

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 015.916/2009-0 [Apenso: TC 026.748/2010-0]

Natureza: Representação

Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - MT

Responsáveis: Fernando Antônio Brito Fialho. (Diretor-Geral da Antaq até 17/2/2012), Tiago Pereira Lima (Diretor-Geral da Antaq em exercício)

Interessados: Federação Nacional dos Portuários; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq; Secretaria Especial de Portos – SEP; Casa Civil da Presidência da República; Estado do Ceará; Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes; Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.; Itapoá Terminais Portuários S.A.; Terminal Portuário Cotegipe S.A.; Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

Advogado constituído nos autos:

Advogado do Estado do Ceará: Othávio Cardoso de Melo, OAB/CE 21.871-B;

Advogados da Federação Nacional dos Portuários: Evandro Catunda de C. Pinto, OAB/DF 10.759; Felipe Adjuto de Melo, OAB/DF 19.752 e outros.

Advogados da Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes: Flávio Bettega, OAB/PR 20.657, e outros.

Advogados da Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.: Egon Bockmann Moreira, OAB/PR 14.376, e outros.

Advogados da Itapoá Terminais Portuários S.A.: Fábio Viana Fernandes da Silveira, OAB/DF 20.757; Benjamin Gallotti Beserra, OAB/DF 13.568, e outros.

Advogados da Terminal Portuário Cotegipe S.A.: Cláudio Coelho de Souza Timm, OAB/DF 16.885, e outros.

Advogados da Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público: Juarez Freitas, OAB/RS 52.563, Alexandre Pasqualini, OAB/RS 17.315, e outros.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. TERMINAIS PORTUÁRIOS DE USO PRIVATIVO MISTO. ALEGAÇÃO DA AUTORA DA REPRESENTAÇÃO DE IRREGULARIDADES NAS OUTORGAS DAS AUTORIZAÇÕES EMITIDAS PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES E, POSTERIORMENTE, PELA ANTAQ, E AINDA DE OFENSA À LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA E RESPECTIVA REGULAMENTAÇÃO. CONHECIMENTO. LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA A MATÉRIA. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA SUA CONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA SUBMETIDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SITUAÇÕES

CONSTITUÍDAS À LUZ DE INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL ADOTADA À ÉPOCA DOS FATOS. ALEGADA CONCORRÊNCIA ASSIMÉTRICA QUE NÃO FICOU DEMONSTRADA NOS AUTOS. MANIFESTAÇÕES DO CADE E DO MPF NA LINHA DO VOTO DO RELATOR. SUPERVENIÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 595, DE 06/12/2012 QUE REVOGOU A LEI DOS PORTOS E FIXOU NOVO MARCO REGULATÓRIO, EXTINGUIU A DISTINÇÃO HAVIDA ENTRE TERMINAIS DE USO PRIVATIVO EXCLUSIVO E TERMINAIS DE USO PRIVATIVO MISTO, PASSANDO A EXISTIR APENAS OS TERMINAIS DE USO PRIVADO, AUTORIZADOS A MOVIMENTAR LIVREMENTE TANTO CARGAS PRÓPRIAS QUANTO DE TERCEIROS. NORMA SUPERVENIENTE QUE PASSOU A REGULAR, DE MODO MAIS CLARO, VÁRIAS QUESTÕES ALEGADAS PELA REPRESENTANTE. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

RELATÓRIO

Transcrevo abaixo a instrução de fls. 715-745 do volume principal produzida no âmbito da Sefid-1, com a qual se manifestaram de acordo os dirigentes daquela unidade técnica:

INTRODUÇÃO

Trata-se de representação formulada pela Federação Nacional dos Portuários para apuração de possíveis irregularidades em relação às autorizações para exploração de terminais privativos de uso misto (TUPM).

HISTÓRICO

2. *Primeiramente, cumpre registrar que a matéria destes autos já foi analisada pela então Secretaria de Fiscalização de Desestatização (Sefid), consoante instruções de fls. 54-59 e fls. 79-92, tendo sido realizada, inclusive, diligência à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq). Efetuada essa primeira análise, a Sefid propôs, em síntese:*

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

a.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;

a.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;

b) *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:*

b.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);

b.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;

b.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).

3. *Em resposta ao Despacho do Ministro-Relator Raimundo Carreiro, de 9/2/2010 (fl. 107), o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MP/TCU) manifestou-se, em 15/3/2010 (fl. 108), de acordo com a proposta da unidade técnica, com as seguintes adequações:*

a) em relação ao contido na alínea “b” (fl. 91 – Vol. Principal), entendemos necessária a fixação de um marco temporal para o cumprimento da determinação ali estabelecida. Nesse sentido, sugerimos que seja dada ao dispositivo a seguinte redação: “b) Determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq que, no prazo de 60 dias:”;

b) quanto ao contido na alínea “c.2”, entendemos que não cabe ao Tribunal estabelecer um percentual mínimo de operação com carga própria (no caso, 50%), para fins de evidenciação do caráter eventual e subsidiário da movimentação de carga de terceiros nos terminais privativos de uso misto. Nesse caso, pensamos que o percentual escolhido deva ser tão-somente motivado pela Agência. Desse modo, sugerimos que o trecho da proposta que trata do assunto (parte final) seja suprimido da recomendação;

c) ante as evidências do cometimento de falhas pela Antaq no desenrolar dos processos de autorização de exploração de terminais privativos de uso misto das empresas Portonave, Itapoá e Embraport, sugerimos que seja determinado à Sefid que promova o acompanhamento do cumprimento das medidas que vierem a ser determinadas à Agência, notadamente no que se refere aos processos abordados nos autos que são de interesse das mencionadas empresas.

4. *Em 2/3/2011, a proposta do Ministro-Relator foi, então, submetida ao Plenário desta Corte de Contas. Decidiu-se, por meio do Acórdão 554/2011-TCU-Plenário, converter o julgamento em diligência a fim de que a Secretaria Especial de Portos (SEP), a Antaq e a Casa Civil da Presidência da República, querendo, se manifestassem nestes autos.*

5. *Em 25/3/2011, por meio de manifestação monocrática (fl. 209), o Ministro-Relator Raimundo Carreiro habilitou o Estado do Ceará como interessado neste processo visto a existência de terminal privativo vinculado àquele Estado, e determinou a abertura de prazo às empresas Portonave S/A Terminais Portuários de Navegantes (Portonave), Itapoá Terminais Portuários S/A (Itapoá) e Empresa Brasileira de Terminais Portuários S/A (Embraport), citadas pelo representante como exemplos de terminais privativos que estariam cometendo irregularidades, para, manifestarem-se acerca do presente processo, caso quisessem.*

6. *Foi exarado, ainda, o Acórdão 1.108/2011-TCU-Plenário, datado de 4/5/2011, que habilitou as referidas empresas como interessadas, uma vez que poderiam ser afetadas pela decisão que viesse a ser adotada por esta Corte de Contas, e concedeu a prorrogação de prazo, por mais trinta dias, improrrogáveis, para as manifestações.*

7. *Nesse ponto, importa mencionar que o TC 026.748/2010-0 foi apensado a este processo por se tratar de representação formulada pelo Sindicato dos Operadores Portuários de Salvador e*

Aratu (Sindopsa), em que são apontadas irregularidades cometidas pela empresa Terminal Portuário de Cotegipe (Cotegipe) ao utilizar terminal portuário privativo de uso misto preponderantemente para movimentar cargas de terceiros.

8. *Ademais, por isonomia às empresas que operam os terminais privativos citados nestes autos, a TPC também foi habilitada como interessada neste TC 015.916/2009-0, e lhe foi concedido prazo para que, querendo, manifeste-se acerca da matéria discutida no âmbito dos TC 026.748/2010-0 e TC 015.916/2009-0 (fl.194 do TC 026.748/2010-0).*

9. *Por derradeiro, registra-se que foi realizada nova diligência à Antaq a fim de que a Agência enviasse documentação (termo de referência, contrato, e outros) relativa aos estudos contratados junto ao Departamento de Economia da Universidade de Brasília para identificar a possível existência de assimetrias de cunho concorrencial entre os terminais de uso público e os privativos de uso misto e informasse, ainda, o prazo de conclusão desses estudos. Solicitou, também, que a Agência enviasse o cronograma ou planejamento de ações para aplicar o resultado desses estudos aos terminais privativos de uso misto.*

DA REPRESENTAÇÃO

10. *A Federação Nacional dos Portuários alega a ocorrência de irregularidades na utilização dos chamados terminais privativos de uso misto pelas respectivas autorizatárias, que estariam se valendo dessas áreas para a movimentação predominante de cargas de terceiros, e não de cargas próprias, como determina a legislação.*

11. *Afirma que, segundo o Decreto 6.620/2008, que regulamentou a Lei 8.630/1993 (Lei de Portos), e a Resolução - Antaq 517/2005 (fls. 105 e s. do anexo 1), 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 (fls. 8/9). Aduz que a situação caracterizaria prestação de serviço público (fl. 3) em regime de direito privado e sem prévia licitação (fls. 1-2 e 4-5), violando o art. 21, inciso XII, alínea "f", c/c o art. 175, ambos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) (fl. 14).*

12. *Assere que a utilização dos terminais privativos de uso misto para movimentação predominante de cargas de terceiros estaria gerando concorrência assimétrica com os terminais de uso público (localizados dentro das áreas dos portos organizados), causando para estes desequilíbrio econômico-financeiro e perda de competitividade, uma vez que aqueles operam sob condições legais mais flexíveis (fl. 1 e 3).*

13. *Destaca que a situação tem trazido 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 (fl. 1).*

14. *Segundo a Federação, a exploração dos terminais de uso público representa prestação de serviço público, ao contrário da utilização dos terminais privativos de uso misto, que caracteriza exercício de atividade econômica controlada pelo Poder Público, em função de sua relevância (fls. 7/8).*

15. *Assevera que o aproveitamento da capacidade ociosa desses terminais para o transporte de carga de terceiros não pode ser preconcebido como razão da viabilidade econômica do empreendimento como um todo, pois a movimentação de carga alheia deve ser marcada pelo traço da eventualidade e da transitoriedade, com utilização da infraestrutura existente para a movimentação de carga própria, a qual deve justificar, por si só, a implantação e a operação do terminal, nos termos do art. 2º, inciso IX, do Decreto 6.620/2008 (fl. 10).*

16. *Pondera que o regime aplicável aos terminais de uso público, outorgados por meio de contrato de arrendamento após prévia licitação, difere do que rege os terminais privativos de uso misto, cuja exploração se dá mediante autorização, sem realização do certame. Afirma que os terminais de uso público estão sujeitos ao pagamento de encargos à autoridade portuária e à prestação de serviço adequado, universal e contínuo, sob prazo determinado e com previsão de reversão dos bens afetados em favor do porto organizado, ao contrário dos terminais privativos de uso misto, sujeitos a regramento bem mais brando e sem tais exigências legais (fl. 12).*
17. *Aduz que, uma vez que os terminais privativos de uso misto estariam se dedicando predominantemente à movimentação de cargas de terceiros, estaria havendo uma concorrência desequilibrada com os terminais de uso público, principalmente em função dos regimes diferenciados que regem os dois tipos de terminal (fl. 13). Assim, existiria uma competição predatória e ilegal, devido à omissão da Antaq em fiscalizar adequadamente o setor, o que poderia gerar a falência dos terminais de uso público, deixando os usuários à mercê dos terminais privativos de uso misto, que não são obrigados a fornecer seus serviços com universalidade, regularidade e modicidade tarifária (fl. 15).*
18. *Acrescenta que os terminais privativos de uso misto estariam subtraindo cargas dos terminais de uso público, reduzindo a remuneração dos trabalhadores portuários avulsos inscritos no OGMO, que atuam nesses terminais. Quanto aos trabalhadores que atuam nos terminais privativos de uso misto, suas condições de trabalho e remuneração seriam mais precárias, uma vez que, nesse caso, a lei não exige a intermediação do OGMO (fl. 17).*
19. *Destaca que as administrações portuárias têm adotado, nos seus contratos de concessão, tarifas, cobradas dos arrendatários dos terminais de uso público, que geram receitas para o custeio do respectivo porto, como as relativas à movimentação de cargas ou ao uso de canal de acesso ao porto. Assim, os terminais privativos de uso misto, ao se instalarem em área contígua ao porto público prejudicariam também a arrecadação da administração portuária (fl. 18).*
20. *Argumenta que tanto a Resolução - Antaq 517/2005 quanto o Decreto 6.620/2008 estabelecem que a movimentação de cargas próprias deve justificar, por si só, a implantação do terminal privativo de uso misto. Com isso, a Antaq estaria atuando em descompasso com o regime regulatório, ao autorizar a operação desse tipo de terminal sem a predominância de movimentação de cargas próprias da autorizada (fls. 20-22).*
21. *Aduz que se deve entender por carga própria, em consonância com o disposto no art. 2º, inciso IV, da Resolução - Antaq 517/2005 (fl. 106 do anexo 1), aquela que esteja vinculada ao titular do terminal privativo de uso misto, diretamente ou por meio de empresa integrante do mesmo grupo econômico, de forma que a produção e o seu escoamento via porto componham elos de uma mesma cadeia econômica (fls. 21-22).*
22. *Assevera que mesmo as autorizações anteriores à Resolução - Antaq 517/2005 e ao Decreto 6.620/2008 devem observar o requisito de preponderância de cargas próprias, uma vez que os respectivos atos de autorização previram que a movimentação de cargas de terceiros se daria em caráter complementar (fls. 169 e s. do anexo 1) e, além disso, o art. 47 da Lei 10.233/2001 estabelece que a autorizada não tem direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização, devendo observar as novas condições impostas por lei ou regulamentação (fls. 22-23).*
23. *Como exemplos de terminais privativos de uso misto que estão fazendo da movimentação de cargas de terceiros sua principal atividade, em competição com os terminais de uso público, a representante aponta os casos da Portonave (fls. 26-34), de Itapoá (fls. 34-42) e da Embraport (fls. 42-47).*

24. *Após discorrer sobre a competência do TCU para exercer o controle externo sobre as atividades-fim das agências reguladoras (fls. 47-51), requer a entidade sindical, em síntese, que (fls. 51-53):*

- sejam os responsáveis da Antaq notificados para que prestem informações quanto à questão;*
- seja determinado à Antaq que apresente o inteiro teor dos processos administrativos referentes às autorizações dadas às empresas Portonave, Itapoá e Embraport;*
- seja ouvido o MP/TCU quanto à questão;*
- seja realizada inspeção nas autorizações concedidas às três empresas acima citadas;*
- 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;*
- 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.*

DAS MANIFESTAÇÕES

25. *Todos os interessados neste processo que foram instados a se manifestar apresentaram arrazoado sobre a matéria.*

I. Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq)

26. *Em atenção ao Acórdão 554/2011-TCU-Plenário, a Antaq encaminhou a este Tribunal o Ofício 159/2011-DG (fls. 396-405) juntamente com anexo contendo considerações sobre os terminais portuários de uso privativo com outorgas anteriores ao Decreto 6.620/2008 (fls. 406-417).*

27. *No Ofício 159/2011-DG, a Agência afirma possuir capacidade técnica e legal para avaliar a conveniência e oportunidade das outorgas de autorização e informa que após conceder a autorização, faz o acompanhamento do terminal, afim de que este mantenha todas as condições estabelecidas em seu estudo econômico-financeiro e técnico. Atesta que uma vez encontradas incorreções na exploração desses terminais, é aberto o devido processo administrativo para possível aplicação de sanções, podendo inclusive haver a cassação da outorga (fl. 398).*

28. *Lembra que a Lei de Portos não fixou limites para a movimentação de cargas próprias e de terceiros por parte dos terminais privativos mistos, sendo que o cenário sócio-econômico nacional na época em que esta Lei foi editada faz presumir que o legislador pretendeu atrair o investimento privado para disponibilizar oferta de infra e superestrutura portuária tanto no porto organizado, mediante arrendamentos que são explorados em regime de preços livres, quanto em área privada, por meio dos terminais privativos que são explorados nos mesmos moldes.*

29. *Defende que naquela época a política pública estava voltada para a privatização e que ao se analisar a exposição de motivos e o texto da Lei de Portos, não é possível identificar qualquer*

reserva que associe a exploração dos terminais privativos a processos de verticalização de empresas, principalmente no âmbito logístico.

30. Informa que o marco regulatório da exploração de terminais portuários privativos de uso misto vem sendo alterado ao longo do tempo, e deve ser dividido em três momentos. No primeiro, houve a edição da Lei dos Portos (art. 4º, §2º, inciso II, alínea “b”), que não fixou limites para a movimentação de cargas próprias e de terceiros por parte desses terminais, partindo apenas da constatação fática de existência de cargas próprias e de terceiros; no segundo, foi editada a Resolução - Antaq 517/2005 (art. 5º, inciso II, alínea “c”), que passou a exigir volumes de carga própria que justificassem a implantação do empreendimento e; no terceiro, que é o hoje vigente, foi publicado o Decreto 6.620/2008 (art. 35, inciso II), regulamentado pela Resolução - Antaq 1.660/2010 (art. 2º, incisos III, VI e VII), que definiu a obrigatoriedade de haver movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de carga de terceiros, nos terminais portuários privativos de uso misto (fls. 398-399).

31. Explica que a Resolução - Antaq 1.660/2010 foi editada para regulamentar a política pública explicitada pelo Decreto 6.620/2008 e, por isso, define de maneira clara os significados técnicos referentes à carga própria (art. 2º, inciso IV), carga de terceiros (art. 2º, inciso V), eventualidade (art. 2º, inciso VI), e subsidiariedade (art. 2º, inciso VII).

32. Afirma que as autorizações concedidas antes do Decreto 6.620/2008 devem observar o que foi estabelecido nos seus respectivos processos de outorga, principalmente no que se refere ao perfil de cargas declaradas no projeto original aprovado pela Agência, sendo que qualquer alteração promovida no curso da outorga estará sujeita ao novo arcabouço jurídico (fl. 400).

33. Desse modo, informa que tem realizado inspeções ordinárias anuais em cada um dos terminais autorizados, buscando assegurar o cumprimento das condições de exploração fixadas quando da outorga, atuando situações irregulares e celebrando termos de ajustamento de conduta para a sua regularização.

34. Quanto à autorização para exploração de terminais privativos de uso misto, apresenta posicionamento de doutrinadores como Helly Lopes Meireles e Alexandre Santos de Aragão, que indicam que a autorização quando outorgada com prazo determinado perde sua natureza de ato unilateral e precário para assumir caráter contratual, na intenção de conferir maior segurança jurídica à empreendimentos que requerem elevados investimentos, como é o caso do setor portuário (fl. 401).

35. Ressalta, ainda, que a Lei 9.472/1997, Lei Geral das Telecomunicações (LGT), descaracterizou a precariedade da outorga por autorização atribuindo estabilidade nas relações entre o Estado e o investidor quando, na hipótese de extinção da autorização por interesse público, concede até cinco anos para a cessação total das atividades empresariais (art. 141, §2º, da LGT) (fl. 402).

36. Nesse sentido, afirma que as outorgas de autorização de terminais privativos também demandam pelo estabelecimento de condições tendentes a proporcionar estabilidade aos investimentos associados e, por isso, o contrato de adesão deve ser expedido com prazo determinado, nos termos do art. 6º, §1º, da Lei 8.630/1993.

37. Considera que inexistente assimetria concorrencial relevante entre os terminais privativos de uso misto e os terminais públicos arrendados. Nesse ponto, destaca que esse também é o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), evidenciado nos autos do Ato de Concentração 08012.007/2009-31. Ainda assim, a Agência noticia que constituiu um Grupo de Trabalho para apurar mais detalhadamente as condições concorrenciais que permeiam os dois regimes jurídicos de exploração aqui tratados. Para isso, contratou os serviços do Departamento de Economia da Universidade de Brasília (UnB), que irá, com total isenção, produzir os estudos e

pareceres com vistas a identificar se efetivamente ocorrem quaisquer assimetrias de cunho concorrencial e, bem assim, sua respectiva relevância.

38. *Por fim, conclui o Ofício reiterando seu posicionamento no sentido de que (fl. 405):*

todas as outorgas de autorização para exploração de terminais de uso privativo misto se processaram no estrito respeito à legislação de regência da matéria à época em que foram concedidas, consubstanciando-se em atos jurídicos perfeitos, não sendo afetadas pelas disposições relativas ao critério de carga própria e de terceiros contidas no bojo do Decreto 6.620/2008, consoante o disposto no art. 53 do próprio decreto.

39. *A Agência apresenta, ainda, anexo (fls. 406-417) contendo considerações sobre os terminais portuários de uso privativo misto com outorgas anteriores ao Decreto 6.620/2008. Nesse expediente, a Antaq destaca que uma de suas atribuições legais é promover um ambiente concorrencial inter e intraportos por meio de uma melhor distribuição da capacidade de atender ao mercado, a fim de prevenir o chamado “apagão portuário”.*

40. *Continuando, informa que enquanto órgão regulador defende a estabilidade e a validade das regras ao longo do tempo, com vistas a manter um ambiente com marcos regulatórios estáveis que propiciem aos investimentos a necessária segurança jurídica (fl. 406).*

41. *Acrescenta que a discussão sobre a necessidade de preponderância da carga própria em terminais privativos de uso misto está voltada para aqueles que movimentam contêineres, pois a movimentação de carga conteneirizada, tendo em vista o seu alto valor agregado, possui tendência de crescimento alavancada. Exemplifica que cerca de 63% do movimento total das chamadas cargas gerais foi realizado por contêineres, sendo que 14,5% do mercado de contêineres está vinculado aos terminais privativos mistos (fl. 411).*

42. *Nesse contexto, alega que há mercado para terminais públicos e privativos e que a competição provoca melhorias para o país, além de estabilizar os mercados e oferecer melhores opções logísticas aos contratantes de serviços de operação de carga, descarga e armazenamento em terminais portuários. Afirma, ainda, que a existência desses terminais privativos tem feito com que os terminais públicos busquem também a melhoria de seus serviços e a expansão de sua capacidade e tecnologia (fl. 413).*

43. *Por derradeiro, revela que os portos públicos com maior atratividade no Brasil estão com capacidade de oferta de novos arrendamentos praticamente esgotada no médio prazo e que a indisponibilidade de áreas suficientes resultará em não atendimento à demanda por infraestrutura portuária, o que, no melhor cenário, provocará aumento de preços nos serviços praticados, caso seja esta a única fonte de oferta de novos terminais portuários (fl. 414).*

II. Secretaria Especial de Portos (SEP)

44. *A Secretaria Especial de Portos (SEP) apresentou seu posicionamento por meio do Aviso 24/SEP/PR, de 27/5/2011 (fls. 420-439). A fim de elucidar a matéria, a SEP faz um breve histórico da legislação que rege o setor portuário e informa o seu entendimento sobre como essas normas devem ser interpretadas.*

45. *De plano, a SEP afirma que antes da Lei 8.630/1993, existiam somente duas modalidades de exploração da infraestrutura portuária: para uso público, exercida pelas concessionárias, e para uso privativo, exclusivo para movimentação de carga própria (Decreto 24.511/1934 e os Decretos-Lei 6.460/1944 e 5/1966). Declara que a exploração de terminais portuários para uso misto, destinados à movimentação de cargas próprias e de terceiros, dentro ou fora da área do porto organizado, foi instituída somente após a edição da Lei dos Portos, que não estabeleceu de forma explícita a quantidade mínima de carga própria a ser movimentada pelo proprietário de terminal de uso misto e não trouxe nenhuma definição de carga própria ou de carga de terceiro (fl. 425).*

46. *Relata que a partir de 2001, com a criação da Antaq pela Lei 10.233/2001, a outorga de autorização para a construção e exploração dos terminais portuários de uso privativo foi transferida do Ministério dos Transportes para a referida Agência, que ficou incumbida, ainda, de editar normas e regulamentos relativos à prestação e exploração da infraestrutura aquaviária e portuária (fl. 427).*

47. *Esclarece que, o órgão regulador, por meio da Resolução - Antaq 517/2005, regulamentou as autorizações para construção e exploração de terminais de uso privativo e, apesar de não ter conceituado carga de terceiros e tampouco fixado um quantitativo mínimo de movimentação de carga própria nos terminais mistos, determinou que a movimentação anual mínima de cargas próprias deveria justificar, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a implantação do terminal (art. 5º, inciso II, alínea “c” e art. 12). Essa norma ainda fixou multa de até R\$ 50.000,00 (art. 16, inciso XIV) para a empresa que deixasse de efetuar, injustificadamente, a movimentação mínima anual de carga própria (fl. 428).*

48. *Ressalta que, em que pese o que foi instituído no art. 47 da Lei 10.233/2001, que estabelece que a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, as empresas que obtiveram suas autorizações entre a data da edição da Lei e da Resolução - Antaq 517/2005 não foram afetadas por essa norma regulatória. Isso se deve ao fato de nas disposições finais e transitórias da Resolução - Antaq 517/2005 terem sido estabelecidas regras para disciplinar apenas os contratos de adesão celebrados antes da entrada em vigor da Lei 10.233/2001 (fls. 428-429).*

49. *Assim, relata que diante do cenário conflituoso vivido à época, o Poder Executivo, por meio da SEP, editou o Decreto 6.620/2008, no qual apresentou a política pública para o setor portuário, definindo que nas instalações portuárias privadas de uso misto deveria haver movimentação preponderante da carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros. Destaca que tal entendimento já era defendido pela maioria dos doutrinadores pátrios (fl. 430).*

50. *Acrescenta que, para regulamentar as situações de direito intertemporal, o Decreto 6.620/2008 estabeleceu, em seu art. 49, prazo de 180 dias, contados da publicação, para que a Antaq procedesse à adequação das disposições regulatórias referentes aos arrendamentos e às autorizações de instalações portuárias tratadas pelo regulamento em questão, mas vedou, em seu art. 53, a aplicação retroativa das suas disposições aos atos legais praticados anteriormente à sua edição (fl. 431).*

51. *Sustenta, então, que, pela forma como a matéria está regulamentada, atualmente, os terminais portuários de uso privativo misto existentes estão sujeitos a regimes jurídicos distintos. A coexistência desses regimes “resulta da política pública estabelecida em momentos diversos da vida do sistema portuário brasileiro” (fl. 432).*

52. *Considera que interpretação diversa resultaria na inversão da ordem institucional, com invasão de competência da SEP, pois se refere a uma nova política pública instituída pelo Chefe do Poder Executivo por meio de decreto (fl. 436).*

53. *Por derradeiro, informa que o Governo Federal entende que há necessidade de revisar o marco regulatório do setor portuário, razão pela qual a SEP está desenvolvendo o Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP), em parceria com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), com a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e com o Porto de Rotterdam, de forma a abranger os aspectos institucionais e de gestão dos portos brasileiros (fl. 436).*

III. Casa Civil da Presidência da República

54. *A manifestação da Casa Civil da Presidência da República foi realizada por meio do Aviso 244/C.Civil/PR, de 30/5/2011 (fl. 440) e ressalta que “a adequada oferta de serviços pelo setor portuário é fundamental para a viabilização do crescimento econômico do País”. Nesse sentido,*

informa que o Governo Federal está elaborando o PNL P a fim de construir um amplo diagnóstico do setor, capaz de identificar gargalos e medidas a serem adotadas, o qual fornecerá subsídios pra a elaboração de novas políticas públicas e para a revisão do marco regulatório e do desempenho institucional, que possibilitem a ampliação da capacidade do sistema portuário brasileiro com melhoria da eficiência da gestão dos portos nacionais.

IV. Autorizadas

55. *As manifestações dos terminais privativos de uso misto interessados neste processo constam dos anexos 26-28 deste processo e do volume 1 do TC-026.748/2010-0. Esses terminais apresentaram argumentações similares, limitando-se, basicamente, a refutar os pontos apresentados pelo representante. Por isso, as alegações consideradas mais pertinentes serão expostas e analisadas de forma conjunta.*

IV.1. Competência do TCU

56. *A princípio, as autorizadas afirmam estar havendo extrapolação das competências do TCU. Para a Portonave, este Tribunal não pode constituir uma instância revisora de atos administrativos a ponto de se envolver na esfera discricionária de questões de cunho regulatório. (fls. 7-9 do anexo 26).*

57. *Nessa mesma linha, a Embraport declara que a autorização para funcionamento dos terminais privativos é ato que implementa política pública, exterioriza decisão discricionária e tem lastro em competência privativa (fl. 6 do anexo 27). Esclarece, ainda, que a escolha técnica a propósito da definição ou não de percentuais ou preponderância de cargas para os portos privados é um dos aspectos da discricionariedade normativamente atribuída à Antaq, é o mérito do ato, que não pode e nem deve ser objeto de controle (fl. 12 do anexo 27).*

58. *Itapoá assevera a incompetência absoluta desta Corte de Contas para fiscalizar a matéria dos presentes autos, pois o controle das agências reguladora pelo TCU não deve abranger suas atividades técnicas, por se tratar de competência exclusiva dessas, sob violação do art. 71 da Constituição Federal (fl. 16 do anexo 28).*

IV.2. Ilegalidade dos normativos regulamentares

59. *As autorizadas defendem que a Resolução - Antaq 517/2005 e o Decreto 6.620/2008 vão de encontro à Lei de Portos.*

60. *Consoante parecer da Prof. Dra. Maria Sylvia di Pietro, contratada pela Portonave, a Antaq excedeu sua competência regulatória normativa e violou o princípio da legalidade previsto na Carta Magna (art. 37, caput e 5º, inciso II). Ao restringir os direitos dos titulares das outorgas, com a criação de normas de conduta que inexistiam na Lei, havendo, assim, inovação na ordem jurídica (fls. 22-23 do anexo 26). Na opinião de outro parecerista também contratado pela Portonave, Prof. Luis Roberto Barroso, o estabelecimento, por ato regulamentar, de qualquer limitador da habilidade dos terminais privativos movimentarem cargas de terceiros, além de não possuir amparo legal, ainda configura regras contrárias aos próprios objetivos da lei de modernização dos portos (fls. 17-18 do anexo 26).*

61. *Para a Embraport, uma vez que a legislação não estabelece o critério da predominância da carga própria sobre a de terceiro para os terminais privativos de uso misto e nem qual o percentual deva ser previamente estabelecido, está legislativamente vedado a regulamentação, mesmo que por decreto, do estabelecimento destas restrições (fl. 9 do anexo 27).*

62. *Itapoá apresentou parecer de junho de 2003 do consultor jurídico do Ministério dos Transportes da época da edição da Lei de Portos, Geraldo Ribeiro Vieira, no qual o consultor relata que não há previsão legal, por absolutamente incabível, de quantidades mínimas ou proporção entre elas (fl. 49 do anexo 28). Menciona, ainda, que a conjunção “e” da Lei de Portos teria o objetivo de*

admitir a movimentação de uma carga ou outra, ou as duas (fl. 50 do anexo 28). Geraldo afirma, então, que contratos de adesão ou arrendamento, ou mesmo eventual norma da Antaq regulamentando a matéria não podem conter cláusulas que impliquem em restrições quanto a livre movimentação de cargas próprias e de terceiros, sob pena de violarem os princípios constitucionais da ordem econômica e as disposições aplicáveis da Lei de Portos (fl. 61 do anexo 28).

63. Para Cotegipe, o Decreto 6.620/2008 extrapola o que estabeleciam as Leis 8.630/1993 e 10.233/2001, ao determinar que a movimentação de carga própria deveria ser preponderante e, a movimentação de cargas de terceiros deveria se dar em caráter subsidiário e eventual (fl. 244 do TC 026.748/2010-0). Ao adotar esse caráter de preponderância para o transporte de cargas próprias e os requisitos de subsidiariedade e eventualidade para o transporte de cargas de terceiros, o Decreto e a Resolução - Antaq 517/2005 incorreram em grave vício de inconstitucionalidade formal, eis que impôs obrigações não previstas na legislação de regência (fl. 245 do TC 026.748/2010-0).

IV.3. Inaplicabilidade do Decreto 6.620/2008 às autorizações anteriores a sua edição

64. Outro argumento apresentado é que o Decreto 6.620/2008 é inaplicável às outorgas anteriores à sua edição. O Prof. Dr. Carlos Ari Sunfeld, em parecer contratado pela Portonave, afirma que as novas regras não são aplicáveis às autorizações anteriores ao Decreto, tendo em vista o teor do seu art. 53 (fl. 26 do anexo 26).

65. No ponto de vista da Embraport, o art. 53 do Decreto 6.620/2008 tem natureza jurídica de ato de re-ratificação, pois ao mesmo tempo em que retificou algumas das diretrizes políticas para o setor (com efeitos ex-nunc), ratificou as autorizações anteriormente concedidas, em respeito ao ato jurídico perfeito praticado pela Antaq e ao direito adquirido pelos portos privados de uso misto (fl. 8 do anexo 27).

IV.4. Caráter não precário das autorizações tratadas

66. De acordo com as empresas interessadas, as autorizações ora analisadas não possuem caráter precário. A Portonave esclarece por meio do parecer do Prof. Dr. Carlos Ari Sunfeld que "não há que se falar em precariedade das autorizações para exploração de terminal portuário" (fl. 30 do anexo 26). Tendo em vista que os investimentos de vulto são absolutamente incompatíveis com a fragilidade de uma outorga precária, que não confere direito algum a seus detentores (fl. 31 do anexo 26). Nesse sentido, informa que as Leis 8.630/1993 e 10.233/2001 conferem caráter não precário a essas autorizações, pois limitam as hipóteses de sua extinção àquelas situações em que a empresa autorizatória perca as condições de prestação de serviço ou transfira irregularmente a outorga (art. 48).

67. Para a Embraport, as autorizações portuárias possuem natureza constitutiva, regida por premissas contratuais fixadas unilateralmente pela autoridade competente, no caso, a Antaq (fl. 17 do anexo 27), em contratos de adesão, que permitem o exercício do empreendimento econômico e estabelecem deveres de cumprimento cogente por parte do autorizado (fl. 20 do anexo 27). Em parecer contratado pela Embraport, Almiro do Couto e Silva afirma que o conceito constitucional de autorização é mais amplo do que o do direito administrativo nacional, por compreender tanto os atos discricionários, geralmente com título precário, quanto os vinculados, que a doutrina denomina como licença. Para o autor, a autorização portuária é um ato vinculado, porque toda a pessoa jurídica que demonstre a capacidade para seu desempenho terá direito subjetivo a obter a autorização (fl. 21 do anexo 27).

68. Para Itapoá, a autorização adotou o contrato de adesão com tempo determinado porque, com a evolução do direito público, o instituto da autorização vem perdendo o seu caráter precário, a fim de garantir estabilidade jurídica para assegurar a captação de recursos de investimentos próprios da iniciativa privada ou recursos de financiamento obtidos pelos empresários (fls. 67-68 do anexo 28).

IV.5. O regime jurídico da atividade exercida pelos TUPM

69. Quanto ao regime jurídico dos terminais privativos de uso misto, a Portonave informa que, além de a titularidade do domínio útil da área pertencer ao particular, a Lei dos Portos determina que as relações dos autorizados com terceiros titulares das cargas a serem movimentadas tem caráter privado (art. 6º, §2º), logo a conceituação das atividades prestadas nos terminais privativos mistos é de atividade econômica regulada. Assim, assevera que, se o regime jurídico foi fixado normativamente, parece irrelevante pretender qualificar a atividade que desempenha o terminal privativo misto como serviço público, a pretexto de argumentar, com tal classificação, que os terminais privativos não poderiam movimentar cargas de terceiro de forma preponderante, mesmo antes da edição do Decreto 6.620/2008 (fl. 16 do anexo 26).

70. Segundo a Embraport, a licitação somente se justifica quando há possibilidade de competição entre particulares, o que não é o caso, pois envolve terreno privado, com licenças dominiais, urbanísticas e ambientais concedidas à pessoa privada, trata-se de um bem de domínio privado (fl. 23 do anexo 27).

71. Para Itapoá, o serviço portuário constitui uma atividade econômica quando prestado mediante autorização, em terminal de uso privativo, nos termos do art. 170, parágrafo único, por estar desassociado da infraestrutura portuária da União. Quando essa atividade se utilizar da infraestrutura do porto organizado, empregando bem público, passa a ser classificada como serviço público federal (fl. 92 do anexo 28). Conclui, então, que a Lei de Portos permitiu a execução de serviços portuários por particulares sem que houvesse a necessidade de licitação, pois essa não é realizada em função do serviço prestado e sim para a utilização em caráter exclusivo da infraestrutura pertencente à União (fl. 120 do anexo 28).

IV.6. Concorrência assimétrica entre os TUPM e os terminais públicos

72. As autorizadas afirmam que não há competição desleal ou indesejável entre os terminais privativos e os terminais públicos. Segundo a Portonave, as leis que regulamentam o setor permitem inferir que o legislador claramente incentiva os novos investimentos interportos e intraportos (arts. 43 e 45 da Lei 10.233/2001) (fl. 36 do anexo 26). Nesse contexto, o Prof. Luiz Roberto Barroso, em parecer contratado pela Portonave, lembra que nos outros setores regulados da economia, como é o caso da produção de energia elétrica, dos serviços de telecomunicações e dos serviços de radiodifusão, os empreendedores privados, habilitados por autorização, também competem com concessionárias de serviço público (fl. 37 do anexo 26).

73. Para Sundfeld, também contratado pela Portonave, não foi comprovada a existência de diferença efetiva e relevante entre os ônus suportados em cada um dos citados regimes de exploração, tendo sido apontadas apenas diferenças formais, como sujeitar-se à licitação e ao pagamento para obtenção da outorga para operar terminais públicos, o controle tarifário, o regime trabalhista diferenciado, que formalmente sugerem um maior custo para os operadores de terminais públicos (fl. 38 do anexo 26).

74. Sundfeld explica que a assimetria regulatória constitui um instrumento legítimo para a implementação de políticas públicas em setores sujeitos à normatização estatal, sendo uma ferramenta utilizada para estimular o surgimento de novos operadores em segmentos da economia onde já existia a presença de agentes fortemente consolidados. Destaca que ao admitir uma maior liberdade de atuação para os novos prestadores em regime privado, permite 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 (fl. 38 do anexo 26).

75. A Portonave alega, ainda, que enquanto os terminais privativos de uso misto possuem uma maior flexibilidade no recrutamento de mão-de-obra, dependem de um maior contingente de capitais para permitir a instalação e operação de seus terminais. Saliencia que o titular do porto público

herdou da Administração arrendante um mercado usuário consolidado ao longo de décadas, enquanto os terminais privativos ainda tem de trabalhar para atrair seus clientes (fl. 39 do anexo 26). No tocante a restrição de cargas de terceiros em terminais privativos mistos, informa que essa é uma barreira à entrada dos investidores interessados em competir, e que isso ocasionará preservação de uma reserva de mercado que subordina todo o universo de usuários às limitadas opções hoje existentes.

76. Segundo a Portonave, o parecer elaborado pela Tendências Consultoria Integrada (fls. 272-356 do anexo 26) conclui que o fortalecimento da competição permite que o setor privado produza mais serviços a preços mais baixos e repasse estes ganhos de eficiência para os contratantes, além de incentivar os investimentos pelos arrendatários das instalações de uso público, como ocorreu no Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí (Teconvi), que somente instalou seus dois primeiros porteinêres depois do início das operações da Portonave, passados mais de 10 anos da sua concessão.

77. Quanto à questão do recrutamento de mão-de-obra pelos terminais privativos, a Portonave registra que o direito à contratação de trabalhadores de forma estável e permanente, sem necessidade de se valerem da mão-de-obra avulsa gerida pelos OGMOs já foi reconhecida pelo Poder Judiciário (fl. 43 do anexo 26). De acordo com Decisão do STJ, fundamentada no art. 56 da Lei 8.630/1993, inexistente disposição expressa que obrigue a empresa proprietária de terminal privativo e privado a só fazer as operações de carga e descarga de navios, em seu terminal, por meio de trabalhadores portuários avulsos cadastrados e registrados no OGMO, podendo a empresa escolher os seus próprios trabalhadores, ou os trabalhadores avulsos sindicalizados (fl. 44 do anexo 26).

78. Na percepção de Itapoá, o valor do arrendamento inclui todas as facilidades portuárias que vão além da infraestrutura terrestre, como a logística dos serviços próprios e terceirizados, os acessos rodoviários e ferroviários compatíveis com o volumoso tráfego para movimentação de mercadorias. A autorizada lembra que a aquisição dos terminais privativos ou seu aforamento, para adquirir o domínio útil de terrenos de marinha e seus acrescidos, tem um custo bastante elevado (fl. 71 do anexo 28). Assim, esclarece que a instalação do porto organizado não é menos vantajosa do que a instalação portuária privativa, ressalta que ambos são prestados em regime de liberdade de preços, tanto pelo tomador como pelo fornecedor (fl. 72 do anexo 28), e lembra que não é possível licitar domínio útil de terceiros, sem competente processo prévio de desapropriação (fl. 78 do anexo 28).

79. Cotegipe também considera que as alegadas vantagens dos terminais privativos de uso misto merecem um temperamento, pois: o processo de outorga da autorização impõe significativos gastos ao requerente; os termos de autorização contêm muitas das cláusulas dos contratos de arrendamento (como a que obriga a execução dos serviços de forma a satisfazer os requisitos de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atendimento ao interesse público e à preservação do meio ambiente); os operadores desses terminais também devem pagar encargos às autoridades portuárias (como é o caso da "tarifa de acesso aquaviário", mesmo que não utilizem a infraestrutura portuária do terminal de uso público); e devem arremeter, treinar e manter seus empregados (fl. 250 do TC 026.748/2010-0).

80. Destaca, ainda, que em dois pontos existe inegável vantagem para os terminais de uso público, quais sejam: a utilização, sob contrato de arrendamento, de uma infraestrutura e superestrutura já formadas pelo Poder Público; e o fato de esses já possuírem clientela própria e cativa.

IV.7. A fiscalização da Antaq sobre os TUPM

81. Quanto à omissão da Antaq em fiscalizar os terminais privativos de uso misto, a Portonave informa que suas operações tem sido objeto de escrutínio constante do regulador. Aponta que no Relatório de Fiscalização FIPO-000002-2011-UAFL, resultado de fiscalização realizada pela Antaq em abril de 2011, foi atestada a regularidade do terminal da Portonave sob os mais variados

aspectos, entre os quais merece destaque a constatação da efetiva movimentação de cargas próprias. Registra, ainda, que a Antaq limitou-se a aferir o cumprimento da autorização emitida, e, dessa forma, não se preocupou em avaliar a carga própria em termos de preponderância em relação à carga de terceiros (fl. 33 do anexo 26).

IV.8. A revisão do objeto das autorizações e a viabilidade dos TUPM

82. Por derradeiro, as autorizadas informam que, caso haja a revisão do objeto das autorizações, com a imposição da preponderância de movimentação de carga própria ao empreendimento, estes serão inviabilizados, com as consequências econômicas negativas daí decorrentes (fl. 30 do anexo 26).

83. Consoante a Portonave, uma vez que seu terminal é dedicado à movimentação de contêineres, é impossível que seja feita uma transição para um regime de cargas próprias preponderantes, pois as cargas acondicionadas nos contêineres, diferentemente daquelas movimentadas a granel, são de naturezas variadas, de forma que a aplicação da restrição pretendida equivale a uma determinação de fechamento do terminal (fl. 30 do anexo 26).

84. Para a Embraport, em caso de desfazimento da autorização, serão gerados os mesmos efeitos da encampação, logo a Embraport terá direito à prévia indenização prevista nos arts. 35 e 37 da Lei 8.987/1995, como medida antecedente à eventual alteração substancial de seu termo de autorização (fls. 37-38 do anexo 27).

85. Informa, ainda, que caso isso venha a acontecer, as instituições de financiamento nacionais e internacionais recalcularão a probabilidade de os contratos públicos serem rompidos no Brasil e assim incrementarão suas respectivas taxas, pois tais incertezas diminuem a credibilidade de pagamento por parte do Governo brasileiro (fl. 36 do anexo 27). Nesse contexto, apresenta o caso das concessões rodoviárias estaduais, em que os investidores têm demonstrado preocupação com a indefinição do rumo do programa de concessão estadual e das consequências que podem advir das alterações que vem ocorrendo (fl. 37 do anexo 27).

86. Cotegipe afirma que, se esta representação for julgada procedente, será imperioso assegurar prazo adequado para adaptação e o pagamento de indenização (fl. 256 do TC 026.748/2010-0).

87. Finalmente, as interessadas requerem, em síntese, o não conhecimento e, conseqüentemente, o arquivamento da presente representação, pois todos os atos praticados pela Antaq obedeceram rigorosamente aos mandamentos normativos exigidos para o deferimento de suas outorgas de autorização. Solicitam, ainda, que sejam rejeitadas as propostas de encaminhamento formuladas pela Sefid, de forma a permitir a habilidade dos TUPM movimentarem tanto cargas próprias quanto de terceiros, em conformidade com seus atos de outorga.

V. Federação Nacional dos Portuários

88. A representante voltou a se pronunciar nestes autos (fls. 625-631), reforçando o seu entendimento de que os terminais privativos de uso misto estão funcionando de forma irregular, pois são outorgados por meio de autorizações precárias, configurando burla ao procedimento licitatório, e por prazo indefinido, ou seja, ad eternum, o que seria inadmissível para o Estado Democrático de Direito. Ademais, repisa que essas autorizações não geram direito adquirido a permanecer nas condições vigentes na data da outorga.

89. Na sequência, ressalta que não há que se falar em retroatividade de norma superveniente, uma vez que a Lei 8.630/1993 já previa a exigência da carga própria pelos terminais privativos de uso misto e que mesmo antes do Decreto 6.620/2008, as autorizações concedidas determinavam que a movimentação de carga de terceiros fosse realizada de forma complementar à de cargas próprias.

90. Apresenta, ainda, um parecer do Prof. Dr. Marçal Justen Filho, datado de 13/9/2011 (fls. 632-689) no qual expõe as seguintes considerações:

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);

d) Para a maioria da doutrina, a Lei 8.630/1993 já exigia a carga própria como requisito para os terminais de uso privativo misto e a movimentação de carga de terceiros teria apenas caráter subsidiário, ocupando a capacidade ociosa (fl. 662);

e) A preponderância da carga própria é essencial ao caráter privativo do terminal, que deve estar focado no auto-atendimento do titular da instalação (fl. 662);

f) A Lei 8.630/1993 não definiu “carga própria”, tratando-a como uma exigência geral e abstrata. O Decreto 6.620/2008 apenas promoveu a concretização do conceito, cumprindo a função de fornecer dados mais precisos e determinados para possibilitar a aplicação da Lei (fl. 665 e 667);

g) A Resolução - Antaq 517/2005, cuja validade nunca foi contestada, já impunha restrições à atuação dos terminais privativos mistos em termos similares aos contidos no Decreto 6.620/2008, sendo que a referida Resolução não previa explicitamente que a carga de terceiros deveria ter mesma natureza e características de carga própria, mas já determinava que a carga própria deveria justificar, por si só, a implantação do terminal, devendo a movimentação de carga de terceiros ser complementar em face da carga própria (fls. 667-669);

h) É impossível que exista um único operador que seja titular de carga própria mínima apta a justificar economicamente a implantação de um terminal de contêineres, uma vez que esse meio de embalagem permite o transporte de uma enorme quantidade de mercadorias e somente se torna lucrativo quando reúne cargas de diversas naturezas, da propriedade de um número indeterminado de empresas (fls. 669-670);

i) O titular da autorização é livre para escolher o modo de desempenhar as suas atividades, para fixar os preços e para determinar os investimentos a serem realizados. Por outro lado, está sujeito à vigência imediata da lei nova, sem que a autorização que lhe foi concedida produza, como regra, o surgimento de direito adquirido (fl. 676);

j) Pode haver direito adquirido relativamente às condições estabelecidas em uma autorização, mas isso apenas se verificará nos casos em que existir prévia licitação, com contrapartida imposta ao particular em benefício do poder público (fl. 678);

k) Segundo o STJ, a proteção de intangibilidade da equação econômico-financeira somente se aplica aos contratos que forem precedidos de licitação. Nesse sentido, a eventual dispensa de carga própria para os terminais de uso privativo teria de ser acompanhada de providências destinadas a proteger os anteriores concessionários, aplicando-se-lhes o princípio da confiança legítima, além de várias outras garantias constitucionais (fl. 680 e 684); e

l) *A livre concorrência não está restrita ao âmbito da atividade econômica privada, uma vez que as outorgas de concessão de terminais de uso público não envolvem direitos de exclusividade, como regra (fls. 685).*

ESTUDOS TÉCNICOS EM ELABORAÇÃO

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 privados 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 privado misto; possibilitar à Antaq dispor de modelos adequados para analisar qualquer terminal de uso privado 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).*

ANÁLISE

95. *Esta representação foi instaurada para apurar possíveis irregularidades em relação às autorizações para exploração dos TUPM de forma geral, porém, nesses autos, serão analisados somente os casos dos terminais habilitados como interessados e que apresentaram suas manifestações quanto à matéria em exame.*

96. *Cabe esclarecer, no entanto, que embora o Estado do Ceará tenha sido habilitado nos presentes autos como interessado, não se tratará aqui do Terminal de Pecém/CE. Isso porque ele apresenta peculiaridades que o difere dos TUPM ora analisados como, por exemplo, ser administrado por sociedade de economia mista do Estado do Ceará e ter sido construído com participação de recursos federais. Além disso, o referido terminal é objeto do TC 005.605/2004-5.*

97. *Por derradeiro, registra-se que este tópico será dividido em 6 seções. A primeira apresenta a competência do TCU para analisar a matéria destes autos, a segunda detalha o marco regulatório do setor, ressaltando as políticas públicas instituídas para cada momento do sistema portuário brasileiro, bem como o posicionamento desta Unidade Técnica a seu respeito. A terceira demonstra a legalidade das Resoluções-Antaq 517/2005 e 1660/2010 e do Decreto 6.620/2008, enquanto a quarta analisa, de forma detalhada, os TUPM objeto desta representação. A quinta versa sobre a concorrência assimétrica entre os TUPM e os terminais de uso público. Por fim, a última seção aborda as demais autorizações outorgadas pela Antaq.*

I. Competência do TCU

98. *Já foi reiteradamente discutida a competência desta Corte de Contas para fiscalizar as atividades-fim das agências reguladoras. Nesse sentido, apresenta-se o entendimento pacificado por este Tribunal no Acórdão 2.210/2008-Plenário:*

63. Destaca-se a competência do TCU, em cumprimento à Constituição Federal e à legislação em vigor, de fiscalizar tanto as atividades-meio quanto as atividades-fim das agências reguladoras. Sendo um dos principais objetivos dessa fiscalização impedir que qualquer impropriedade detectada prejudique os usuários finais do serviço concedido.

64. Para dar efetividade a sua missão, o Tribunal pode emitir determinações e recomendações, no intuito de, respectivamente, ajustar a conduta do jurisdicionado à legislação em vigor e contribuir, observando da discricionariedade do gestor, para o aprimoramento da administração pública.

65. O TCU já emitiu esse posicionamento em diversas oportunidades como nos Acórdãos nº 2138/07-P, nº 0200/07-P e, mais recentemente, nº 628/08-P o qual transcreve-se parte do voto do Ministro Relator Benjamin Zymler:

“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.”

99. Portanto, a discricionariedade da Antaq não é absoluta e, por isso, compete ao TCU apurar as possíveis irregularidades cometidas por essa entidade em outorgas de autorizações para que o setor privado explore terminais privativos de uso misto que, segundo a representante, contradizem a legislação portuária.

II. Marco Regulatório

100. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) aloca a exploração dos portos, assim como outras atividades do setor de infraestrutura (energia, telecomunicações, transporte rodoviário e ferroviário) como sendo de competência da União e passível de ocorrer diretamente pelo Poder Público ou mediante autorização, permissão ou concessão (art. 21, inciso XII, alínea “f”). Estabelece, ainda, que compete privativamente à União legislar sobre o regime dos portos (art. 22, inciso X).

101. Nesse sentido, a legislação do setor portuário compreende a Lei 8.630/1993; a Lei 10.233/2001, que criou a Antaq e estabeleceu suas competências; o Decreto 6.620/2008, que regulamenta a Lei de Portos no tocante aos portos e terminais portuários marítimos de competência da Secretaria Especial de Portos (SEP); além da Resolução - Antaq 1.660/2010 (rerratificada pela Resolução - Antaq 1.695/2010), que normatiza especificamente a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo e que revogou a Resolução - Antaq 517/2005.

102. Para facilitar a compreensão da evolução do marco regulatório referente à exploração de terminais portuários privativos de uso misto, estruturamos a análise de acordo com os normativos que foram sendo editados ao longo do tempo e que demonstram as políticas públicas estabelecidas para o sistema portuário brasileiro, seguido do posicionamento desta unidade técnica a seu respeito.

II.1. Decreto - Lei 5/1966

103. Preliminarmente, convém mencionar que, até 1993, o setor era regido pelo Decreto - Lei 5/1966, que previa que os terminais privativos deveriam ser explorados para uso próprio de seus titulares, permitindo a movimentação de cargas de terceiros somente quando ocorresse

congestionamento nos portos organizados. O único artigo desse Decreto que trata dos terminais privativos estabelece que:

Art 26. É permitido a embarcadores ou a terceiros, satisfeitas as exigências da legislação em vigor, construir ou explorar instalações portuárias, a que se refere o Decreto-lei número 6.460, de 2 de maio de 1944, independentemente da movimentação anual de mercadorias, desde que a construção seja realizada sem ônus para o Poder Público ou prejuízo para a segurança nacional, a exploração se faça para uso próprio.

(...)

§ 5º Quando ocorrer congestionamento nas instalações dos portos organizados, o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis poderá autorizar a movimentação de cargas de terceiros nos terminais ou embarcadouros de uso privativo, fixando, em regulamentação própria, as taxas portuárias devidas pelos usuários. (Incluído pelo Decreto - Lei 561 de 1969) (grifo nosso)

104. *Observa-se, então, que a política vigente à época impedia a concorrência entre os terminais privativos e os portos públicos, uma vez que aqueles terminais eram criados para movimentar exclusivamente a carga de seus titulares, podendo, excepcionalmente, receber autorização para operar carga de terceiros a fim de desafogar os portos públicos.*

II.2. Lei 8.630/1993

105. *Com o advento da Lei 8.630/1993, denominada de Lei de Portos, foram instituídas as seguintes formas de exploração da infraestrutura e das operações portuárias: a concessão do porto organizado (art. 1º, §2º), o arrendamento de áreas e instalações portuárias do porto organizado (art. 4º, §2º, inciso I) e a autorização dos terminais de uso privativo (art. 4º, §2º, inciso II), que podem ser exclusivo, para movimentação somente de carga própria; misto, para movimentação de carga própria e de terceiros; e de turismo, para movimentação de passageiros.*

106. *Para os presentes autos, importa detalhar os conceitos legais da concessão e dos terminais privativos, tendo em vista que os presentes autos não tratam da outorga de áreas pertencentes a um porto organizado existente, que deve ser realizada por meio de arrendamento. No que concerne à concessão, a Lei limita-se a estabelecer que deve ser precedida de **licitação realizada de acordo com o regime de concessão e permissão de serviços públicos** (art. 1º, §2º).*

107. *A instalação portuária de uso privativo, por sua vez, pode estar localizada dentro ou fora da área do porto organizado, desde que o interessado seja titular do domínio útil do terreno e prescindir de prévia licitação. É outorgada por meio de **autorização**, ato administrativo unilateral, concedido pela União, à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, devendo esta ser **formalizada mediante contrato de adesão** (art. 6º, caput e §1º). A Lei de Portos dispõe que esse contrato possua cláusulas essenciais que tratam de **prazo**, da reversibilidade dos bens e da qualidade do serviço (art. 4º, § 4º, incisos I, II, III e IV).*

108. *Verifica-se, então, que a Lei de Portos criou uma nova modalidade de exploração que permite que terminais privativos, construídos para movimentar carga própria, possam, também, movimentar cargas de terceiros, que são os terminais privativos de uso misto (TUPM). Contudo, **a Lei não estabeleceu as definições de carga própria e de terceiros e as proporções ou quantitativos permitidos de movimentação de cada um desses tipos de carga**. O diploma legal restringiu-se a informar que os titulares de tais terminais deveriam possuir a propriedade ou o domínio útil do terreno e transportar ambos os tipos de carga (própria e de terceiros).*

109. *O Ministério dos Transportes (MT), órgão então responsável pelas outorgas e pela fiscalização e regulação do setor portuário, não regulamentou a matéria, permitindo que o setor continuasse sem uma política pública definida e passou a assinar contratos de adesão lacunosos, sem qualquer exigência relacionada à carga a ser movimentada nos TUPM.*

110. Com isso, a doutrina passou a se posicionar sobre o tema. Corroborando a declaração da SEP (fl. 430), pode-se citar como exemplo que elucida o **entendimento majoritário** o de Lobo (2000), para quem:

*O terminal privativo é um verdadeiro estabelecimento da empresa a que pertence e integra sua atividade industrial ou comercial, até porque **a finalidade precípua do terminal é a movimentação da carga própria**, relacionada com o empreendimento. **A movimentação de carga de terceiros visa a ocupar a capacidade ociosa do terminal.***

Quanto à classificação das atividades portuárias como públicas ou privadas, registre-se, por oportuno, que a Lei não enumerou expressamente as atividades sujeitas ao regime jurídico público por se tratarem de serviços públicos típicos. No entanto, dado o teor do §2º do art. 1º da Lei 8.630/1993, que estabeleceu que a concessão do porto organizado será regida pela lei de concessões e permissões de serviços públicos, conclui-se que o objetivo do legislador foi considerar as atividades de operação de carga realizada nos portos organizados como serviço público. Tal assertiva foi respaldada pelo art. 29, inciso IV, do Decreto 6.620/2008 quando explicita que “o procedimento administrativo de licitação para o arrendamento de instalações portuárias rege-se pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pela Lei nº 8.987, de 1995”.

111. A Lei de Portos prevê que as cargas, quanto à propriedade, sejam próprias e de terceiros. Considerando esses conceitos, **é pertinente esclarecer a movimentação de qual desses tipos de carga o legislador pretendeu considerar serviço público, a ser prestado nos portos organizados.**

112. Nesse contexto, é razoável que a caracterização da atividade portuária como serviço público dependa da propriedade da carga movimentada. **Se a carga é pública, ou seja, de terceiros, sua movimentação e armazenagem necessita de fiscalização e regulação a fim de proteger e equilibrar interesses de usuários e dos empresários prestadores de tais serviços, com observância dos requisitos consagrados pela Lei 8.987/1995: rentabilidade justa para o empreendedor e regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.** Se a carga é privada, não se trata de serviço público e a necessidade de regulação e fiscalização é pautada em outros critérios como os de segurança, meio ambiente e preservação do bem público concedido para uso privado, se for o caso.

113. Assim, do teor da Lei 8.630/1993, infere-se que a movimentação de cargas de terceiros é o serviço público a ser prestado nos portos organizados.

114. Resta caracterizar a movimentação de cargas de terceiros em terminais privativos. Não é razoável e cabível considerar que nessas instalações a movimentação do mesmo tipo de carga operada nos portos organizados não seja considerada serviço público apenas pelo fato de estar sendo prestada em local diferente. A atividade – movimentação de cargas de terceiros – é a mesma e requer a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, seguindo as exigências constantes do §1º do art. 6º da Lei. 8.987/1995, pois, caso contrário, estar-se-ia estabelecida uma discriminação na Lei de Portos, o que não é razoável e não pode prosperar. Sendo assim, **conclui-se que a movimentação de cargas de terceiros é o serviço público previsto na Lei 8.630/1993, independentemente do tipo de instalação em que ocorra sua prestação.**

115. Note-se que o legislador estabeleceu que os contratos de adesão, por meio dos quais são outorgadas as autorizações de terminais privativos, devem ter cláusulas relativas ao serviço adequado, o que confirma o entendimento de que movimentação de cargas de terceiros é serviço público mesmo nessas instalações. Afinal, não faz sentido exigir que o serviço seja adequado para a movimentação de cargas de propriedade do titular do terminal que a movimenta, ou seja, estar-se-ia diante de cláusula morta na Lei, o que é inadmissível.

116. Posto isso, resta conjugar os ditames da Lei 8.630/1993 aos mandamentos insculpidos no art. 175 da CF/1988. Segundo a Carta Magna, os serviços públicos devem ser delegados por meio de

concessão ou permissão. A autorização não é instrumento para outorga de serviço público. Dada essa constatação, de forma apressada e indevida, pode-se concluir que a Lei 8.630/1993, ao permitir a movimentação de cargas de terceiros em terminais privativos, outorgados por autorização, incorreu em inconstitucionalidade. Tal interpretação não merece prosperar. É necessário encontrar a motivação do legislador para o teor do texto da Lei e realizar uma interpretação conforme a Constituição Federal.

117. Tendo isso em vista, o entendimento mais adequado é o realizado pela doutrina: a movimentação de cargas de terceiros em terminais privativos é acessória, a fim de utilizar a sua capacidade ociosa.

118. Dessa forma, **admitir que a movimentação de cargas de terceiros por essas instalações seja majoritária, a ponto de ser o negócio principal desses terminais, é concluir pela existência de prestadores de serviços públicos outorgados por autorização, sem o devido procedimento licitatório, e pela inconstitucionalidade do art. 4º da Lei 8.630/1993. Não é razoável considerar que essa tenha sido a intenção do legislador.**

119. Corroborando esse entendimento, observa-se que a Lei não prevê terminais privativos para movimentação exclusiva de cargas de terceiros.

120. Resta, então, chegar a conclusão sobre a proporção almejada pela Lei de Portos para movimentação de cargas próprias e de terceiros por esses terminais. A Lei estabeleceu duas modalidades de exploração de instalação portuária: a de uso público e a de uso privativo, que pode ser exclusivo ou de misto. Pressupõe-se que a instalação de uso público tem por objetivo a movimentação apenas de cargas públicas. De outro lado, as instalações de uso privativo exclusivo devem movimentar apenas cargas próprias.

121. Os terminais privativos de uso misto são outorgados para movimentar ambos os tipos de cargas. Em que pese a Lei não ter sido expressa quanto a proporção de carga própria e de terceiros, entende-se razoável que essa seja equilibrada, sob pena de se admitir a existência de letra morta na lei. Ou seja, a Lei expressamente previu três possibilidades – as instalações de uso público, de uso privativo exclusivo e de uso privativo misto – que devem, na prática, coexistir. Se o TUPM operar quase que exclusivamente com cargas próprias, ele estaria se confundindo com o terminal privativo exclusivo e, caso contrário, se as cargas de terceiro fossem quase sua totalidade, eles estariam próximos às instalações de uso público. Em ambas as situações absurdas, teríamos somente duas figuras de exploração e não três como a Lei determina.

122. Assim, considerando o teor do §2º do art. 4º da Lei 8.630/1993 e do art. 175 da CF/1988, entende-se que a conclusão lógica legal e constitucional é que os **terminais privativos não podem ter por negócio principal a movimentação de carga de terceiros.**

II.3. A Lei 10.233/2001

123. A Lei 10.233/2001, que reestruturou os transportes aquaviário e terrestre e criou, entre outras entidades, a Antaq, inseriu dentro da esfera de atuação dessa Agência os portos organizados e os terminais portuários privativos (art. 23, incisos II e III) e atribuiu-lhe competência para elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração de infraestrutura aquaviária e portuária (art. 27, inciso IV e art. 28, inciso I).

124. Com isso, a Antaq passou a ser responsável pela outorga de autorizações, devendo ratificar e adaptar os direitos previstos nos contratos de adesão, até então expedidos pelo MT, por meio de novos instrumentos de outorga (art. 50 da Lei 10.233/2001).

125. A edição dessa Lei promoveu também importantes modificações na Lei de Portos: os terminais privativos continuaram a ser outorgados por meio de **autorização** (art. 13, inciso V, e art.

14, inciso III, alínea “c”), mas esta passou a ser instrumentalizada por **termo**, com **prazo de vigência indeterminado** (art. 43, incisos II e III, c/c art. 44).

126. O art. 47 dessa Lei estabelece que as empresas autorizadas não terão direito adquirido à permanência das condições vigentes quando de suas outorgas ou do início de suas atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei ou regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação.

127. Com amparo nesta Lei e na direção apontada pela doutrina, a Antaq passou a outorgar as autorizações para terminais privativos por meio de **termos de autorização que determinavam que as cargas de terceiros fossem movimentadas de forma complementar, sem, contudo, normatizar formalmente a matéria**.

II.4. Resolução - Antaq 517/2005

128. A primeira política formalmente implementada no intuito de priorizar a movimentação de carga própria pelos TUPM foi instituída por meio da Resolução - Antaq 517/2005, que normatizou a outorga de autorização para construção, exploração e ampliação de terminais portuários de uso privativo, em observância à Lei 10.233/2001, definindo o termo de autorização por prazo indeterminado como instrumento de outorga.

129. Nessa norma, a Agência exige a declaração de que a carga própria tenha movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, em conformidade com estudo técnico especializado, a implantação do terminal privativo. Quanto às cargas de terceiros, se houvessem, era necessário declarar a natureza (art. 5º, inciso II, alínea “c”).

130. Nos termos da referida Resolução, carga própria é aquela que pertença a pessoa jurídica autorizada ou a pessoa jurídica que seja sua subsidiária integral ou controlada, ou a pessoa jurídica de que a autorizada seja subsidiária integral ou controlada ou, ainda, que pertença a pessoas jurídicas que integrem grupo de sociedades de que a autorizada seja integrante, como controladora ou controlada (art. 2º, inciso IV). Estabelece, também, que não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores (art. 4º, §2º).

131. Nota-se, então, que, nos termos dessa norma, o interessado deveria apresentar um estudo técnico especializado que comprovasse movimentação de carga própria para viabilizar o empreendimento, não havendo restrição à movimentação de carga de terceiros.

132. Nas disposições finais e transitórias dessa Resolução (arts. 17 e 18), a Antaq esclarece que somente precisarão ser adequados ao nela disposto, mediante novo termo de autorização, os terminais de uso privativo autorizados anteriormente à entrada em vigor da Lei 10.233/2001 e cujo titular pleitear, quando não previsto no respectivo contrato de adesão, a prorrogação do prazo de vigência da autorização, a ampliação da área física do terminal ou a alteração do objeto inicialmente pactuado. A norma foi omissa, no entanto, quanto às regras que deveriam ser seguidas pelas autorizações outorgadas entre a publicação da Lei 10.233/2001 e a sua edição.

133. Dessa forma, observa-se que **existe um vácuo normativo, pois a Resolução - Antaq 517/2005 não estabeleceu as regras para disciplinar as autorizações outorgadas entre a data de publicação da Lei 10.233/2001 (5/6/2001) e a da sua edição (18/10/2005)**.

II.5. Decreto 6.620/2008 e Resolução - Antaq 1.660/2010

134. Em 2007, foi criada a SEP e em 29/10/2008, a fim de regulamentar a Lei de Portos, foi editado o Decreto 6.620/2008, que dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos.

135. O referido Decreto estabeleceu a atual política para os terminais privativos de uso misto, segundo a qual os TUPM devem movimentar preponderantemente carga própria e em caráter

subsidiário e eventual, de terceiros (art. 35, inciso II). Além disso, o inciso X do art. 2º desse Decreto apresentou pela primeira vez uma definição de carga de terceiros:

(...) 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.

136. *Essa norma jurídica determina também que a autorização para construção e exploração de instalação portuária de uso privativo deve ser outorgada mediante a celebração de contrato de adesão a ser celebrado com a Antaq (art. 37), determinando o uso do instrumento previsto na Lei 8.630/1993. Registre-se, também, que o art. 53 desse Decreto exclui de seu alcance os atos legais praticados anteriormente a sua edição.*

137. *Deve-se ressaltar, ainda, que a nova política definida pelo Decreto 6.620/2008 é expressa no sentido de ratificar a razão da existência dos TUPM para movimentação de carga própria, conforme apontava a doutrina desde a edição da Lei 8.630/1993. A forma encontrada por tal norma para ampliar a oferta de infraestrutura para movimentação de cargas de terceiros foi estimular concessões de novos portos organizados (arts. 13 a 24).*

138. *A fim de incorporar os dispositivos emanados no Decreto 6.620/2008, foi editada a Resolução - Antaq 1.660/2010, rerratificada pela Resolução - Antaq 1.695/2010, que revogou expressamente a Resolução - Antaq 517/2005. Essa norma regulamentar estabeleceu que o contrato de adesão, a ser celebrado com a Antaq, terá prazo de 50 anos (Anexo G da Resolução 1.660/2010). Além disso, **apresentou os conceitos de operação eventual e subsidiária sem, contudo, dirimir as controvérsias relacionadas a esses termos. Isso porque, novamente, faltaram critérios objetivos para que seja estabelecido o volume máximo de carga de terceiros a ser movimentada pelos TUPM, conforme se verifica, in verbis:***

*VI – operação eventual: movimentação e armazenagem de cargas de terceiros realizada por terminais portuários de uso privativo misto, **de forma acessória.***

*VII – operação subsidiária: movimentação e armazenagem de cargas de terceiros, realizada por terminais portuários de **uso privativo misto, em regime de complementariedade de carga própria declarada;** (grifo nosso)*

139. *Assim, verifica-se que esses conceitos que caracterizam os TUPM precisam ser definidos de forma objetiva por meio da política regulatória. Entende-se, contudo, que não é pertinente a formulação de recomendações neste sentido nos presentes autos, uma vez que esta questão será aprofundada em proposta de auditoria a ser submetida por esta Sefid-1, conforme será abordado na seção VI desta instrução.*

140. *Por derradeiro, apresenta-se no quadro a seguir, de forma resumida, o modo com que tem ocorrido a priorização da movimentação de cargas próprias pelos TUPM em face das normas editadas.*

Quadro 1: Normas que regulamentam a exploração dos terminais de uso privativo misto.

<i>Norma</i>	<i>Terminais de Uso Privativo Misto</i>	<i>Instrumento de outorga</i>	<i>Prazo</i>
<i>Lei 8.630/1993</i>	<i>Carga própria e de terceiros</i>	<i>Contrato de adesão</i>	<i>Determinado</i>
<i>Lei 10.233/2001 e Resolução - Antaq 517/2005</i>	<i>Carga própria deve justificar a implantação do terminal, que deverá manter movimentação mínima anual de carga própria declarada.</i>	<i>Termo de autorização</i>	<i>Indeterminado</i>

Decreto 6.620/2008 e Resolução - Antaq 1.660/2010	Movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros. A carga de terceiro deve possuir a mesma natureza, bem como as mesmas características de armazenamento e movimentação da carga própria autorizada.	Contrato de adesão	Determinado (50 anos)
---	--	--------------------	-----------------------

Fonte: Elaboração própria.

III. Legalidade das Resoluções - Antaq 517/2005 e 1.660/2010 e do Decreto 6.620/2008

141. Os TUPM analisados neste autos alegam em suas manifestações que os atos regulamentares que tratam da matéria são ilegais, por afrontarem a Lei 8.630/1993 ou por criarem regras não previstas na Lei.

142. Nesse ponto, deve-se diferenciar os regulamentos de execução, tais como o Decreto 6.620/2008, cuja competência privativa é do Chefe do Executivo e respectivos Ministros, dos regulamentos de complementação, como as resoluções da Antaq, que podem ser editados pelas agências reguladoras e quaisquer outros órgãos ou entidades tecnicamente especializados da Administração Pública (Andrade, 2008).

143. Nesse sentido, o Decreto 6.620/2008 trata do modo de execução da Lei de Portos e das medidas que devem ser tomadas para tanto, não demandando por respostas de caráter técnico, que devem ser dadas por meio dos regulamentos de complementação editados pela Antaq, entidade especializada tecnicamente na matéria (Andrade, 2008).

144. As resoluções editadas pela Antaq, por seu turno, não devem introduzir obrigações novas, mas apenas especificar aquelas existentes nas leis que demandem complementação técnica, sempre dentro do espaço de liberdade conferido pela lei. Tal espaço corresponde à discricionariedade técnica outorgada por lei à Agência, para que complemente a regulamentação de matéria que não seria adequadamente tratada pelo legislador justamente por não possuir a especialização demandada (Andrade, 2008).

145. Deve-se frisar, no entanto, que o poder normativo da Antaq não se restringe a tornar mais concreta a execução da lei, e tampouco depende de anterior edição de regulamento por parte do Chefe do Executivo para sua edição, até porque a disciplina normativa de certas matérias lhe foi atribuída por sua lei de criação e, portanto, na maioria dos casos as normas por ela editadas têm por objeto matéria não tratada, mas apenas referida em lei (Andrade, 2008).

146. Conjugando-se essas considerações, conclui-se que **as normas regulamentares editadas pela Antaq (Resoluções - Antaq 517/2005 e 1.660/2010) e pelo Poder Executivo (Decreto 6.620/2008) não ofendem o princípio da legalidade**, pois se coadunam perfeitamente com a Lei de Portos e, dentro dos limites por ela estabelecidos, a complementam e estabelecem critérios para sua aplicação.

IV. Os TUPM objeto desta representação

IV.1. Aplicabilidade das normas

147. Para explicar a situação dos TUPM em análise, apresentam-se, a seguir, informações sobre os investimentos realizados, os contratos de adesão, os termos de autorização e a legislação vigente à época dessas outorgas.

Quadro 2: Autorizações outorgadas e legislação a elas aplicável.

Empresa	Investimento (Reais)	Contrato de Adesão (CA)	Termo de Autorização (TA)	Data de emissão	Legislação aplicável
Itapóá	500 milhões	-	Termo de Autorização 202/2005-Antaq	5/4/2005	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
Embraport	2,3 bilhões	-	Termo de Autorização 246/2006-Antaq	1/8/2006	Resolução - Antaq 517/2005
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

Fonte: Antaq e autorizatárias.

Elaboração própria. CA = Contrato de Adesão. TA = Termo de Autorização.

148. *Repara-se, no Quadro 2, que somente a Embraport foi outorgada depois da publicação da Resolução - Antaq 517/2005. Registra-se que, consoante Parecer PGR/Antaq 23/2006-JMSCO, de 31/1/2006 (fls. 130-131 do anexo 18), a Embraport não deve se submeter à essa norma, que foi publicada em 18/10/2005 e divulgada no Diário Oficial da União em 8/11/2005, porque já havia cumprido todos os requisitos para a outorga em 17/10/2005, sendo inaceitável que fosse modificada a situação juridicamente constituída nos termos de regulamentação anteriormente em vigor. Tal argumentação quanto ao enquadramento da outorga da Embraport em relação às normas vigentes carece de maiores esclarecimentos para possibilitar parecer conclusivo desta Unidade Técnica sobre o assunto. No entanto, o desenvolvimento da presente análise demonstrará que a formulação de mérito nos presentes autos não depende desse aspecto. Assim, com base nas informações contidas neste processo, pode-se aceitar que os quatro TUPM analisados foram outorgados sob a égide da Lei 8.630/1993 e da Lei 10.233/2001.*

149. *Nessa seara, está Sefid-1 é de parecer que a Resolução - Antaq 517/2005 e o Decreto 6.620/2008 não são aplicáveis aos TUPM analisados, pois, em que pese o instituído no art. 47 da Lei 10.233/2001, que versa sobre a necessidade de adaptação aos normativos editados, as empresas que obtiveram ou ratificaram suas autorizações antes da Resolução - Antaq 517/2005 não foram por ela afetadas, tendo em vista que tal norma foi omissa quanto às regras que deveriam disciplinar as outorgas realizadas entre a edição da Lei 10.233/2001 e a sua publicação, em 2005. O art. 53 do Decreto 6.620/2008 impede a sua aplicação aos atos legais praticados anteriormente à sua edição.*

150. *Ainda no Quadro 2, nota-se que Portonave e Cotegipe tiveram suas autorizações outorgadas pelo MT na forma de contrato de adesão, com prazo de vigência de 25 e 14 anos respectivamente, e posteriormente ratificadas pela Antaq por meio de termos de autorização, instrumentos previstos na Lei 10.233/2001, com prazo de vigência indeterminado, pelos quais são atualmente regidos.*

151. *Dessa forma, os quatro terminais ora analisados devem observar os ditames da Lei 8.630/1993 e o teor de seus instrumentos de outorga.*

152. *Os termos de autorização, por terem sido outorgados ou ratificados após a Lei 10.233/2001, possuem cláusulas que determinam: o caráter precário das autorizações, possibilitando sua revogação por interesse público justificado; a exploração desses terminais por prazo indeterminado, a exceção da Portonave, que não apresenta menção ao prazo da autorização; a execução dos serviços de forma adequada e a cassação da autorização por inexecução dos serviços.*

IV.2. Movimentação de cargas

153. *Conforme mencionado, mesmo antes da publicação da Resolução - Antaq 517/2005, a Agência já vinha explicitando em seus termos de autorização que a movimentação de cargas de terceiros nos terminais privativos de uso misto deveria se dar apenas em caráter complementar. Naquela época, a Agência entendia que era preciso evitar a concorrência predatória com os portos*

públicos, caso os terminais de uso misto pudessem operar com carga de terceiros em níveis muito amplo (fls. 130-131 do anexo 6).

154. O quadro a seguir reproduz os termos de autorização no que se referem às cargas a serem movimentadas em cada um dos terminais e à exigência das cargas de terceiros serem transportadas de forma complementar ou não.

Quadro 3: Cargas próprias e de terceiros declaradas nos termos de autorização.

Terminal	Carga própria	Carga de terceiros	Complementariedade
Itapoá	contêineres e granéis 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.	destinadas e provenientes de transporte aquaviário.	Sim
Portonave	cargas frigorificadas que incluirão carnes bovinas, suínas, de frangos, eqüinas, de ovinos/caprinos, pescados e frutos do mar em geral, frutas (congeladas ou resfriadas), polpas de frutas, sucos de frutas e comidas industrializadas e congeladas, transportadas de forma unitizada (pallets ou contêineres); madeira e seus derivados (produtos florestais) e açúcar, movimentados de forma unitizada ou como carga solta.	materiais cerâmicos, móveis/colchões, papel, papel jornal, celulose, motores diversos e produtos têxteis, transportados de forma containerizada ou como carga solta.	Não
Embraport	soja em grãos; açúcar a granel; veículos; granéis líquidos; contêineres e papel	soja em grãos; açúcar a granel; veículos; granéis líquidos; contêineres e papel	Sim
Cotegipe	trigo	soja, fertilizantes, contêineres, produtos siderúrgicos, madeira, granito, celulose, algodão e demais produtos agrícolas e pecuários.	Sim

Fonte: Resoluções-Antaq 190/2004, 412/2005, 482/2005 e 550/2006.

155. Quanto às cargas declaradas, verifica-se que Cotegipe, Itapoá e Embraport declararam como carga o contêiner, o que não é razoável, pois mesmo sem haver à época um entendimento formal firmado pela Antaq, é certo que um meio de embalagem nunca poderia ter sido considerado carga, seja própria ou de terceiros.

156. Quanto à variedade de cargas próprias relacionadas nos termos de autorização, note-se que o de Itapoá prevê a movimentação de “carga geral”, o que possibilita a movimentação de qualquer tipo de carga, sem considerar a cadeia produtiva e a estrutura societária da empresa proprietária do terminal. A outorga da Embraport prevê ampla diversidade de cargas, o que parece não condizer com cargas de propriedade da empresa detentora do terminal. É pouco provável que esta empresa produza ou tenha participação acionária significativa em empresas relacionadas a soja em grãos, açúcar a granel, veículos, granéis líquidos e papel.

157. Uma vez analisados os instrumentos de outorga, e considerando a exigência de movimentação complementar de carga de terceiros nesses terminais, esta Sefid-1 solicitou à Antaq, por meio de ligação telefônica, dados sobre a natureza, a propriedade e a movimentação de cargas pelos terminais privativos em operação no Brasil. Em resposta, a Agência encaminhou, em 24/11/2011, via e-mail (fls. 690-701), tabela elaborada por sua Gerência de Terminais de Uso

Privativo (GTP) que apresenta dados referentes aos terminais privativos de uso exclusivo e misto e à movimentação realizada por esses no ano de 2010.

158. O Quadro a seguir foi elaborado com dados extraídos dessa tabela e, por isso, não constam informações sobre os terminais de Itapoá, que começou a operar em 2011 e o da Embraport, que ainda está em fase de instalação.

Quadro 4: Dados sobre os terminais de Portonave e de Cotegipe.

Terminal	Natureza da Carga	Propriedade	Peso Bruto (t)	Carga própria	Carga de terceiros
Portonave	Carga geral	Própria	121.539	3,0%	97,0%
		Terceiros	3.894.747		
Cotegipe	Granel sólido	Própria	294.710	12,3%	87,7%
		Terceiros	2.098.203		

Fonte: Gerência de Terminais de Uso Privativo (GTP).

159. Verifica-se do Quadro 4, que ambos os terminais estão movimentando carga própria e de terceiros, porém a movimentação de carga pública é predominante enquanto a movimentação de carga própria é residual e irrisória.

160. Ressalte-se que, no caso de Cotegipe, o termo de autorização expressamente exige que a movimentação de carga de terceiros se dê em caráter complementar, deixando claro que não se pode considerar essa carga como a principal. Os quantitativos de carga movimentadas no terminal de Cotegipe demonstram que a movimentação de carga de terceiros é que viabiliza o funcionamento do terminal, descaracterizando-o como terminal privativo.

161. O mesmo ocorre com a Portonave, que movimentou apenas 3% de carga própria. Em que pese o seu termo de autorização não exigir a complementariedade da carga de terceiros, é inegável que o terminal foi instalado para ter como negócio principal a carga pública, ou seja, não foi projetado para funcionar como terminal privativo. Nota-se que a infraestrutura instalada é capaz de movimentar, pelo menos, 32 vezes a carga própria movimentada em 2010. Destaque-se, inclusive, que a própria Portonave declara:

“ (...) por se tratar de um terminal dedicado à movimentação de contêineres, há uma concreta impossibilidade de transição para um regime de cargas próprias preponderantes.”

162. Situação semelhante ocorre nos demais terminais analisados nestes autos, pois tanto as alegações da Antaq quanto as das autorizadas não deixam dúvida de que todas movimentam, ou pretendem movimentar, prioritariamente carga de terceiros e que não conseguiriam continuar operando caso fossem obrigadas a movimentar uma maior quantidade de carga própria.

163. Cotejando essas informações com os processos administrativos de autorização de exploração dos TUPM aqui mencionados (anexos 3 a 20), verifica-se que a Antaq autorizou a instalação desses terminais de uso privativo misto com previsão de cargas próprias incompatíveis com a estrutura produtiva e societária das empresas detentoras dos terminais e não vem exigindo o cumprimento dos seus termos de autorização, ou seja, a movimentação de carga de terceiros em caráter complementar.

164. Esses terminais foram indevidamente outorgados pelo MT e pela Antaq sem qualquer restrição quanto à movimentação de carga, possibilitando que eles movimentem pouca ou nenhuma carga própria e que tenham como negócio principal a operação de cargas de terceiros. Têm a magnitude de um porto organizado, com diversas instalações portuárias voltadas à movimentação de contêineres, capazes de transportar todos os tipos de carga e em grandes volumes, sendo que suas autorizações foram outorgadas sem que fosse realizada uma necessária avaliação técnica quanto aos aspectos legais e aos impactos econômicos.

165. *Estão prestando, ou sendo construídos para prestar, **por tempo indeterminado**, o mesmo serviço público realizado pelos portos públicos, sob condições de funcionamento diversas, motivando questionamentos como os apresentados pela representante.*

IV.3. O domínio útil das áreas

166. *As autorizatárias alegam que não poderia ter sido realizada a licitação pelo fato de terem a propriedade ou o domínio útil da área. Entende-se, contudo, que não é razoável que o tipo de instalação e conseqüentemente de prestação de serviço, seja definido apenas em virtude da propriedade do terreno. Deve-se considerar indubitavelmente a atividade a ser desempenhada, o transporte de carga de terceiros, ou seja, um serviço público prestado a terceiros.*

167. *Dos TUPM ora analisados, somente a Embraport apresentou documentação relativa à propriedade de suas áreas (fls. 39-283 do anexo 27). Conforme consta à fl. 41 do anexo 27, 88% dos terrenos dessa empresa foram obtidos por meio de aforamento de área pertencente à União, sendo que ao menos parte dessa área (fls. 65-73 do anexo 27) pertencia ao porto organizado administrado pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp).*

168. *Itapoá, embora não tenha encaminhado documentação relativa à compra de seu terreno, afirma que o aforamento de áreas tem preço bastante elevado e que é regido pela Portaria SPU/MP 24/2011 (fls. 702-712), o que leva a crer que seu terreno também foi obtido da União. Pesquisas realizadas por esta Unidade Técnica para instrução do presente feito revelam indícios de que outros terminais privativos também obtiveram suas áreas da própria União (fls. 713-714).*

169. *Parece desarrazoado que um terreno da União tenha sido aforado para a instalação de terminal privativo de uso misto que não cumpre os requisitos mínimos para assim ser caracterizado, ou seja, ter carga própria condizente com a interpretação razoável da Lei 8.630/1993. Sendo assim, esta Unidade Técnica considera que a forma de obtenção do domínio útil das áreas para instalação de terminais privativos deve ser objeto de futuras fiscalizações desta Corte de Contas.*

170. *O art. 6º, §1º, c/c art. 4º, §4º, inciso VII, ambos da Lei 8.630/1993, determinam que os contratos de adesão dos terminais privativos possuam cláusula relativa à reversibilidade dos bens aplicados no serviço. Quanto aos casos ora analisados, verifica-se que os contratos de adesão firmados pelo MT com Cotegipe (fls. 116-117 do TC 026.748/2010-0) e Portonave (fl. 32 do anexo 4) apresentam cláusula que possibilita que, se houver interesse público, esses terminais passem a ser explorados pela União, hipótese em que serão revertidos a seu patrimônio os bens moveis e imóveis, após prévio pagamento de justa indenização em dinheiro.*

171. *Já os termos de autorização vigentes preveem a revogação das autorizações por motivo de interesse público devidamente justificado, assegurada à autorizada indenização, se houver, a ser apurada em processo administrativo regular.*

172. *Assim, caso seja de interesse do Governo que um agente privado preste o serviço de movimentação de carga de terceiros como atividade principal, deve viabilizar o uso de áreas para licitação. A desapropriação de áreas para empreendimentos públicos tem amparo na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXIV) e é comum em diversos setores de infraestrutura.*

IV.4. Conclusão

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.***

177. *Nesse ponto, ressalte-se que a evolução da política pública definida para o setor portuário corrobora o entendimento desta Sefid-1, tendo em vista o teor do Decreto 6.620/2008, que deixou claro que o terminal privativo deve movimentar preponderantemente carga própria (art. 35, inciso II) e consagrou a figura da concessão do porto organizado (arts. 13-24). 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.*

178. ***Diante das três modalidades de exploração de instalação portuária previstas na Lei de Portos - de uso público, de uso privativo exclusivo e de uso privativo misto - vislumbram-se duas possibilidades para a regularização da situação. A primeira é exigir que os terminais em análise comprovem, dentro de um prazo razoável, que movimentam proporção equilibrada de carga própria e de terceiros, por meio documentos e estudos pertinentes. Em que pese haver nos autos declarações das empresas quanto à impossibilidade de regularizar a situação dessa forma, reputa-se pertinente deixar claro o entendimento desta Unidade Técnica nesse sentido.***

179. ***A outra forma de regularizar o funcionamento desses terminais aos dispositivos legais é a realização da concessão de tais empreendimentos como porto organizado, nos termos da Lei 8.630/1993 e da Lei 8.987/1995. Caso o regulador opte por esta alternativa, diante dos elevados investimentos realizados em bens móveis e imóveis, incluindo as despesas com o domínio útil da área, e da possível dificuldade para obtenção de dados relativos aos custos, às receitas e à quantidade de cargas movimentadas por cada um desses terminais, entende-se pertinente determinar que a Antaq envie ao Tribunal proposta de prazo razoável fundamentada para a realização dos estudos de viabilidade dos certames licitatórios, considerando todos esses aspectos citados, entre outros que a Antaq julgar pertinentes.***

180. *Ressalte-se, por fim, que os estudos de viabilidade das concessões podem prever que os licitantes vencedores indenizem investimentos já realizados e não amortizados por esses terminais. Consoante os arts. 21 e 22 do Decreto 6.620/2008, é possível realizar a desapropriação por utilidade pública de terrenos e construções necessários à execução das obras de concessão de porto organizado e, quer seja a área privada ou pertencente à União, ficarão a cargo da futura concessionária as despesas com indenizações e quaisquer outras decorrentes dessa desapropriação.*

181. *Como exposto anteriormente, a desapropriação de áreas privadas tem amparo constitucional e legal e é utilizada em diversos setores de infraestrutura, como energia elétrica, ferrovias e rodovias. Ademais, os termos de autorização aceitos por essas empresas possuem cláusula*

relativa à obtenção de seus bens pela União no caso de interesse público justificado, mediante indenização.

182. Tendo em vista os elevados investimentos realizados e o princípio da continuidade dos serviços públicos prestados por esses terminais, **propõe-se que este Tribunal de Contas autorize, excepcionalmente, o seu funcionamento por prazo razoável, devidamente justificado pelo órgão regulador, para a realização dos procedimentos licitatórios de concessão.**

183. As seções seguintes dessa instrução tratam de aspectos relacionados aos terminais privativos de forma geral e não especificamente dos TUPM objeto dos presentes autos, não afetando o seu mérito. Contudo, entende-se oportuno explaná-los, pois demonstram a necessidade de outras ações de controle desta Corte quanto à matéria.

V. Concorrência Assimétrica

184. Um dos motivos que levou a Federação Nacional dos Portuários a representar junto a este Tribunal foi a competição entre os terminais públicos e os TUPM pela carga de terceiros. Consoante a representante, existe concorrência assimétrica entre eles principalmente em função dos diferentes regimes que regem esses terminais, e isso estaria causando perda de competitividade e desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento dos terminais de uso público, o que poderia levá-los à falência.

185. Os TUPM, por sua vez, informam que não foi comprovada a existência de diferença efetiva e relevante entre essas duas formas de exploração de instalações portuárias, tendo sido apontadas apenas disparidades formais, como sujeitar-se à licitação e ao pagamento para obtenção da outorga para operar terminais públicos, ao controle tarifário e ao regime trabalhista diferenciado, que sugerem existir maior custo para os operadores de terminais públicos.

186. Alegam, ainda, que dependem de maior contingente de capitais para a instalação e operação de seus terminais, pois enquanto os operadores públicos trabalham em instalações já construídas e com mercado de usuários consolidado, os TUPM custeiam o aforamento da área, a capacitação de seus funcionários, realizam investimento “greenfield”, isto é, em área onde ainda não há nenhuma infraestrutura para a atividade portuária, e ainda precisam formar sua carteira de clientes.

187. Este Tribunal já se manifestou, por meio do Acórdão 2.896/2009-TCU-Plenário, sobre a necessidade de estudos para esclarecer as condições concorrenciais no setor portuário, inclusive entre terminais públicos e privativos, em decorrência das diferenças formais apontadas. A realização de tais estudos e seus resultados estão sendo monitorados no TC 019.504/2010-1.

188. Ressalte-se, contudo, que o resultado desse estudo concorrencial é dispensável para o deslinde da questão que nos foi trazida nesta representação, uma vez que já está demonstrado que os TUPM aqui examinados estão atuando de forma ilegal e irregular, pois foram desvirtuados para movimentarem prioritariamente carga pública.

VI. Demais autorizações outorgadas pela Antaq

189. Em que pese estarmos analisando os casos pontuais dos TUPM habilitados como interessados nestes autos, entende-se pertinente que sejam apresentadas também informações relativas aos demais terminais privativos em operação no Brasil.

190. Para tanto, iremos apontar estatísticas auferidas da tabela elaborada pela Gerência de Terminais de Uso Privativo (GTP) da Antaq (fls. 690-701), que utiliza dados referentes à movimentação de cargas nos terminais privativos no ano de 2010, medida em termos de peso bruto (toneladas).

191. Assim, de acordo com a referida tabela existem 114 terminais privativos em operação, sendo 7 exclusivos e 107 mistos.

VI.1. Terminais Privativos de Uso Exclusivo

192. De início, noticia-se que todos os terminais privativos de uso exclusivo em operação foram outorgados pela Antaq por meio de termos de autorização firmados entre os anos de 2004 e 2009.

193. Registra-se, também, que 42,86% desses terminais movimentam exclusivamente carga própria, enquanto que **57,14% movimentam de 0,74% a 9,90% de carga de terceiros**.

194. Portanto, ainda que haja determinação na Lei de Portos (art. 4º, §2º, inciso II, alínea “a”) para que esse tipo de terminal movimente apenas carga própria, observa-se que mais da metade desses terminais estão movimentando também carga de terceiros.

VI.2. Terminais Privativos de Uso Misto

195. No que se refere aos terminais privativos de uso misto, verifica-se que 59,81% foram instrumentalizados por meio de termos de autorização, firmados ou ratificados a partir de 2002, por prazo indeterminado, consoante disposição da Lei 10.233/2001, e 40,19% são contratos de adesão, com prazo determinado, nos termos da Lei 8.630/1993, sendo que destes contratos, 95,35% foram firmados junto ao MT e apenas 4,65% foram firmados pela Antaq após o Decreto 6.620/2008.

196. Importa mencionar também que a Antaq não possui os dados referentes à natureza, à propriedade e à quantidade de carga movimentada por 14,02% desses terminais. Essa constatação é indício de grave falha nos procedimentos regulatórios da entidade, pois tais informações são essenciais para que a Agência autorize a instalação desses terminais e conclua sobre o seu adequado funcionamento diante dos normativos e do pactuado no instrumento de outorga, por meio de suas fiscalizações.

197. Assim, não obstante a ausência desses dados, consignamos que 54,20% dos TUPM movimentam mais de 50% de cargas próprias e **31,78% terminais movimentam mais de 50% de cargas de terceiros**. Ademais, 13,08% movimentam exclusivamente carga própria e **11,21% exclusivamente carga de terceiros**.

198. O fato de 31,78% dos TUPM movimentarem mais de 50% de cargas de terceiros, sendo que 11,21% movimentam exclusivamente esse tipo de carga, afronta, no mínimo, a Lei de Portos (art. 4º, §2º, inciso II, alínea “b”), que determina que este tipo de terminal deve movimentar carga própria.

199. Constata-se, então, que assim como os TUPM analisados nestes autos, há fortes indícios de outros terminais privativos estão operando de forma ilegal e irregular. Além disso, a Antaq quando solicitada não encaminhou dados considerados imprescindíveis para que seja autorizada a instalação e que indiquem a adequada fiscalização para verificar o correto funcionamento dos terminais privativos.

200. Dessa forma, entende-se pertinente que esta Sefid-1, em momento oportuno, realize auditoria na Gerência de Terminais de Uso Privativo (GTP) da Antaq, a fim de verificar a regularidade da atuação da Antaq nos procedimentos de outorga e de fiscalização dos terminais privativos em operação no Brasil, bem como a legalidade e regularidade dos instrumentos de autorização formalizados.

201. Finalmente, entende-se pertinente que os presentes autos sejam encerrados e que o monitoramento da deliberação que vier a ser adotada seja realizado em processo específico, nos termos da Portaria - Segecex 27/2009.

BENEFÍCIOS DO CONTROLE

202. *A atuação do TCU no presente processo, de acordo com a Portaria - TCU 82/2012, gera proposta de benefícios potenciais qualitativos, como “correção de vícios, defeitos ou incompatibilidades no objeto contratado”, “expectativa do controle” e “exercício da competência do TCU em resposta à demanda da sociedade” e “fornecimento de subsídios para atuação de outros órgãos ou autoridades”, já que permitirá o adequado cumprimento da legislação que rege os terminais portuários privativos de uso misto, principalmente no tocante à movimentação de carga própria nesses terminais.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

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.

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 produziu a instrução que reproduzo abaixo: (peça 167):

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de representação formulada pela Federação Nacional dos Portuários (FNP) para apuração de possíveis irregularidades em relação às autorizações para exploração de terminais privativos de uso misto (TUPM).

2. *Após formulada instrução de proposta de mérito por esta Unidade Técnica (peça 14, p. 41-60 e peça 15 p. 1-10), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) trouxe ao TCU o resultado de estudos contratados junto 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).*

3. *Por meio de despacho de peça 16, p. 5, o Exmo Min. Relator determinou a abertura de prazo de 15 (quinze) dias para que os interessados nos autos pudessem, querendo, se manifestar sobre os referidos estudos.*

4. *Assim sendo, foram promovidas diligências para os dez habilitados nos presentes autos, conforme ofícios da lavra desta Sefid-1 datados de 11/7/2012 (peça 16, p. 7-16).*

Diligências promovidas em atendimento ao Despacho do. Min. Relator (peça 16, p.5)

<i>Ofício de Diligência TCU/Sefid-1 n.</i>	<i>Interessado</i>	<i>Data de Ciência (peça 15, p.17-26 e peça 150)</i>	<i>Manifestação</i>
196	<i>Federação Nacional dos Portuários (FNP)</i>	13/7/2012	<i>Peça 16, p. 27-30</i>
198	<i>Antaq</i>	18/7/2012	<i>Peça 144</i>
199	<i>Secretaria Especial de Portos (SEP)</i>	13/7/2012	<i>não se manifestou</i>
200	<i>Casa Civil da Presidência da República</i>	13/7/2012	<i>não se manifestou</i>
201	<i>Governo do Estado do Ceará</i>	17/7/2012	<i>não se manifestou</i>
202	<i>Terminal Portonave</i>		<i>Peça 148</i>
203	<i>Terminal Itapoá</i>		<i>Peça 147</i>
204	<i>Terminal Embraport</i>	16/7/2012	<i>Peça 140</i>
205	<i>Terminal Cotegipe</i>	16/7/2012	<i>Peça 146</i>
206	<i>Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres Públicos (Abratec)</i>	16/7/2012	<i>Peça 153</i>

Elaboração própria

5. Ressalte-se que o Estado do Ceará, que administra o TUPM de Pecém, apesar de ter solicitado e ter deferida prorrogação de prazo para se manifestar até 16/8/2012 (peças 139 e 155), não apresentou nenhum documento a esta Corte até a conclusão da presente instrução.

6. A seguir, são apresentados: resumo das conclusões do estudo da UnB, teor das manifestações de cada uma das partes e a análise desta Unidade Técnica.

2. O ESTUDO DA UNB

7. O “Estudo Comparativo das Estruturas de Custos e Avaliação de Projetos/Investimentos entre Terminais Portuários de Uso Público e Terminais de Uso Privativo Misto” (peças 132-135), elaborado pela UnB, teve por objetivo identificar a possível existência de desvantagem concorrencial provocada por assimetrias regulatórias entre PP e TUPM que movimentam contêineres, provenientes de restrições legais diferenciadas entre os dois tipos de terminais.

8. O estudo informa utilizar dados reais, fornecidos pelos terminais de contêineres e pela Antaq, alertando que tais dados têm detalhamento aquém do solicitado. Foram considerados 15(quinze) terminais, conforme quadro a seguir. Os próprios técnicos que o elaboraram reconhecem que o tamanho da amostra é pequeno para avaliações econométricas (peça 132, p.32), o que pode implicar baixa potência dos testes estatísticos e dificuldade para inserir variáveis explicativas na equação.

Terminais considerados pelo Estudo da UnB

Terminal	PP/TUPM
Chibatão	TUPM
Superterminais	TUPM
Pecém	TUPM
Tecondi – Santos	PP
Tecon – Sepetiba	PP
Portonave	TUPM
Teconvi	PP
Libra – Santos	PP
Paranaguá	PP
Tecon – Imbituba	PP
Tecon – Salvador	PP
Tecon – Santos	PP
Tecon – Suape	PP
Tecon – Vila do Conde	PP
TESC	PP

Fonte: Estudo UnB, peça 132, p.33

9. As principais conclusões do estudo estão resumidas a seguir:

Retornos de Escala

10. Segundo a UnB, não há retornos crescentes de escala estatisticamente significantes na amostra de 15 terminais, no ano de 2010. Quanto a essa conclusão, o estudo alerta que o resultado deve ser considerado com ressalva dado o pequeno número de dados e o fato de terem sido

consideradas variáveis de insumos contábeis (a metodologia recomenda a utilização de variáveis físicas). Cita que não foram utilizadas informações relativas a “investimentos para montagem da infraestrutura e da superestrutura para movimentação das cargas”, devido à ausência de tal informação para parte dos terminais analisados (peça 132, p.34).

Eficiência dos Terminais Portuários

11. *Na análise de eficiência dos terminais, o estudo conclui que o tipo de regime – público ou privativo – parece não ter influência relevante sobre a eficiência ou o desempenho médio dos terminais de contêineres. Alerta que nessa análise também deveriam ter sido utilizados dados físicos, o que não foi possível, dada a ausência de informações.*

Indicadores de Desempenho: TUPxPP

12. *A fim de comparar o desempenho dos dois tipos de terminais, o estudo aplicou testes estatísticos de médias com os indicadores financeiros de desempenho de cada tipo de terminal. Para o indicador Margem Bruta sobre Vendas, que relaciona o lucro bruto com as receitas líquidas de prestação de serviços, não foi constatada diferença estatisticamente significativa na média entre os terminais arrendados e os de uso privativo. Assim, afirma, com base nos dados financeiros do lucro bruto e vendas líquidas, que o uso obrigatório da mão de obra do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO) pelos terminais arrendados não gera desvantagem competitiva em relação aos terminais de uso privativo.*

13. *O estudo também conclui não haver diferenças estatisticamente significativas para os indicadores retorno sobre o investimento (ROI), que relaciona o lucro operacional com os ativos operacionais; retorno sobre os ativos (ROA), que relaciona o lucro líquido do terminal com seu ativo total, e retorno sobre o patrimônio líquido (RSLP), que é definido como a relação entre o lucro líquido e o patrimônio líquido contábil.*

14. *Ao analisar as demonstrações financeiras dos terminais, o estudo alerta:*

“não tivemos acesso, portanto, às informações que seriam necessárias para uma análise mais aprofundada, como receitas e custos segregados por tipo de serviço, operações de carga e descarga dos contêineres dos navios, operações de pátio e de armazenagem. Por essa razão, ficou parcialmente prejudicada a análise realizada.”

15. *Ao discorrer sobre a amostra considerada, o estudo ressalta que: dois importantes terminais privativos - Embraport e Itapoá - ainda não entraram em operação; que o Terminal Privativo de Pecém tem um “sistema de governança misto, posto que é controlado pelo Governo do estado do Ceará”, e que Chibatão e Superterminals são TUPM fluviais localizados em Manaus, região onde não há terminal público arrendado. Conclui: “na prática, a comparação de eficiência entre terminais arrendados e privativos fica restrita, pelo lado dos terminais de uso privativo, ao Portonave”.*

16. *Ao avaliar o Market Share, o estudo revela que os terminais arrendados têm perdido participação no mercado, de 91% em 2007 para 79% em 2010. Informa que essa perda de mercado deve aumentar com a entrada em operação de terminais privativos de grande porte, como Embraport e Itapoá.*

Valoração dos Terminais

17. *O estudo desenvolveu modelo de valoração dos custos, da receita e do valor presente líquido aplicável a cada tipo de terminal (PP e TUPM), com o objetivo de identificar se existe diferença de desempenho que possa ser atribuída à forma contratual.*

18. *Para os custos dos serviços prestados verificou grande dispersão, variando de R\$3,00 por tonelada a R\$ 62,00 por tonelada. Constata que a média dos custos dos serviços prestados por tonelada de carga é menor para os terminais privativos. No ano de 2010, foi de R\$ 21,10 para os*

TUPM, contra R\$ 23,80 para os PP. O estudo considera que isso não indica maior eficiência ou penalização regulatória, alegando ser necessário depurar fatores que possam explicar essa diferença.

19. Para as despesas administrativas, conclui que os terminais arrendados apresentam desempenho melhor na média. Em 2010, R\$6,33 por tonelada de carga, contra R\$ 8,30 para os TUPM. Também afirma que é preciso realizar exercícios econométricos que possam identificar os fatores que explicam essa diferença.

20. Então, realizando testes econométricos, conclui que não há diferença estatisticamente significativa entre os custos operacionais de um terminal privativo e os de um terminal arrendado. Informa, no entanto, que só foi possível desagregar os dados em custos operacionais na prestação dos serviços e em despesas administrativas e que haveria uma análise mais precisa se fosse possível maior desagregação dos custos operacionais. Por exemplo, o estudo não identifica os repasses feitos pelos terminais ao OGMO como pagamento pela mão de obra contratada, as parcelas de arrendamento pagas e as taxas portuárias. Assim, explica que o resultado dos testes econométricos pode ser explicado pelo fato de essas rubricas terem pequena participação nos custos operacionais totais dos terminais ou pelo fato de os terminais privativos terem outras despesas não incorridas pelos terminais arrendados. Alerta, ainda, para a quantidade pequena de dados.

21. Sobre as receitas, o estudo afirma que a análise é mais simples, por considerar que não há razão para crer que o fato de um terminal ser privativo ou arrendado tenha impacto significativo na geração de receitas.

22. Ao comparar os fluxos de caixa descontados dos terminais privativos e arrendados, a fim de verificar se assimetrias regulatórias têm efeito sobre essa criação de valor, considera TUPM e PP de características iguais. Para terminais arrendados considera prazo de outorga de 25 anos e para os privativos, 50 anos.

23. Sobre o pagamento do arrendamento em terminais públicos, o estudo assevera conhecer a Nota Técnica Antaq 17/2007, que estabelece o pagamento das parcelas fixa e variável, bem como do downpayment em projetos de arrendamento, mas afirma:

“Como os dados que temos à disposição não nos permitem nem discriminar as partes fixa e variável dos valores de arrendamento, nem determinar se o terminal fez um downpayment, resolvemos adotar **a hipótese simplificadora** de que o valor presente dos pagamentos totais (fixo+variável) de arrendamento é igual ao dos ativos de infraestrutura já existentes no momento do arrendamento” (grifo nosso)

24. Com essas premissas, com base nos fluxos de caixa gerados, conclui que o projeto do terminal arrendado é mais vantajoso. No entanto, conjugando todos os resultados obtidos, conclui que:

“não há evidências de que terminais privativos apresentem desempenho superior a terminais arrendados devido à existência de assimetrias regulatórias. Essa conclusão está condicionada aos parâmetros e hipóteses adotados no nosso estudo, mas não vislumbramos a possibilidade de que elas se alterem significativamente se aqueles forem modificados”.

25. Em que pese a conclusão descrita acima, o estudo propõe aperfeiçoamento das regras do setor para mitigação de possíveis perdas incorridas pelos terminais arrendados e privativos. Afirma que as regras não geram assimetria concorrencial, mas suscitam “desconforto” por parte dos entes regulados.

26. As mudanças legislativas sugeridas são: (1) pagamento de outorga das autorizações pelos terminais privativos, com metodologia de definição dos valores semelhante à utilizada para os terminais arrendados; (2) abolir a obrigatoriedade de o terminal arrendado contratar o OGMO, a fim possibilitar uma redução no custo de mão de obra, tendo em vista que deixaria de haver demanda

cativa pelos serviços desse órgão; (3) abolir a limitação de movimentação de cargas de terceiros nos terminais privativos, afirmando que esse tipo de terminal com movimentação de carga livre é importante para expansão da infraestrutura disponível no país.

27. Sobre os prazos diferentes das outorgas de PP e TUPM, o estudo afirma:

“como as condições para renovação descritas nos contratos de arrendamento são moderadas o suficiente para até hoje não ter ocorrido nenhuma negação de prorrogação de contrato de arrendamento solicitada, o prazo de um arrendamento não é muito diferente de 50 anos, se assim desejar o arrendatário. Em outras palavras, a assimetria neste quesito é bastante reduzida”

3. DAS MANIFESTAÇÕES DOS INTERESSADOS

28. Inicialmente, cabe mencionar que o Estado do Ceará, que administra o Terminal Privativo de Pecém, foi habilitado nos presentes autos e chamado a se manifestar sobre o estudo da UnB (e não apresentou resposta à diligência). No entanto, seu Terminal **não** é objeto das análises empreendidas por esta Sefid-1, tendo em vista tratar-se de caso peculiar – denominado de TUPM apesar de ter sido construído com recursos públicos da União e do Estado do Ceará e não apresentar carga própria. Sua situação é objeto de processo específico desta Corte, o TC 005.605/2004-5.

3.1 Os TUPM analisados nos autos:

3.1.2 Portonave

29. Manifesta concordância total com os resultados dos estudos e solicita que a proposta da Sefid-1 seja rejeitada. Reforça entendimento segundo o qual restringir a movimentação de cargas de terceiros em TUPM que movimentam contêineres significa inviabilizar esses terminais e colapsar a infraestrutura portuária do país. Afirma que TUPM sem limitação de quantidades de cargas de terceiros são a solução para os gargalos da infraestrutura portuária, tendo em vista a saturação dos portos públicos existentes.

3.1.2 Embraport

30. Afirma que os estudos da UnB corroboram seu posicionamento e o julgado do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no Ato de Concentração n.º 08012.007452/2009-31 sobre a inexistência de assimetrias concorrenciais entre terminais públicos e privativos. Afirma que a inserção dos TUPM aprimora a concorrência e contribui para a eficiência e a diminuição de custos de transação do setor, contribuindo para o desenvolvimento econômico nacional. Requer que o estudo da UnB seja utilizado como reforço das razões que impõem a improcedência da representação.

3.1.3 Cotegipe

31. Considera o estudo da UnB como o mais importante estudo produzido sobre o tema. Afirma que é isento, altamente técnico e que revisou trabalhos anteriores, além de ter utilizado dados reais dos terminais.

32. Argumenta que embora o seu terminal não movimente contêineres e, sim, graneis sólidos, as conclusões do estudo aplicam-se ao caso de Cotegipe. Requer que a Sefid-1 revise sua análise à luz dos referidos estudos.

3.1.4 Itapoá

33. Concorde com a conclusão dos estudos, mas salienta que não foram consideradas outras vantagens para os terminais localizados em portos organizados, como as relacionadas ao gozo de acessos terrestres e aquaviários e ao fundo de comércio pré-existente.

34. Argumenta que os terrenos da União em que são instalados os terminais privativos são os desafetados do serviço público, como os terrenos de marinha, por se tratarem de bens públicos

dominicais, na forma do art. 99, III, do Código Civil, a fim de possibilitar o aforamento do respectivo domínio útil.

35. Alega que o contrato de adesão do terminal Itapoá impõe todas as obrigações relativas à eficiência impostas aos terminais arrendados, não havendo assimetria no tratamento dispensado aos tomadores dos serviços.

36. Defende que os preços são livres nos dois tipos de terminais e que é necessário licitar o domínio útil dos terrenos de marinha para terminais privativos (Lei 9.636/1998, art. 12), o que se assemelha ao arrendamento de instalações no porto organizado. Afirma que os serviços portuários não são licitados em nenhum tipo de instalação.

37. Por fim, requer o arquivamento da representação por absoluta insubsistência das alegações formuladas.

3.2 Federação Nacional dos Portuários

38. Considera que o estudo da UnB não teve foco na questão jurídica e no trabalho portuário. Segundo a FNP, a sugestão de se exigir um pagamento de outorga dos TUPM não é adequada tendo em vista o objetivo do Terminal Privativo previsto em lei – a movimentação de carga própria, cuja natureza é a de incorporar um elo da cadeia produtiva que se refere ao escoamento da produção. Esse tipo de terminal não tem por objetivo a prestação do serviço público.

39. Chama a atenção para o fato de o estudo não considerar como parte do pagamento das outorgas de terminais arrendados o pagamento de ágio em favor da União (oportunidade do negócio) e, por isso, não apontar forma de mitigar esse ágio na hipótese de pagamento de outorga pelos TUPM.

40. A Federação argumenta, ainda, que a possibilidade dos terminais privativos contratarem mão de obra do OGMO para mitigar efeitos concorrenciais, prevista na Resolução Antaq 1660/2010, não se verifica na prática, pois os terminais não assinaram os contratos de adesão que os obrigariam a tal. Cita que a Portonave não atendeu determinação da Antaq para utilização do OGMO pelo fato de não reconhecer na Agência Reguladora competência sobre leis trabalhistas. Considera que a assimetria na contratação de mão de obra persiste e é relevante.

41. Ainda sobre o uso do OGMO, afirma que estudo da FIPE citado pela UnB constatou que “o trabalho poderia ter sido executado com 40% da mão de obra ajustada”, o que demonstra que o trabalho realizado por meio desse órgão custa 60% a mais do que poderia. Assim, estranha conclusão da UnB sobre o OGMO não acarretar assimetria concorrencial entre os dois tipos de terminais.

42. Considera o estudo contraditório, pois conclui que o OGMO não acarreta custos maiores para os PP e propõe alteração da legislação no sentido de abolir a sua obrigatoriedade. Afirma que o estudo propõe mudanças no marco legal para resolver problemas específicos, apenas de alguns terminais, em detrimento de todo o sistema portuário nacional.

43. A FNP alerta, ainda, para o fato de os estudos considerarem as outorgas de TUPM com prazo de 50 anos para as simulações, sendo que as outorgas de autorização em análise têm prazo indeterminado, o que invalida as conclusões da UnB. Alega, também, que o estudo não considerou assimetrias decorrentes de não exigências para os TUPM quanto à universalidade e modicidade tarifária e o fato de os terminais públicos terem de se submeter às políticas públicas pautadas pelos entes federados participantes do Conselho de Autoridade Portuária (CAP), que só atua no Porto Público.

44. Conclui, por fim, que os estudos não afetam a questão central da denúncia, uma vez que os TUPM analisados estão em situação ilegal em relação ao marco regulatório em vigor.

3.3 Abratec

45. *A Associação considera algumas premissas do estudo da UnB equivocadas, como:*
- *considerar que os terminais em análise atuam legalmente nos moldes da Resolução Antaq 1660/2010, quando são, segundo a Associação, falsos terminais privativos, que não movimentam carga própria proponderantemente;*
 - *considerar que a renovação por mais 25 anos dos contratos de terminais públicos depende apenas da vontade dos arrendatários, quando, na verdade, depende do interesse do Estado. A Abratec cita caso em que foi negada a prorrogação – Terminais de Bobinas de Papel e de Produtos Siderúrgicos do Cais da Gamboa, no Rio de Janeiro – e alega que a Lei de Portos não garante prazo de 25 anos prorrogação por igual período para todos os contratos de arrendamento, mas apenas permite. Sendo assim, afirma haver contratos com prazos diferentes, com e sem previsão de prorrogação;*
 - *considerar que TUPM tem mesmo padrão de custo dos terminais públicos, o que contradiz afirmação do próprio estudo, que apoia-se em estudo da FIPE, segundo a qual sem a presença do OGMO “o trabalho poderia ter sido executado com 40% da mão de obra ajustada”, o que demonstra que o custo trabalhista do PP mostra-se 60% superior ao do TUPM. Sobre esse ponto, a Abratec também afirma que Portonave e Itapoá não se encontram obrigadas a utilizar o OGMO, apesar dos ditames da Resolução Antaq 1660/2010.*
 - *desconsiderar que terminais públicos têm matriz de investimentos e estruturas de custos distintas e não considerar o pagamento relevante de parcela de outorga (oportunidade do negócio). Exemplifica que o estudo não considerou o pagamento pelo Tecon Santos, no ato da assinatura do contrato, em 1997, de R\$ 280.000.000,00 e cita estudo da Fundação Getúlio Vargas, que concluiu que os terminais públicos têm custos, no mínimo, 22% superiores aos TUPM;*
 - *negar efetividade ao marco regulatório, permitindo a existência de TUPM que não atendem aos requisitos mínimos legais; e*
 - *considerar que os TUPM analisados estão outorgados por 50 anos, quando suas autorizações têm prazo indeterminado.*
46. *A Abratec apresenta documento elaborado pela Consultoria Econômica – FA, denominado “Análise Crítica do Relatório da UnB”, que afirma ter o estudo considerado poucos dados e ser baseado em modelos tecnicamente questionáveis, com intervalos de confiança muito amplos. Exemplifica com a previsão de crescimento da movimentação de contêineres calculada para o período de 2010 a 2025, que é de 70%, podendo variar de 24% negativo até 150%.*
47. *A Consultoria afirma, ainda, que a conclusão do estudo de não haver retornos de escala em terminais de contêineres contradiz a tendência mundial de construção de terminais cada vez maiores, o que provaria a fragilidade dos modelos utilizados. Considera, também, que os estudos do valor presente líquido estão prejudicados, pois seus resultados estão contaminados pelos problemas de baixa confiabilidade das projeções de custos, despesas e receitas.*
48. *Por fim, o documento produzido pela FA conclui: “nesse âmbito, ainda destacamos que a simples existência de uma capacidade de oferta de movimentação de contêineres pelos terminais de uso privativo misto imprevisível – posto que ilegal – na época dos arrendamentos dos terminais de uso público, implica a desvalorização dos ativos da União, bem como a possibilidade de desequilíbrio econômico-financeiro dos arrendatários, fato capaz de ensejar ações indenizatórias contra o Poder Concedente.”*

3.4 Os órgãos e entidades do Governo Federal

3.4.1 Agência Nacional de Transportes Aquaviários

49. *A Agência inicia sua manifestação alegando que o estudo **não integra uma posição regulatória ou posicionamento do órgão regulador**. Afirma que esse e outros estudos sobre o tema estão à disposição desta Corte de Contas e que os seus resultados estão 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.*

3.4.2 Secretaria Especial de Portos

50. *Não apresentou manifestação.*

3.4.3 Casa Civil da Presidência da República

51. *Não apresentou manifestação.*

4. EXAME TÉCNICO

52. *Inicialmente, cabe mencionar que esta Unidade Técnica, na instrução de peça 14, p. 41-60 e peça 15 p. 1-10, assim manifestou-se sobre o impacto dos estudos da UnB, à época em elaboração, sobre o mérito dos presentes autos:*

Ressalte-se, contudo, que o resultado desse estudo concorrencial é dispensável para o deslinde da questão que nos foi trazida nesta representação, uma vez que já está demonstrado que os TUPM aqui examinados estão atuando de forma ilegal e irregular, pois foram desvirtuados para movimentarem prioritariamente carga pública.

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.*

54. *Entende-se que não cabe a esta Corte de Contas afastar a aplicação da legislação posta em virtude de resultados de quaisquer estudos. A lógica esperada é que, com base em estudos que entender pertinentes e consistentes, os formuladores das políticas públicas elaborem as leis e os normativos que regem determinada matéria, e não que órgãos de controle desconsiderem as leis e normativos propostos, publicados e aprovados pelos Poderes Executivo e Legislativo, em virtude de*

tais estudos. Sendo assim, é forçoso concluir que a análise realizada pela Sefid-1 é de legalidade e ratificar o entendimento expresso na instrução de peça 14, p. 41-60 e peça 15 p. 1-10.

55. O teor do estudo apresentado e das manifestações dos diversos interessados a seu respeito apenas vem corroborar a oportunidade, a conveniência e a regularidade do posicionamento técnico positivado por esta Sefid-1, como se pode verificar nos comentários a seguir expostos.

56. Não se pretende fazer análise crítica aprofundada sobre os estudos elaborados pela equipe da UnB, como por exemplo, a respeito da adequação da metodologia e das escolhas de modelos estatísticos utilizados, uma vez que foi elaborado por instituição conceituada, com técnicos altamente qualificados sobre esses aspectos. No entanto, observações devem ser feitas sobre algumas premissas e dados utilizados.

57. O estudo informa utilizar dados fornecidos pelos próprios terminais e pela Antaq e aponta diversos problemas relacionados à qualidade, agregação e quantidade das informações. A validade dos resultados de estudos econométricos é altamente afetada por essas características. Na seção VI da instrução elaborada por esta unidade técnica (peça 14, p. 41-60 e peça 15 p. 1-10) há descrição sobre a precariedade dos controles e das informações relacionadas aos terminais privativos encontrados na Agência Reguladora, tanto é que esta Sefid-1 propõe fiscalização específica no órgão sobre esse tema. Dessa forma, entende-se, assim como entenderam os próprios técnicos que elaboraram os estudos, que os seus resultados devem ser considerados com cautela.

58. Ainda quanto à qualidade dos dados utilizados, há que se considerar que na amostra elaborada pelo estudo, como alertado pelos próprios técnicos que o elaboraram, de terminal privativo de uso misto que movimenta contêineres similar a um terminal público arrendado, só há o terminal da Portonave, o que torna a comparação feita pelo estudo restrita.

59. Além disso, ao construir o fluxo de caixa dos dois tipos de terminais, a fim de concluir se há diferenças regulatórias que impactam o valor presente líquido dos empreendimentos, a UnB considera prazo de 50 anos para as outorgas de terminais privativos. A FNP alertou para esse fato e esta unidade técnica concorda com a entidade sobre a não aplicabilidade dos resultados do fluxo de caixa para os TUPM objeto dos presentes autos, pois suas outorgas têm prazo indeterminado.

60. Tanto a FNP quanto a Abratec criticaram o valor de outorga pago por terminais arrendados que foi considerado na construção do fluxo de caixa do estudo da UnB. Verifica-se que esses agentes têm razão. Os contratos de terminais públicos preveem o pagamento das seguintes parcelas de arrendamento: (i) parcela fixa, que é o valor pago pelo metro quadrado de área arrendada; (ii) parcela variável, que é o valor pago pela quantidade de carga movimentada; (iii) downpayment, valor pago a vista, no ato da assinatura do contrato, que pode corresponder a até 20% do valor presente líquido excedente gerado pelo fluxo de caixa; e (iv) oportunidade do negócio, que é um valor pago à vista, na assinatura do contrato, decorrente de lance livre oferecido pelo licitante, semelhante ao pagamento de um bônus pelo empreendimento licitado.

61. Note-se que as parcelas fixa, variável e de downpayment são dadas no certame, ou seja, terão que ser pagas no valor determinado em edital, não sendo critério para definição do vencedor da concorrência. O que decide qual proponente poderá firmar contrato com a Administração é o valor da oportunidade do negócio oferecido, que, na maioria dos processos analisados por esta Sefid-1, é significativo, muitas vezes maior do que o valor de todas as outras parcelas de arrendamento somadas. Por exemplo, para o terminal de granéis sólidos de Itaqui, analisado no TC 014.660/2011-3, verificaram-se os seguintes valores para um dos lotes licitados: Valor Presente Líquido do Projeto (VPL) exigido em edital de R\$ 40.686.252,41, cujo pagamento seria dividido entre as parcelas variável (R\$ 2,03 /ton), fixa (R\$ 1,60 /m²/mês) e Downpayment (R\$ 1.889.335,86), considerando área de 40.327 m², prazo de arrendamento de 25 anos e movimentação mínima exigida de 2.500 ton/ano quando o terminal atingisse sua operação plena. Além do VPL, foi pago pelo licitante vencedor o

valor de R\$ 62.000.000,00 a título de oportunidade do negócio. Note-se que se trata de valor superior e pago além do VPL do projeto.

62. O estudo da UnB afirma que não teve acesso ao valor de arrendamento pago pelos terminais objeto da amostra. Essa informação causa estranheza, uma vez que a fonte primária de tais dados são os próprios contratos firmados (valor por metro quadrado, metragem da área arrendada, valor por tonelada de carga movimentada, movimentação mínima de carga exigida, downpayment e oportunidade do negócio). Os quantitativos de carga efetivamente movimentada, a fim de obter o valor de arrendamento que dela depende, podem ser obtidos, por exemplo, no anuário estatístico da Antaq e em outros sistemas utilizados pelos Portos e pela Receita Federal.

63. Em nenhum momento o estudo refere-se ao valor pago como oportunidade do negócio, não há como saber se tal parcela era de conhecimento dos técnicos e foi levada em consideração na elaboração dos testes. Tendo em vista o alegado desconhecimento dos valores de arrendamento efetivamente pagos, o estudo faz uma premissa de que o valor pago pelo arrendamento corresponde aos investimentos existentes no momento da outorga, mas não fundamenta ou justifica tal premissa, que, em uma primeira análise parece ser equivocada. Não há nenhuma garantia de que a outorga oferecida pelos licitantes considere apenas esse valor. Fatores como expectativas de ganho não captadas pelos estudos de viabilidade elaborados pela Autoridade Portuária e peculiaridades negociais do licitante certamente influem nos valores.

64. Além disso, o pagamento pela infraestrutura existente, adotado pela UnB como proxy para o valor da outorga, na maioria dos projetos, é incluído nos estudos de viabilidade como rubrica específica a ser exigida do arrendatário, denominada “sítio padrão”. Sendo assim, a premissa de valor de outorga utilizada pela UnB é equivocada por não refletir o contexto real dos projetos de arrendamento. Portanto, os resultados de valor presente de PP obtidos pelo estudo devem ser cuidadosamente avaliados.

65. O estudo recomenda, com base em dados reconhecidamente frágeis e em algumas premissas que parecem equivocadas, liberar a movimentação de cargas de terceiros em TUPM para solução do gargalo de infraestrutura existente. Sobre esse aspecto há que se considerar que a participação da iniciativa privada na movimentação de contêineres, dentro do arcabouço legal vigente, pode ser estimulada dentro dos portos organizados existentes, por meio do arrendamento de áreas e, principalmente, pelo instituto da concessão de novos portos organizados, caso se conclua sobre a inexistência de áreas insuficientes nos portos públicos instalados. Não é necessário desvirtuar a figura legal do terminal privativo ou alterar a legislação para que a iniciativa privada invista na prestação do serviço público de movimentação de cargas de terceiros. Essa parece ser outra conclusão do estudo carente de fundamentação na realidade do setor portuário.

66. Em que pese concluir pela inexistência de assimetrias concorrenciais causadas pelo marco regulatório do setor, o estudo da UnB propõe mudanças legislativas drásticas no marco regulatório, que abolem diferenças significativas entre terminais privativos e públicos, tendo em vista o que denomina de “desconforto” por parte dos entes regulados. Ora, se os resultados do estudo apontam a inexistência de assimetrias, deveria considerar demonstrado que tal desconforto não tem fundamentação e não se justifica, não sendo necessária nenhuma mudança legislativa. Esta Unidade Técnica entende que ao propor tais mudanças, o estudo enfraquece seus próprios resultados, já diversas vezes, no decorrer do texto do estudo, considerados frágeis pelos próprios técnicos que o elaboraram, tendo em vista a qualidade e a quantidade dos dados disponíveis.

67. Por fim, cabe ressaltar argumentação trazida pela Abratec que parece razoável, caso a situação irregular dos TUPM em análise não seja sanada em razão das conclusões do estudo da UnB ou caso os normativos sejam alterados conforme recomenda a instituição. A movimentação de carga de terceiros de forma indiscriminada nesses terminais, pode, de fato, motivar uma imensa quantidade de ações de reequilíbrio dos contratos por parte dos terminais arrendados já estabelecidos (cerca de

300), uma vez tratar-se de mudanças de regras impostas ou causadas pela Administração na vigência de tais ajustes. Esse fato ocasionaria ainda mais instabilidade num setor importante de infraestrutura do país carente de ações de planejamento, de regulação e de fiscalização consistentes.

68. A respeito das demais manifestações sobre os estudos apresentadas a esta Corte de Contas, tanto por parte dos TUPM analisados quanto por parte da Abratec e da FNP, entende-se que todas elas devem ser tomadas com cautela, por, naturalmente, defenderem posições dos interessados. Os resultados dos estudos foram favoráveis aos terminais privativos, e, por isso, esses terminais defendem a aplicação dos estudos na solução da problemática instaurada. Os resultados não foram ao encontro dos interesses de trabalhadores e de terminais públicos, por isso, o teor das manifestações da FNP e da Abratec. Os pontos entendidos passíveis de serem considerados por esta Sefid-1 foram citados quando da análise dos estudos da UnB.

69. Especificamente sobre a manifestação do Terminal Itapoá, vale tecer alguns comentários, pois discute algumas questões jurídicas. O Terminal alega que os preços são livres nos dois tipos de terminais e que é necessário licitar o domínio útil dos terrenos de marinha para terminais privativos (Lei 9.636/1998, art. 12), o que se assemelha ao arrendamento de instalações no porto organizado. Afirma que os serviços portuários não são licitados em nenhum tipo de instalação.

70. Sobre os preços cobrados dos usuários, entende-se do artigo 6º da Lei 8.630/93, que são livres para os terminais privativos:

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.

(...)

§ 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.

71. O Decreto 6.620/2008, por sua vez, dispõe em seu art. 29, inciso VII, que o contrato de arrendamento de instalação portuária rege-se pela Lei 8.630/1993, e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, **a legislação que rege as contratações e concessões**, assim como os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado

72. Diversos autores, entre os quais se destacam Schirato (2008) e Lobo (2000), sustentam que o arrendamento operacional de instalações portuárias é um instituto que muito se assemelha à subconcessão de serviços públicos, tratada no artigo 26 da Lei 8.987/1995. Já para Marques Neto e Leite (2003), a partir da Lei dos Portos, a natureza jurídica do arrendamento abrange regras típicas da concessão de serviços públicos.

73. Ou seja, dos normativos e da doutrina, conclui-se que a atividade explorada pelos arrendatários trata-se de serviço público. Nesse sentido é o entendimento do TCU, expressado no voto do Acórdão 2.896/2009 – TCU – Plenário:

(...)

Deixo de acolher a proposta de firmar entendimento a respeito da natureza de serviço decorrente de arrendamento portuário por entendê-la desnecessária.

Primeiro, porque não há indício nos autos de haja alguma divergência nesse tema por parte dos órgãos públicos, existindo menção apenas divergências teóricas na doutrina. Segundo, porque os normativos em vigor são bastante claros a esse respeito. Terceiro, porque é a própria lei dos portos, Lei nº 8.630/1993, que, apesar de se utilizar da denominação 'arrendamento', por motivos unicamente históricos, confere ao contrato de arrendamento regime jurídico típico de concessão/delegação de serviço público.

(...)

Verifica-se que a lei disciplinou um regime jurídico em tudo semelhante ao da concessão de serviço público, e assim o fez por uma singela razão: estava obrigado a

fazê-lo porque ainda não havia sido editada a lei que disciplinaria o regime geral de concessões e permissões de serviços públicos.

Afinal, a prestação de qualquer serviço que decorra da exploração da infraestrutura dos portos é, por força de expressa previsão constitucional, atividade titularizada pela União e passível de delegação por meio de concessão, permissão ou autorização, nos termos do art. 21, XII, "f", da Constituição Federal."

74. *A Lei 10.233/2001, em vista da natureza dos serviços prestados pelos arrendatários, dispõe, em seu art. 11, que o gerenciamento da infraestrutura e a operação do transporte aquaviário devem assegurar, sempre que possível, que os usuários paguem pelos custos dos serviços prestados em regime de eficiência. Essa Lei ainda prevê, em seu art. 28, inciso II, alínea "b", que o contrato para o exercício da outorga deve definir claramente os limites máximos tarifários e as condições de reajustamento e revisão.*

75. *Cumpre destacar que, no arcabouço jurídico do setor portuário, não há previsão explícita de liberdade de preços. Ao contrário, a Lei 10.233/2001, em seus arts. 20, inciso II, alínea "a", e 27, inciso II, atribui à Antaq o dever de regular as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a garantir a modicidade nos fretes e tarifas, bem como promover estudos aplicados às definições de tarifas, preços e fretes, em confronto com os custos e os benefícios econômicos transferidos aos usuários pelos investimentos realizados.*

76. *Para Goldberg (2009), a Lei 10.233/2001, em seu art. 35, incisos VII e VIII, e § 1º, prevê a adoção do regime de preço-teto nesses contratos, tendo em vista que essa lei impõe como cláusulas essenciais as relativas: a) às tarifas, mas permite a redução destas, se necessário; b) aos critérios de reajuste e revisão; e c) à transferência aos usuários de perdas ou ganhos econômicos de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário.*

77. *Sendo assim, não se pode aceitar a afirmação do Terminal Itapoá sobre liberdade irrestrita de preços em terminais arrendados. O que há, na verdade, é uma lacuna nas ações da Antaq para cumprir a exigência legal de regulação de preços para os serviços públicos de movimentação e armazenagem de carga nos Portos Organizados.*

78. *Considerando que os serviços prestados pelos terminais arrendados são públicos, também é forçoso concluir que não procede a afirmação de que os procedimentos licitatórios de terrenos de marinha e de terminais arrendados são semelhantes, por não terem, ambos, como objeto o serviço público. Pelo contrário, o processo licitatório de terminais arrendados é balizado por estudos de viabilidade que consideram as receitas que o arrendatário irá auferir em decorrência da prestação do serviço público de movimentação e armazenagem de cargas, não se trata de mera avaliação patrimonial de imóvel da União.*

79. *Finalmente, cabe mencionar que as manifestações mais relevantes nos autos sobre os estudos elaborados pela UnB e ações a serem adotadas em decorrência deles, seja em termos de ações regulatórias ou de revisão do marco legal e da política pública vigente, eram esperadas dos órgãos públicos com tais competências. No entanto, a SEP e a Casa Civil não responderam às diligências desta Corte. A Antaq, por sua vez, deixou claro não ser o estudo posição do órgão regulador e informou que seus resultados serão considerados assim como os de outros estudos existentes para futuras ações regulatórias.*

80. *Verifica-se, portanto, que não há posição governamental apresentada a este TCU sobre possíveis mudanças nas ações a serem adotadas para a situação dos terminais privativos objeto dos presentes autos.*

81. *Sendo assim, a análise que ora se impõe a esta Corte de Contas deve ser pautada nos normativos vigentes e no teor dos atos de outorga dos terminais em análise. **Considerando o marco***

regulatório do setor portuário e todo o mais exposto na presente instrução, esta Unidade Técnica entende pertinente ratificar seu entendimento expresso na instrução de peça 14, p. 41-60 e peça 15 p. 1-10, com pequenos ajustes de redação na Conclusão (seção IV.4) e na Proposta de Encaminhamento daquele texto para melhor compreensão:

Seções da instrução de peça 14, p. 41-60 e peça 15 p. 1-10 a serem substituídas:

IV.4. Conclusão

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.***

177. *Nesse ponto, ressalte-se que a evolução da política pública definida para o setor portuário corrobora o entendimento desta Sefid-1, tendo em vista o teor do Decreto 6.620/2008, que deixou claro que o terminal privativo deve movimentar preponderantemente carga própria (art. 35, inciso II) e consagrou a figura da concessão do porto organizado (arts. 13-24). 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.*

178. ***Diante das três modalidades de exploração de instalação portuária previstas na Lei de Portos - de uso público, de uso privativo exclusivo e de uso privativo misto - vislumbram-se duas possibilidades para a regularização da situação. A primeira é exigir que os terminais em análise comprovem, dentro de um prazo razoável, que movimentam proporção equilibrada de carga própria e de terceiros, por meio documentos e estudos pertinentes.** Em que pese haver nos autos declarações das empresas quanto à impossibilidade de regularizar a situação dessa forma, reputa-se pertinente deixar claro o entendimento desta Unidade Técnica nesse sentido.*

179. ***A outra forma de regularizar o funcionamento desses terminais aos dispositivos legais é a realização da concessão de tais empreendimentos como porto organizado, nos termos da Lei 8.630/1993 e da Lei 8.987/1995.** Caso o regulador opte por esta alternativa, diante dos elevados investimentos realizados em bens móveis e imóveis, incluindo as despesas com o domínio útil da área, e da possível dificuldade para obtenção de dados relativos aos custos e despesas operacionais, às receitas operacionais e acessórias e à quantidade de cargas movimentadas por cada um desses terminais, entende-se pertinente determinar que a SEP e a Antaq enviem ao TCU 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 deverá ocorrer a concessão desses empreendimentos, precedida de licitação.

180. *Ressalte-se, por fim, que a fundamentação do prazo deve considerar, além dos aspectos mencionados no parágrafo anterior e dos que a SEP e a Antaq julgarem pertinentes, uma forma de equacionamento do domínio útil das áreas desses terminais, considerando a possibilidade amortização do valor das áreas no prazo a ser proposto ou, ainda, de indenização dos investimentos já realizados e não amortizados pelos futuros concessionários. Consoante os arts. 21 e 22 do Decreto 6.620/2008, é possível realizar a desapropriação por utilidade pública de terrenos e construções necessários à execução das obras de concessão de porto organizado e, quer seja a área privada ou pertencente à União, ficarão a cargo da futura concessionária as despesas com indenizações e quaisquer outras decorrentes dessa desapropriação.*

181. *Como exposto anteriormente, a desapropriação de áreas privadas tem amparo constitucional e legal e é utilizada em diversos setores de infraestrutura, como energia elétrica, ferrovias e rodovias. Ademais, os termos de autorização aceitos por essas empresas possuem cláusula relativa à obtenção de seus bens pela União no caso de interesse público justificado, mediante indenização.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

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

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., Emraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários 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.

É o relatório.

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 tonelage 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 predominante de 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 vênias, 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

VOTO DO REVISOR

Na Sessão de 20 de fevereiro de 2012, o Ministro Raimundo Carreiro trouxe substancial Voto acerca da 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).

2. Preliminarmente, anoto que a Federação Nacional dos Portuários, em petição de 19 de fevereiro de 2013, postulou pelo sobrestamento do julgamento deste processo, “até ulterior deliberação do Congresso Nacional sobre a MP 595/2012, bem como a conversão do julgamento em diligência para que se colha nova manifestação da d. Unidade Técnica competente, tendo em vista a superveniência da referida Medida Provisória”. Afirma que a MP 595 teria reforçado a tese da impossibilidade de exploração, mediante simples autorização, sem prévio procedimento licitatório, de terminais portuários que transportam carga preponderantemente de terceiros. Aduz que o § 3º do art. 62 da Constituição Federal dispõe sobre a perda de eficácia das medidas provisórias após prazo máximo de 120 dias sem deliberação pelo Congresso Nacional, o que estaria a exigir cautela deste nosso Tribunal de Contas da União.

3. **Rejeito a preliminar de sobrestamento, o que faço essencialmente pelo fato de a Medida Provisória 595 não influir no julgamento desta representação. Explico: a MP nº 595/2012 não convalida as autorizações para instalação de terminais portuários de uso misto, porquanto a solução está adstrita à legislação então vigente.** Ademais, apenas argumentando, as Medidas Provisórias, conforme disposto no próprio texto constitucional (art. 62), tem força de lei e eficácia imediata. Portanto, a MP 595 já produz efeitos jurídicos. De outra, como bem anotado pelo Ministro Raimundo Carreiro, “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”.

4. Superada a preliminar, consigno que pedi vista motivado pela complexidade da matéria. Complexidade que me exigiu maiores reflexões. Observo que a própria Sefid não ratificou, em suas duas últimas propostas de encaminhamento, o entendimento sobre a aplicação do Decreto nº 6.620/2008 às autorizações deferidas em momento anterior ao de sua edição. Aí está questão essencial para a formulação de meu Voto: avaliar a retroatividade das normas em matéria de autorização. Dito de outra forma, autorizações não seriam protegidas por dois elementos integrantes do princípio constitucional da segurança jurídica: o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Tese inconsistente como demonstrarei adiante. De outra, o próprio Ministro Relator votou em sentido diverso após novas manifestações trazidas aos autos em atendimento a diligências deliberadas por este Pleno. Antecipo que também eu adotarei novo posicionamento.

5. Após detida leitura dos autos, meu Voto foi estruturado em torno de três questões essenciais: qual a natureza jurídica da autorização para operação dos terminais portuários de uso misto (autorização precária ou autorização contratual)? Dependente da resposta desta questão, qual a legislação aplicável aos contratos de adesão (problema de aplicação da lei no tempo)? A legislação aplicável determina preponderância de carga própria em relação à carga de terceiros?

6. Para melhor compreensão da matéria versada neste processo, transcrevo parte do Voto do Ministro Relator:

“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.”

7. Resumidamente, a representante postula a aplicação retroativa do Decreto nº 6.620/2008, que regulamentou a Lei nº 8.630/1993 (Lei dos Portos); a movimentação de cargas de terceiros por terminais portuários de uso misto (TUPM) deveria ser precedida de licitação (art. 175 da Constituição Federal); haveria concorrência assimétrica em relação aos terminais de uso público (portos organizados), porquanto os TUPMs operam com menos rigor normativo; como, por exemplo, a não exigência de contratar trabalhadores por intermédio do Órgão de Gestor de Mão-de-Obra (OGMO). De tais causas de pedir decorreria o pedido: a suspensão do funcionamento dos terminais de uso misto que não comprovem preponderância de movimentação de carga própria, adequando-se as autorizações já expedidas à legislação superveniente.

8. Antes de ir ao mérito, reafirmo a competência deste Tribunal de Contas da União para analisar a matéria. O interesse público e os riscos envolvidos na regulação do setor portuário vão, ainda que indiretamente, das receitas públicas (decorrentes dos valores oferecidos por licitantes) a possíveis despesas com indenizações pagas pelo erário (gastos públicos) como decorrência de regulações deficientes. Nesse sentido, aplico a denominada doutrina da tripartição, no sentido de competir ao TCU o

controle do excesso (ou abuso), da deficiência e da ausência do poder discricionário, bem assim, uma vez regularmente utilizado o poder discricionário, cobrar-lhe a vinculação de seus atos (Robert Alexy. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. Revista dos Tribunais, ano 89, vol. 779, setembro 2000, p. 11-46). Nesse sentido é que este Tribunal pode analisar as assimetrias concorrenciais postas em prática pela agência reguladora no plano da legalidade e da legitimidade, com os cuidados de não substituir a agência em seu poder regulador.

9. Mostra-se necessário consignar a situação fática que envolve este processo. Isso porque este Tribunal não pode decidir de costas para a realidade, a qual não raramente impele o Supremo Tribunal Federal a adotar as denominadas fórmulas de preclusão e doutrina prospectiva para modular efeitos de eventuais declarações de inconstitucionalidade. Pois bem, verifico nas instruções da Sefid a existência de 114 terminais privativos em operação, sendo 7 exclusivos e 107 mistos. Especificamente quanto aos terminais privativos de uso misto “54,20% dos TUPM movimentam mais de 50% de cargas próprias e **31,78% terminais movimentam mais de 50% de cargas de terceiros**. Ademais, 13,08% movimentam exclusivamente carga própria e **11,21% exclusivamente carga de terceiros**”. De outra, os terminais portuários mistos Cotegipe, Portonave, Itapoá e Embraport, cujas situações concretas são tratadas neste processo, foram autorizados a operar pelo Estado brasileiro e realizaram investimentos de R\$ 435 milhões, R\$ 420 milhões, R\$ 500 milhões e R\$ 2,3 bilhões, respectivamente. Portanto, qualquer decisão deste Tribunal terá enorme repercussão não apenas na posição jurídico-econômica das empresas (com indelével reflexos sobre a responsabilidade da administração pública), mas também no próprio mercado, atendido em boa parte por terminais de uso misto.

10. Outro elemento essencial para formular meu juízo é o próprio plexo normativo que compõe o marco regulatório do setor portuário nacional, o qual foi assim resumido pela Sefid:

“101. Nesse sentido, a legislação do setor portuário compreende a Lei 8.630/1993; a Lei 10.233/2001, que criou a Antaq e estabeleceu suas competências; o Decreto 6.620/2008, que regulamenta a Lei de Portos no tocante aos portos e terminais portuários marítimos de competência da Secretaria Especial de Portos (SEP); além da Resolução – Antaq 1.660/2010 (rerratificada pela Resolução – Antaq 1.695/2010), que normatiza especificamente a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo e que revogou a Resolução – Antaq 517/2005.”

11. A Sefid, analisando o contexto fático sob as normas de regência, formulou a seguinte derradeira proposta de decisão:

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

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 o 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 Portuários 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.”

12. Bem resumidas as coisas, verifico que a Sefid entendeu existir na Lei nº 8.630/1993 (arts. 1º, §2º, e 4º, §2º, inciso I e inciso II, alínea **b**) a determinação de equilíbrio entre movimentação de cargas próprias e de terceiros como característica intrínseca dos terminais portuários de uso misto. Fora dessa configuração (e do terminal de uso privativo exclusivo) haveria serviço público a ser concedido mediante prévia licitação (art. 175 da Constituição).

13. De outra, a Sefid, a meu ver acertadamente, passou a aplicar aos TUPMs 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 a Lei nº 8.630/1993. Lei esta vigente à época das autorizações, conforme bem demonstrado pelo Ministro Relator:

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

[...]

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.

14. Cabe uma breve nota sobre a autorização de que trata a Lei nº 8.630/1993. De fato, tal autorização não pode ser tratada como autorização **lato sensu**. Isso porque envolve investimentos vultosos e sua formalização se dá por contratos de adesão, com cláusula de vigência (§ 1º do art. 6º). Trata-se de uma autorização **sui generis**, o que levou Diogo de Figueiredo Moreira Neto a dar-lhe titulação específica – autorização portuária – e tratamento doutrinário em separado (Curso de Direito Administrativo, 12ª Edição, p. 264). Dito isso, essas autorizações de natureza contratual são governadas “no seu nascimento, efeitos e extinção pela lei sob cujo império foram constituídas” (Eduardo Espinola. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, v. 1, 3. ed., p. 335), aplicando-se-lhes as disposições do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.

15. No concernente à interpretação da Lei nº 8.630/1993, divirjo da Sefid e alinho-me ao entendimento empregado pelo Ministro Relator. Vejamos o texto legal:

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

II – de autorização do ministério competente, quando se tratar 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.

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.

§ 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.**

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. (grifos meus)

16. Verifica-se que a norma não indica nenhum percentual entre carga própria ou de terceiros para os terminais de uso privativo misto. Ao contrário, o Estado retira-se da relação entre o TUPM e o terceiro que utiliza de suas instalações, colocando a relação como exclusivamente empresarial e de direito privado. A legislação afasta, com isso, a incidência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, **verbis**: “§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

17. A questão é saber se a legislação poderia fazê-lo de maneira constitucional. Nesse sentido, parece-me irrelevante o percentual entre carga própria e de terceiros. Dito de outra forma: a modalidade de terminais portuários de uso misto seria inconstitucional, porquanto a carga de terceiros, qualquer que seja seu volume, caracterizaria serviço público, devendo ser prestada por concessionário escolhido em

licitação pública? Não é o que leio na Constituição, pois não é pelo fato de figurar no art. 21 que os terminais portuários não se podem caracterizar como atividades econômicas, sujeitas às normas de direito privado. Nos TUPMs, os agentes econômicos contratam livremente a prestação de um serviço, em evidente relação de direito civil. Ao Estado fica o papel de regulador, permeando o econômico com os valores da justiça social (art. 170 da CF). Caso o legislador seja capaz de retirar o caráter de serviço público dos TUP e dos TUPM, dando-lhe características de atividade econômica, a solução de portos de uso privativo exclusivo ou misto será perfeitamente constitucional.

18. De outra, o Estado regulador não pode desrespeitar os contratos daqueles que ingressaram no sistema portuário sob a modalidade de serviço público, estabelecendo mecanismos regulatórios operantes como verdadeiros “fato do príncipe”. E estando sob a modalidade de serviço público aplicam-se as normas de responsabilidade e de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Esse é o desafio da Antaq ao implementar normas regulatórias decorrentes de decisão política da União.

19. Nesse sentido, a Antaq deve evitar conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, o termo “complementar” (Resolução nº 517/2005). Como está no dicionário Houaiss, complementar é uma “grandeza que constitui complemento de outra”. Em nenhum momento, o verbete nos leva à compreensão sobre qual das grandezas deve ser maior. A carga própria poderia justificar a implantação do terminal, sem que isso configure a necessidade de ser preponderante, uma vez que não está na essência do instituto de terminal privativo de uso misto.

20. Quanto à alegação do autor da representação de “**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;”, entendo que é matéria estranha às competências deste Tribunal de Contas da União. Trata-se de tutela de interesses privados dos trabalhadores ou do setor econômico envolvido. Daí não competir a este nosso Tribunal o julgamento da política legislativa de reconhecer a própria existência do OGMO e seu impacto sobre a economicidade das tarifas. Também não nos assiste a análise de sua suposta constitucionalidade fundada na proteção do trabalhador, ou de sua inconstitucionalidade, por afronta ao princípio da livre iniciativa e pela instituição de um possível privilégio não concedido a outros trabalhadores, gerando distorções profundas no sistema remuneratório do setor. Nessa centrada matéria, a preocupação com o bem comum e com a competitividade do custo-Brasil é de natureza político-legislativa.

21. À derradeira, embora não seja essencial para o deslinde da questão posta sob a apreciação deste Tribunal, anoto que a Medida Provisória nº 595/2012 regulou inteiramente a exploração das atividades portuárias, cujas mudanças essenciais foram bem sintetizadas pelo Ministro Relator:

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).

22. Como dito, não obstante a lateralidade da análise da MP nº 595 nestes autos, considero salutar a previsão de que as autorizações sejam precedidas de chamada e processo seletivo públicos. Anoto, ainda, que a ideia retora da norma está no estímulo à concorrência, o que já determina à Antaq a expedição de normas regulatórias do setor de forma a evitar atividades oligopolistas. Por outro lado, não posso deixar de manifestar minha preocupação pelo fato de não encontrar na MP nº 595/2012 disciplina alguma sobre investimentos de capital estrangeiro, mais ainda por considerar o setor de portos como de interesse nacional (art. 172 da CF), a envolver a própria temática da defesa nacional (inciso XIV do art. 5º da MP nº 595/2012). Interesse nacional e defesa nacional em risco dada a inexistência de normas de combate a práticas de associação oligopolista entre empresas privadas de exploração de porto e, por exemplo, armadores. Tudo sob a premissa de que nenhum operador portuário ou autorizatário poderá embaraçar o pleno atingimento das diretrizes de plena eficiência e eficácia do setor. Também noto possível ausência de vínculo funcional entre a política nacional de dragagem e a política nacional de portos (capacidade de expansão, efetividade do sistema, destinação econômica de recursos). Preocupações essas que legitimam a necessidade de estudos dos impactos da medida provisória no setor de portos, pelo que proporei determinação.

23. Como visto, não há na legislação de regência das autorizações concretamente analisadas nestes autos qualquer determinação sobre preponderância de movimentação de carga própria e outros conceitos que apenas detalhariam o cálculo da preponderância e a definição de carga própria (verticalização, cadeia econômica etc.). Pelo que, mesmo diante da alteração das normas para o setor com a edição da Medida Provisória 595/2012, entendo não ser o caso de prejuízo das solicitações apresentadas pelo representante, mas de sua improcedência.

24. Por estas razões, concordando no essencial com o judicioso Voto proferido pelo Ministro Raimundo Carreiro, manifestei-me inicialmente nesta data, na fase de votação, no sentido de sugerir pequena alteração na deliberação proposta por Sua Excelência: ao invés de considerar prejudicada a análise dos aspectos delineados nos subitens 9.1.2.1/9.1.2.4 da minuta de Acórdão apresentada pelo Relator, propus a exclusão integral desses subitens, bem como do subitem 9.1.2 que os encabeça, incluindo determinação à SefidTrans para que instaurasse processo e, no prazo de 30 (trinta) dias, ultimasse estudos sobre os impactos da medida provisória 595/2012 no setor portuário, contemplando, além das preocupações detalhadas em meu Voto, a possível ausência de vinculação funcional entre a política nacional de dragagem e a política nacional de portos.

25. Ao final da fase de votação, o Relator acolheu no essencial minha sugestão de determinação à SefidTrans, o que me levou a acompanhar o desfecho sugerido por Sua Excelência.

Sala das Sessões, em 6 de março de 2013.

AROLDO CEDRAZ
Relator

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 015.916/2009-0 [Apenso: TC 026.748/2010-0]

Natureza: Representação

Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - MT

Responsáveis: Fernando Antônio Brito Fialho. (Diretor-Geral da Antaq até 17/2/2012), Tiago Pereira Lima (Diretor-Geral da Antaq em exercício)

Interessados: Federação Nacional dos Portuários; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq; Secretaria Especial de Portos – SEP; Casa Civil da Presidência da República; Estado do Ceará; Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes; Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.; Itapoá Terminais Portuários S.A.; Terminal Portuário Cotegipe S.A.; Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

Advogado constituído nos autos:

Advogado do Estado do Ceará: Othávio Cardoso de Melo, OAB/CE 21.871-B;

Advogados da Federação Nacional dos Portuários: Evandro Catunda de C. Pinto, OAB/DF 10.759; Felipe Adjuto de Melo, OAB/DF 19.752 e outros.

Advogados da Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes: Flávio Bettega, OAB/PR 20.657, e outros.

Advogados da Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.: Egon Bockmann Moreira, OAB/PR 14.376, e outros.

Advogados da Itapoá Terminais Portuários S.A.: Fábio Viana Fernandes da Silveira, OAB/DF 20.757; Benjamin Gallotti Beserra, OAB/DF 13.568, e outros.

Advogados da Terminal Portuário Cotegipe S.A.: Cláudio Coelho de Souza Timm, OAB/DF 16.885, e outros.

Advogados da Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público: Juarez Freitas, OAB/RS 52.563, Alexandre Pasqualini, OAB/RS 17.315, e outros.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. TERMINAIS PORTUÁRIOS DE USO PRIVATIVO MISTO. ALEGAÇÃO DA AUTORA DA REPRESENTAÇÃO DE IRREGULARIDADES NAS OUTORGAS DAS AUTORIZAÇÕES EMITIDAS PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES E, POSTERIORMENTE, PELA ANTAQ, E AINDA DE OFENSA À LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA E RESPECTIVA REGULAMENTAÇÃO. CONHECIMENTO. LIMITES DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA A MATÉRIA. QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PORTUÁRIA. QUESTIONAMENTOS ACERCA DA SUA CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO SOBRE ESSA QUESTÃO. CONSTITUIÇÃO DE GRUPO DE TRABALHO. DETERMINAÇÃO PARA ANÁLISE DA CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇO DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGAS EM PORTOS COMO SERVIÇO PÚBLICO PREVISTO NO ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DETERMINAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ESTUDOS COMPARATIVOS ACERCA DOS CUSTOS DE MOVIMENTAÇÃO DE CARGA DE TERCEIROS EM PORTOS ORGANIZADOS E TERMINAIS DE USO PRIVADO.

DECLARAÇÃO DE VOTO

Em análise a representação formulada pela Federação Nacional dos Portuários para apuração de supostas irregularidades envolvendo os terminais privativos de uso misto (TUPM), definidos na Lei 8.630/1993, e a atuação da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq).

2. A minuta de acórdão trazida a este Plenário pelo eminente relator, Min. Raimundo Carreiro, propõe a improcedência da representação, conforme os fundamentos apresentados no voto condutor desta proposta, em discordância com a proposta de encaminhamento formulada pela então Sefid-1 em sua última manifestação nos autos.

3. Em relação às alegações apresentadas na representação, o nobre relator refutou-as uma a uma, conforme as conclusões sintetizadas a seguir:

3.1. Alegação: 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.

3.1.1. Conclusões: as autorizações da Portonave, Cotegipe, Itapoá e Embraport não contrariaram a Lei nº 8.630/1993 (Lei dos Portos) e a Lei nº 10.233/2001 (Lei de criação da Antaq) relativamente à movimentação de cargas, vigentes à época das autorizações, ambas silentes quanto à proporcionalidade entre as cargas próprias e as de terceiros. O ato de autorização da Embraport contrariou a Resolução/Antaq nº 517/2005 por prever a autorização para movimentação de contêineres, vedada por aquela norma. Contudo, essa questão foi considerada de menor relevância, em face dos entendimentos que prevaleciam à época dos fatos. Não houve descumprimento ao Decreto nº 6.620/2008, porquanto as mencionadas autorizações são anteriores à vigência desse regulamento.

3.2. Alegação: 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.

3.2.1. Conclusão: para o deslinde deste processo, a controvérsia envolvendo a constitucionalidade ou não das normas fundamentadoras das autorizações foi considerado que a matéria não é decisiva, ante o entendimento do relator no sentido de 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.

3.3. Alegação: 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.

3.3.1. Conclusão: o relator rejeita essa alegação com base em conclusão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que concluiu no sentido da inexistência da alegada concorrência assimétrica ao analisar a matéria no âmbito de suas competências. Considerou, ainda, salutar a concorrência entre os Terminais Públicos e os Privados, como forma de incrementar a eficiência do setor portuário.

3.4. Alegação: 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.

3.4.1. Conclusão: também com base nas conclusões do CADE, foi considerado que 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.

4. Em face dessas conclusões, e considerando, ainda, a recente Medida Provisória 595, de 6/12/2012, que introduz o novo marco regulatório da exploração dos portos, o eminente relator analisou a proposta de encaminhamento formulada pela então Sefid-1 nos autos. Para melhor contextualização da matéria, transcrevo abaixo essa proposta da unidade técnica especializada:

“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.”

5. Ante o novo marco regulatório introduzido pela MP 595/2012, o relator considerou prejudicados, à exceção do item “a” da proposta de encaminhamento da unidade técnica, todos os demais itens dessa proposta.

5.1. Em relação ao item “b” da mencionada proposta, foi apontado que “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.”

5.2. No tocante aos demais itens da proposta, foi considerado que “A MP 595/2012 revogou a Lei 8.630/1993 e 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.”

6. O revisor, eminente Ministro Aroldo Cedraz, por sua vez, apresentou voto no qual, em essência acolhe a proposta de mérito formulada pelo relator.

- II -

7. Inicialmente, louvo os votos apresentados pelo Relator, eminente Ministro Raimundo Carreiro, e pelo Revisor, eminente Ministro Aroldo Cedraz. Entendo que esses votos estão à altura da questão que está sendo tratada neste Tribunal. Reputo que essa questão da reestruturação do sistema portuário brasileiro é uma das mais importantes já enfrentadas por esta Corte de Contas.

8. Lamento divergir, entretanto, das propostas que estão sendo apresentadas. Fundamento essa divergência nas considerações que faço a seguir.

9. Temos um conjunto de terminais portuários que receberam autorização para funcionar sem passar, no meu entender, pelo necessário procedimento licitatório. Contudo, verifico que, quando o Estado transfere rodovias ao setor privado, ele o faz por meio de licitação; quando transfere ferrovias, também o faz por meio de licitação. Recentemente, no plano de transferência de aeroportos para o setor privado, também foi previsto o procedimento licitatório. No caso de geração e transmissão de energia elétrica, em regra a transferência para o setor privado também se faz por meio de licitação.

10. Questiono, portanto, por que o setor portuário deveria ter tratamento diferenciado em relação a esses outros serviços, uma vez que o mencionado setor é também essencial para o desenvolvimento do Estado brasileiro?

11. Há que ser observado que a Medida Provisória 595/2012 cria para portos semelhantes regimes jurídicos díspares. Um terminal de uso privado (TUP), conforme consta da medida provisória, pode ser da mesma dimensão e prestar os mesmos serviços que um porto organizado; mais ainda, pode estar ao lado do porto organizado, porque a tendência é se aproveitar os canais e as dragagens que o governo faz para os portos organizados, conforme previsto na mencionada medida provisória.

12. Ocorre que o porto organizado estará sob o regime público, havendo uma série de normas e obrigações de ordem pública a que os concessionários devem obediência, incorrendo nos custos inerentes a essas obrigações. Por outro lado, os terminais de uso privado, em princípio autorizados sem licitação, estão livres dessas obrigações e dos custos associados ao regime público, a exemplo de obrigação de contratação de mão de obra por meio do órgão gestor de mão de obra (OGMO) e submissão a regime de tarifa regulada.

13. Concordo que isso poderia estimular a concorrência entre os portos. Mas a questão é: e se a diferença de custo entre esses dois regimes de portos for muito grande? Essa questão decorre do fato de não existir estudos acerca da diferença dos custos incorridos por portos geridos sob ambos os regimes. Assim, em vez de estimular a competição, estaríamos a estimular a extinção dos portos públicos. Isso porque se, com o tempo, for demonstrado que os custos dos TUPs são muito menores que os do porto organizado, haverá inexoravelmente a migração da clientela do porto público para o porto privado, uma vez que, conforme já mencionado, esses portos muitas vezes estarão localizados lado a lado.

14. Essa é uma questão que eu gostaria de ver esclarecida, uma vez que pode acontecer, conforme apontado na representação, a concorrência assimétrica entre esses dois regimes de portos. Penso ser conveniente que se identifique qual a diferença de custos na administração e operação de portos nos dois regimes, público e privado. Mais especificamente, considerando dois portos semelhantes, com a

mesma produtividade e eficiência, um em cada regime, qual seria a diferença de custo entre eles? Se a diferença for significativa, poderá estar havendo, sim, concorrência assimétrica, como alega o representante.

15. Outra questão que trago a esse Plenário é de ordem jurídica. Ora, os serviços portuários têm sido tratados até então no Brasil como serviços públicos. Com efeito, temos a constituição de diversos portos sob o regime público, a exemplo dos portos de Rio Grande, de Santos, de Itaquí, de Itajaí, etc. Em todos esses portos, seus serviços são tratados como serviços públicos, ou seja, para operar esses portos foi necessário que seus operadores passassem por um processo licitatório e, em decorrência, receber a concessão, por parte do Estado, da exploração do serviço portuário. A partir daí, devem cumprir as obrigações que o Estado lhes impõe. Isso tudo está de pleno acordo com os arts. 175 e 21, inciso XII, letra “f”, da Constituição Federal. A Constituição Federal estabelece no seu art. 175 que os serviços públicos devem ser concedidos “sempre” mediante licitação. Sempre, significa que não deveria haver exceções, ou pelo menos que as exceções deveriam ser raras e justificáveis. Além disso, no seu art. 21, inciso XII, alínea “f”, estão definidos como serviços públicos “*os portos marítimos, fluviais e lacustres*”. A conclusão imediata, portanto, é de que a concessão de portos deve ser necessariamente licitada porque são serviços públicos.

16. Ocorre que, de repente, instaura-se esse entendimento, como sustenta o nobre Relator, a partir da MP 595/2012, de que esse serviço já não é mais público, ou seja, que possibilita a instalação, ao lado de portos públicos, de terminais sob o regime privado concedidos a terceiros sem procedimento licitatório. Por mais que se diga que o marco regulatório anterior à MP 595/2012 foi revogado, não creio que se possa defender que a Constituição Federal, nos artigos mencionados, foi revogada.

17. No mesmo inciso XII há outras cinco alíneas, colocando sob a tutela pública os serviços de infraestrