos para as empresas ou dos bens finais para os consumidores. (fl. 366 do anexo 27)

(...)

No entanto, não escapa à nossa percepção que as ineficiências acima citadas no regime do OGMO podem ser as principais motivações para uma baixa ou nenhuma demanda de trabalhadores avulsos pelos terminais de uso misto. Não há dúvida que há uma grande injustiça em obrigar os terminais de uso público a arcarem com esta ineficiência, e não ocorrer o mesmo para os privativos de uso misto. No entanto, isto não implica que o constrangimento da concorrência proveniente dos terminais privativos seja a melhor resposta, ou mesmo uma resposta razoável, ao problema. Se há ineficiências administrativas nos OGMOs geradas por problemas corporativos que afetam um subconjunto de *players* no mercado (os terminais de uso público), a pior solução a ser dada é exportar este problema para os outros *players* (os terminais de uso misto). Seria equivalente a, no caso de minério de ferro, obrigar as empresas que podem utilizar a ferrovia a usarem a rodovia, meio de transporte muito mais custoso, para "equilibrar" a concorrência com as mineradoras que não dispusessem desta opção. (fl. 368 do anexo 27)

Na verdade, a melhor forma de induzir a eliminação ou mitigação das ineficiências na contratação de mão-de-obra avulsa para os terminais de uso público é a própria concorrência proveniente de *players* que não estão constrangidos por tais ineficiências. (fl. 368 do anexo 27)

Vejo como de absoluta sensatez a análise efetuada pelo relator do processo do CADE, com a qual me alinho.

Das providências do Poder Executivo tendentes a aperfeiçoar o marco regulatório

Na instrução de fl. 722 do volume principal, a então Sefid-1, atual SefidTransp, menciona que a Antaq, na manifestação que apresentou a este Tribunal sobre o estudo levado a efeito pela UnB, informou que tanto o referido estudo quanto outros estudos sobre o tema estavam sendo discutidos juntamente com os resultados das ações promovidos por Grupo de Trabalho criado pela Portaria Antaq nº 125-DG, que estabeleceu os seguintes objetivos:

- a) estabelecer quantitativos mínimos e preponderantes de movimentação de carga própria para os Terminais de Uso Privativo outorgados antes da vigência de preceitos legais que regulam a matéria;
- b) Avaliar o marco regulatório legal estabelecido pela Lei nº 8.630/93, no que diz respeito à exploração portuária mediante outorga de autorização para terminais de uso privativo misto, à luz da Emenda Constitucional nº 10/91 e Projeto de Lei nº 8/91;
- c) Contextualizar as operações de contêineres dentro do conceito de carga própria e de terceiros movimentadas em TUP;
- d) Elaborar e parametrizar modelagem para apresentação de estudo técnico e econômico que justifique a construção e operação do TUP misto, nos termos da Resolução nº 1.660-ANTAQ, de 2010;
- e) Avaliar os aspectos institucionais, financeiros e econômicos supostamente motivadores de assimetrias nos níveis de concorrência entre os terminais de uso público arrendados e os terminais de uso privativo, avaliação essa que poderá requerer a contratação de consultoria especializada;
- f) Propor modificações para o arcabouço legal vigente, se for o caso, em decorrência dos estudos a serem desenvolvidos sobre o assunto;
- g) Elaborar regra de transição para os terminais outorgados antes do Decreto nº 6.620/2008.

Mais adiante, na mesma instrução, a Sefid-1 traz a seguinte informação (fls. 728-729 do volume principal):

91. A SEP e a Casa Civil da Presidência da República mencionaram em suas manifestações (fls. 433 e 435) que o Governo Federal, por meio da SEP, está elaborando o Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP), em parceria com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), a Universidade Federal de Santa Catarina e o Porto de Rotterdam.

92. O referido Plano, que até a presente data não foi concluído pela SEP, irá construir um amplo diagnóstico do setor, a fim de identificar gargalos e medidas a serem adotadas, de modo a fornecer subsídios para a elaboração de políticas públicas e para a revisão do marco regulatório e do desenho institucional do sistema portuário brasileiro.

93. Segundo os Ofícios 159/2011-DG (fls. 391-400) e 317/2011-DG (fl. 584), a Antaq constituiu um Grupo de Trabalho com vistas a apurar as condições concorrenciais

que envolvem os terminais portuários públicos e privativos de uso misto e, para isso, contratou os serviços do Departamento de Economia da Universidade de Brasília (UnB), que irá produzir estudos a fim de identificar assimetrias concorrenciais entre esses terminais e, em caso afirmativo, qual a sua relevância.

94. Os objetivos desses estudos são: investigar a existência de assimetrias regulatórias entre os terminais portuários de uso público e de uso privativo misto; possibilitar à Antaq dispor de modelos adequados para analisar qualquer terminal de uso privativo misto sob a ótica de seus custos, suas receitas, seus investimentos e suas despesas, e compará-lo com os terminais de uso público; e indicar alterações na regulação que conduzam ao equilíbrio entre esses modelos de exploração e a correção de desequilíbrios concorrenciais (fl. 613).

Além disso, no parágrafo 177 da instrução de fl. 741, a Sefid menciona que “*notícia veiculada no jornal Valor Econômico, de 13/4/2012, informa que, com base na política pública estabelecida, o governo prepara pacote para portos, em que estão previstas concessões de novos portos públicos para movimentação de contêineres*”.

Ou seja, há nos autos inúmeras informações no sentido de que os órgãos competentes estavam trabalhando para aperfeiçoar o marco regulatório do setor portuário, inclusive com o objetivo declarado de buscar soluções para as eventuais distorções que possam estar ocorrendo.

A edição da MP 595/2012 certamente é resultado desse esforço dos órgãos competentes, no sentido de buscar o aperfeiçoamento do marco regulatório do setor portuário. Consoante visto ao longo desse voto, algumas questões ensejadoras de longas controvérsias foram explicitamente tratadas na citada Medida Provisória, o que muito contribui para a fixação de regras mais claras.

Da última proposta feita pela Sefid e do novo contexto criado pela MP 595/2012

Apresento, abaixo, quadro contendo a última proposta da Sefid e o novo contexto criado pela MP 595/2012:

Proposta da Sefid	MP 595/2012
a) nos termos do art. 74, § 2º, da Constituição Federal de 1988 e do art. 53 da Lei 8.443/1992, conhecer da presente representação para, no mérito, dar-lhe provimento;	A MP 595/2012 não afetou a proposta da Sefid.
b) determinar, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, e em observância ao disposto no art. 175 da Constituição Federal de 1988 e na Lei 8.630/1993 (arts. 1º, §2º, e 4º, §2º, inciso I e inciso II, alínea “b”), à Secretaria Especial de Portos (SEP) e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que regularizem a atuação e os instrumentos de outorga dos terminais pertencentes às empresas Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuárias S.A e Terminal Portuário de Cotegipe à legislação:	- A MP 595/2012 revogou a Lei 8.630/1993 e em relação aos termos de autorização e aos contratos de adesão assinados antes da citada medida provisória e ainda em execução, a aludida norma, no seu art. 50, estabeleceu que eles deverão ser adaptados ao disposto na Medida Provisória, em especial ao previsto no art. 8º, no prazo de um ano, contado da data de sua publicação. - Portanto, a determinação proposta pela Sefid passa a ser desnecessária, diante do novo contexto.
b.1) caso optem por regularizar a movimentação de carga a fim de caracterizá-los como terminais privativos de uso misto, demonstrem, no prazo de	- A MP 595/2012 revogou a Lei 8.630/1993 e eliminou a distinção anteriormente existente entre Terminais de Uso Privativo Exclusivo (para

<p>90 dias, em observância ao art. 4º, §2º, inciso II, alínea “b” da Lei 8.630/1993, o equilíbrio entre a movimentação de cargas próprias e de terceiros;</p>	<p>movimentação de carga própria) e Terminais de Uso Privativo Misto (para movimentação de carga própria e de terceiros). Pela MP 595/2012, há apenas os Terminais de Uso Privado (arts. 2º, inciso IV, e 8º, inciso I), que podem movimentar livremente tanto cargas próprias quanto de terceiros.</p> <p>- Portanto, fica prejudicada essa proposta da Sefid.</p>
<p>b.2) caso optem por manter o perfil atual de movimentação de carga desses terminais, nos termos do art. 175 da Constituição Federal de 1988 e dos art. 4º, §2º, inciso I, c/c art. 1º, §2º, ambos da Lei 8.630/1993:</p>	<p>Aplica-se a essa proposta o comentário da proposta anterior.</p>
<p>b.2.1.) enviem à este Tribunal de Contas da União, no prazo de 45 dias, cronograma de ações para elaboração de proposta de prazo razoável e fundamentado para que os referidos terminais continuem operando, em caráter excepcional, tendo em vista o interesse público e o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, sendo que, ao término desse prazo, a ser proposto pela SEP e Antaq, deverá ocorrer a concessão desses empreendimentos, precedida de licitação;</p>	<p>- Aplica-se a essa proposta o comentário da proposta anterior.</p> <p>- Quanto à preocupação demonstrada neste item da proposta relativamente à realização de licitação, a MP 595/2012 passou a exigir que, para a exploração de Terminais de Uso Privado, as autorizações sejam precedidas de chamada e processo seletivo públicos (art. 8º, <i>caput</i>);</p>
<p>b.2.2) a fundamentação do prazo a que se refere o item anterior deve considerar, no mínimo, os seguintes aspectos:</p>	<p>Aplica-se a essa proposta o comentário da proposta anterior.</p>
<p>b.2.2.1) levantamento dos custos e despesas operacionais, da demanda pelos serviços prestados por esses terminais, por perfil de carga, e suas correspondentes receitas operacionais e acessórias;</p>	<p>Aplica-se a essa proposta o comentário da proposta anterior.</p>
<p>b.2.2.2) forma de equacionamento do domínio útil das áreas desses terminais, considerando a possibilidade de amortização do valor das áreas no prazo a ser proposto ou, ainda, de indenização desse valor pelo futuro concessionário, conforme previsto nos arts. 21 e 22 do Decreto 6.620/2008; e</p>	<p>Aplica-se a essa proposta o comentário da proposta anterior.</p>
<p>b.2.2.3) forma de equacionamento dos investimentos realizados pelos proprietários dos terminais em razão dos bens móveis e imóveis, considerando a possibilidade de amortização no prazo a ser proposto ou a indenização dos valores</p>	<p>Aplica-se a essa proposta o comentário da proposta anterior.</p>

pelo futuro concessionário.	
d) comunicar a decisão que vier a ser adotada à denunciante e às sociedades Portonave S.A. – Terminais Portuários de Navegantes, Itapoá Terminais Portuários S.A., Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A. e Terminal Portuário de Cotegipe; e	A MP 595/2012 não afetou a proposta da Sefid.
e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso IV, do Regimento Interno do TCU, já que as medidas propostas podem ser fiscalizadas em sede de processo de monitoramento, nos termos da Portaria - Segecex 27/2009.	A MP 595/2012 não afetou a proposta da Sefid.

Conclusão

Considerando a complexidade e a amplitude do que se analisou neste voto, apresento abaixo uma síntese da matéria:

A Federação Nacional dos Portuários, autora desta representação, alega, em síntese, o seguinte:

1 - Ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, que regulamentou a Lei 8.630/1993 (Lei de Portos), e à Resolução/Antaq 517/2005, tendo em vista que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação;

2 - Ofensa ao art. 21, inciso XII, alínea “F”, c/c o art. 175, ambos da Constituição Federal, pois os Terminais de Uso Privativo Misto (TUPM) estariam realizando prestação de serviço público em regime de direito privado e sem prévia licitação, tendo em vista exatamente o fato de que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação;

3 - Concorrência assimétrica dos terminais privativos de uso misto em relação aos terminais de uso público (localizados dentro das áreas dos portos organizados), o que estaria causando para estes últimos desequilíbrio econômico-financeiro e perda de competitividade, uma vez que aqueles operam sob condições legais mais flexíveis;

4 - Prejuízos para os trabalhadores portuários, já que os terminais privativos de uso misto, ao contrário dos terminais de uso público, não são obrigados a contratar trabalhadores por intermédio do Órgão de Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), que preza por melhores condições de trabalho e maior remuneração do pessoal;

- Como exemplos de terminais privativos de uso misto que estariam realizando predominantemente movimentação de cargas de terceiros em competição com os terminais de uso público a autora da representação discorre sobre os casos da Portonave, Itapoá e Embraport, que foram individualmente analisados tanto pela unidade técnica deste Tribunal quanto por este relator, juntamente com o caso da empresa Terminal Portuário de Cotegipe que foi habilitada como interessada neste processo, porquanto figura como interessada nos autos do TC-026.748/2010-0, apensado a esta representação por se tratar de representação formulada pelo Sindicato dos Operadores Portuários de Salvador e Aratu (Sindopsa), em que são apontadas supostas irregularidades que teriam sido cometidas pela empresa Cotegipe ao utilizar terminal portuário privativo de uso misto preponderantemente para movimentar cargas de terceiros;

- Ao final, a representante, após discorrer sobre a competência do TCU para exercer o controle externo sobre as atividades-fim das agências reguladoras, requer, no mérito, que seja determinado à Antaq o seguinte:

- a) suspenda o funcionamento dos terminais de uso misto que não comprovem a preponderância de movimentação de carga própria;
- b) promova a adequação das autorizações já expedidas aos termos legais;
- c) explicita o conceito de carga própria, levando-se em conta o traço de verticalização, de modo que a produção e o seu escoamento via porto componham os elos de uma mesma cadeia econômica;
- d) exija para a outorga das autorizações estudo de viabilidade técnica e econômica que justifique, por si só, a construção e a operação de terminais privativos de uso misto, em consonância com a Resolução - Antaq 517/2005 e o Decreto 6.620/2008;
- e) que sejam apuradas eventuais irregularidades, suas repercussões cíveis, penais e disciplinares, bem como seus responsáveis, oficiando-se, se for o caso, à Procuradoria-Geral da República.

- A análise deste processo deve ser feita com base em duas preocupações deste Tribunal: primeira: verificar se a Antaq violou o ordenamento jurídico, quando da prática dos atos que ora se analisa; segunda: não invadir a esfera de discricionariedade da Antaq nem pretender substituí-la nas suas funções privativas;

- A novel Medida Provisória nº 595, de 06.12.2012, embora tenha revogado a Lei nº 8.630/1993, conhecida como Lei dos Portos, e tenha eliminado a distinção entre Terminais de Uso Privativo Exclusivo e Terminais de Uso Privativo Misto, ou seja, embora não mais exija dos agora denominados Terminais de Uso Privado que demonstrem a movimentação preponderante de cargas próprias, afetou apenas parcialmente o deslinde deste processo, não tendo sido suficiente para provocar a perda do seu objeto, razão pela qual ainda é necessária uma manifestação de mérito deste Tribunal acerca da questão;

- Essa situação decorre do fato de que a presente Representação questiona atos praticados pela Antaq que teriam ofendido a legislação vigente à época dos acontecimentos aqui reportados. Portanto, neste ponto, a edição da citada Medida Provisória pouco interfere. Haverá sim repercussão da nova norma em relação a questões ainda presentes e ao encaminhamento deste processo no tocante a providências futuras;

Conclusões quanto à primeira alegação da autora da representação, no sentido de que *“houve ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, que regulamentou a Lei 8.630/1993 (Lei de Portos), e à Resolução/Antaq 517/2005, tendo em vista que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação”*;

- A Lei nº 8.630/1993 (Lei dos Portos) e a Lei nº 10.233/2001 (Lei de criação da Antaq) foram silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros, assunto que somente passou a ser tratado expressamente a partir da Resolução/Antaq nº 517/2005 e, posteriormente, do Decreto nº 6.620/2008;

- A autorização da Portonave nada tratou sobre a proporcionalidade entre cargas próprias e de terceiros. Também não previu a movimentação de contêineres e fixou o prazo de 25 anos, prorrogável por igual período.

- As autorizações da Cotegipe, Itapoá e Embraport previram que a movimentação de cargas de terceiros deveria ocorrer de forma complementar. Além disso, previu a movimentação de contêineres e dispôs que a autorização seria por prazo indeterminado;

- Portanto, quanto à observância da Lei nº 8.630/1993 (Lei dos Portos) e da Lei nº 10.233/2001 (Lei de criação da Antaq) relativamente à movimentação de cargas, é forçoso admitir que, ao menos formalmente, as autorizações da Portonave, Cotegipe, Itapoá e Embraport não contrariaram o texto expresso dos dispositivos legais que, à época, disciplinavam a matéria, que eram as citadas Leis nºs 8.630/1993 e 10.233/2001, ambas silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros.

- No tocante à observância da Resolução/Antaq nº 517/2005, entendo que os atos de autorização da Portonave, da Cotegipe e da Itapoá não contrariaram essa norma, pois referidas autorizações são anteriores à sua vigência;

- O ato de autorização da Embraport, porém, contrariou a Resolução/Antaq nº 517/2005, tendo em vista que é posterior à sua edição e previu a autorização para movimentação de contêineres, contrariando assim o §2º do art. 2º da citada Resolução que trazia comando no sentido de que “*Não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores*”, circunstância que, à época dos fatos, foi justificada pela Antaq no processo de autorização, sob o fundamento de que o pedido de autorização formulado pela Embraport era bem anterior à vigência da aludida resolução;

- Quanto à previsão para movimentação de contêineres nas autorizações da Cotegipe, Itapoá e Embraport, o que se percebe, principalmente em face das informações prestadas pela Procuradoria-Geral da Antaq ao STF, nos autos da ADPF nº 139, é que, à época dos fatos, esse era realmente o entendimento da Antaq, o que talvez explique a razão pela qual fez contar nas referidas autorizações a previsão para movimentação de contêineres. De qualquer modo, com a edição da Medida Provisória nº 595/2012, esta questão ficou equacionada, porquanto referida norma extinguiu a figura do Terminal de Uso Privativo Misto e, conseqüentemente, não mais exige que a movimentação de cargas de terceiros ocorra apenas a título complementar, sendo, portanto, inequivocamente admitida pela nova norma a movimentação de contêineres pelos Terminais de Uso Privado;

- Quanto à alegação de ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, entendo que não procede, pois referida norma é muito posterior a todas as autorizações discutidas neste processo e não me parece que a Antaq dispunha de fundamento jurídico para aplicar retroativamente o citado decreto, especialmente em face do que estabelecia o seu art. 53 no sentido de que as disposições do citado Decreto “*não alcançam os atos legais praticados anteriormente a sua edição*”;

- A própria Sefid não ratificou em suas duas últimas propostas de encaminhamento a posição antes sustentada de determinar que a Antaq aplicasse o citado Decreto mesmo às autorizações deferidas em momento anterior ao da sua edição;

- Entendo que assiste razão à Sefid. Não vejo fundamento jurídico para que a Antaq desse cumprimento à parte do Decreto que tratava da proporcionalidade entre carga própria e carga de terceiros e negasse vigência ao art. 53 que expressamente estabelecia que as disposições do citado Decreto “*não alcançam os atos legais praticados anteriormente a sua edição*”, exceto se, fundamentadamente, apontasse alguma ilegalidade ou, se cabível, uma inconstitucionalidade, menos provável por se tratar de um decreto;

- Como era de se esperar, a Antaq não viu qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade no Decreto, principalmente porque referida norma prestigiava exatamente os atos praticados pela própria Antaq em momentos anteriores à edição do decreto. Não se pode negar que as autorizações foram deferidas levando em consideração a interpretação conferida à época pelo Ministério dos Transportes e pela Antaq;

- Não me sensibiliza a alegação de que os TUPM decorrem de autorizações do Poder Público que, como tais, são de natureza precária e, portanto, podem ser incondicionalmente alteradas. Nesse ponto, concordo com a posição sustentada por vários doutrinadores sobre o assunto, no sentido

de que tais autorizações não têm o caráter precário próprio das autorizações tradicionais e que não envolvem elevadas quantias de investimento;

- Portanto, pelas razões acima expostas, entendo que, em relação às autorizações da Portonave, Itapoá e Cotegipe, não houve ofensa ao Decreto nº 6.620/2008 nem à Resolução/Antaq nº 517/2005, e quanto à autorização da Embraport não houve ofensa ao Decreto nº 6.620/2008, mas houve contrariedade ao art. 2º, §2º, da Resolução/Antaq nº 517/2005, que, conforme expus, não revelam maior gravidade, em face dos entendimentos que, à época dos fatos, prevaleciam;

Conclusões quanto à segunda alegação da autora da representação, no sentido de que estaria havendo ofensa ao art. 21, inciso XII, alínea “f”, c/c o art. 175, ambos da Constituição Federal, pois os Terminais de Uso Privativo Misto (TUPM) estariam realizando prestação de serviço público em regime de direito privado e sem prévia licitação, tendo em vista exatamente o fato de que os TUPM estariam movimentando predominantemente cargas de terceiros e não cargas próprias, como determina a referida legislação:

- Tramita atualmente no STF a ADPF nº 139 que questiona a constitucionalidade de vários dispositivos da agora revogada Lei dos Portos, particularmente o art. 4º, §2º, inciso II, alínea b, e o art. 6º, §2º, no tocante à falta de exigência de licitação para a autorização dos terminais de uso privativo misto e ao uso da autorização em vez da concessão.

- Embora referida lei tenha sido revogada pela MP 595/2012, apresento abaixo a discussão travada neste processo sobre o assunto e a conclusão a que cheguei no tocante à conduta praticada pela Antaq. Aliás, não me surpreenderia se viesse a notícia de que os mesmos autores da ADPF estenderam os seus questionamentos também à própria medida provisória, tendo em vista que aludida norma, embora preveja a realização de chamada e processo seletivo público para o deferimento de uma autorização, manteve a autorização como sendo o instrumento hábil para permitir a exploração de Terminais de Uso Privado.

- A questão não é simples, pois há posições doutrinárias de ilustres juristas que tanto defendem a constitucionalidade quanto a inconstitucionalidade. De igual modo, há, nestes autos, diversas posições no sentido de que a Lei dos Portos teria sido editada exatamente para estimular a concorrência. Na legislação, por sua vez, há vários exemplos de uso das autorizações, sem licitação, para a exploração de algumas das atividades previstas no mesmo dispositivo constitucional que se refere à atividade portuária, que é o art. 21, inciso XII, da Constituição Federal, como é o caso das telecomunicações, energia elétrica e radiodifusão;

- Para o deslinde deste processo, no entanto, a controvérsia envolvendo a constitucionalidade ou não dessas normas não é matéria decisiva, pois entendo que o Ministério dos Transportes e, posteriormente, a Antaq agiram estritamente dentro do que previa a legislação, particularmente o art. 6º da Lei nº 8.630/93 e os arts. 13, inciso V, e 14, inciso III, alínea c, da Lei nº 10.233/2001, quanto ao uso da autorização como sendo o instrumento jurídico adequado para a outorga dos Terminais de Uso Privativo Misto. Se essa legislação estava, no caso da Lei dos Portos, ou está, no caso da Lei nº 10.233/2001, ou não de acordo com a Constituição não me parece que seja uma questão determinante para o desfecho deste processo, cujo propósito, neste ponto, é o de verificar a regularidade da atuação da Antaq.

Conclusões quanto à terceira alegação da autora desta representação, no sentido de que estaria havendo concorrência assimétrica dos terminais privativos de uso misto em relação aos terminais de uso público (localizados dentro das áreas dos portos organizados), o que estaria causando para estes últimos desequilíbrio econômico-financeiro e perda de competitividade, uma vez que aqueles operam sob condições legais mais flexíveis:

- O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - concluiu que não há a alegada concorrência assimétrica, mas, ponderou que, se houvesse, isso não deveria ser motivo para

inibir a atuação dos TUPM, pois a questão relativa ao risco de concorrência assimétrica pode ser adequadamente tratada pela Antaq, por meio da regulamentação do setor, no que concerne à exploração do serviço de transporte de cargas de terceiros e também no tocante aos contratos de concessão que podem ser alterados por meio de reequilíbrio econômico-financeiro, a fim de ajustar eventuais concorrências assimétricas;

- É de se ponderar ainda a afirmação do relator do processo no CADE de que “*se um terminal de uso misto ampliar sua capacidade, seu limite de carga de terceiros estará sempre aumentando em presumivelmente cerca de 50% deste investimento*”, o que, em tese, acirraria a concorrência, sem que se pudesse alegar qualquer ofensa à proporcionalidade entre cargas próprias e de terceiros. Essa constatação, na minha visão, demonstra que a proporcionalidade entre essas cargas não pode ser tratada como instrumento para resolver eventuais concorrências assimétricas, pois, conforme se demonstrou, não seria um instrumento eficaz para esse desiderato;

- Não me parece razoável admitir que se deva inibir a atuação dos Terminais Privados sob a alegação de que praticariam preços mais baixos. Entendo que a redução dos preços é desejada por todos, a fim de que se reduzam os custos de transporte portuário no Brasil. Nessa perspectiva, entendo que o melhor é buscar os mecanismos adequados para que também os portos públicos possam praticar preços mais baixos, o que me parece ser um dos objetivos da recente MP 595/2012;

- Há que se mencionar que a concorrência entre empresas privadas, detentoras de autorizações deferidas pelo Poder Público, e concessionárias de serviços públicos não é novidade no Direito brasileiro, a exemplo do que hoje se verifica no setor de energia elétrica, de telecomunicações e de serviços de radiodifusão. Consoante demonstrado neste voto, há nos autos manifestações qualificadas de doutrinadores e do próprio CADE no sentido de que, muitas vezes, a concorrência entre o público e o privado, mesmo quando assimétrica, é salutar, a fim de permitir ganhos de eficiência tanto de um lado quanto do outro;

- Por outro lado, não se pode deixar de analisar as consequências do alerta que o relator do CADE fez no sentido de que, do ponto de vista econômico, não é interessante deixar de aproveitar uma eventual capacidade ociosa de um TUPM, que pode decorrer de vários fatores, inclusive sazonais, apenas para se evitar um aumento da concorrência, especialmente se houver demanda não atendida;

- Na linha do que sustentado pelo CADE e por diversos autores, cujos pareceres contam destes autos e foram parcialmente reproduzidos neste voto, a MP 595/2012 expressamente consigna, no art. 3º, particularmente no *caput* e no inciso V, o incentivo à concorrência entre os Terminais Públicos e os Privados, como forma de incrementar a eficiência do setor portuário;

Conclusões quanto à quarta alegação da autora desta representação, no sentido de que estaria havendo prejuízos para os trabalhadores portuários, já que os terminais privativos de uso misto, ao contrário dos terminais de uso público, não são obrigados a contratar trabalhadores por intermédio do Órgão de Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), que preza por melhores condições de trabalho e maior remuneração do pessoal:

- Ressalte-se que essa alegação permanece válida em relação à MP 595/2012, porquanto manteve a liberdade dos Terminais de Uso Privado de contratarem mão-de-obra sem a intervenção do OGMO;

- Segundo bem ponderou o relator do processo no CADE, “*restringir a concorrência para sustentar um regime de contratação claramente ineficiente, que aumenta de forma desnecessária a quantidade e o custo do fator trabalho não parece algo minimamente razoável. Reduz a competitividade de nossas exportações e aumenta o custo de nossas importações, que ou aumentam custos dos insumos para as empresas ou dos bens finais para os consumidores*”;

Conclusões quanto às providências do Poder Executivo para aperfeiçoar o marco regulatório:

- Há nos autos inúmeras informações no sentido de que os órgãos competentes estão trabalhando para aperfeiçoar o marco regulatório do setor portuário, inclusive com o objetivo declarado de buscar soluções para as eventuais distorções que possam estar ocorrendo;

- A edição da MP 595/2012 certamente é resultado desse esforço dos órgãos competentes, no sentido de buscar o aperfeiçoamento do marco regulatório do setor portuário. Consoante visto ao longo desse voto, algumas questões ensejadoras de longas controvérsias foram explicitamente tratadas na citada Medida Provisória, o que muito contribui para a fixação de regras mais claras;

Conclusões quanto aos pedidos feitos pela autora desta representação, reproduzidos

acima:

- Os pedidos reproduzidos nas letras *a*, *b*, *c* e *d* acima ficaram superados com a edição da MP 595/2012, porquanto eliminou a distinção anteriormente existente entre Terminais de Uso Privativo Exclusivo (para movimentação de carga própria) e Terminais de Uso Privativo Misto (para movimentação de carga própria e de terceiros). Pela MP 595/2012, há apenas os Terminais de Uso Privado (arts. 2º, inciso IV, e 8º, inciso I), que podem movimentar livremente tanto cargas próprias quanto de terceiros. Além disso, referida MP 595/2012 previu a adequação, no prazo de um ano, dos contratos vigentes aos termos da citada norma;

- O pedido reproduzido na alínea *e*, no sentido de que fossem apuradas eventuais irregularidades cometidas pela Antaq foi atendido, conforme se depreende da leitura deste voto, tendo-se concluído pela inexistência de irregularidades substanciais.

Proposta de encaminhamento

Portanto, diante do que foi exposto, entendo que a presente representação deve ser julgada improcedente.

Registro ainda que, em atenção à solicitação que deu entrada em meu gabinete em 06.12.2012, deve ser encaminhada ao Procurador da República no Estado da Bahia, José Alfredo de Paula Silva, cópia do acórdão que vier a ser prolatado, assim como do relatório e voto que o fundamentarem.

Feitas essas considerações, voto por que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto à apreciação do Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de fevereiro de 2013.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator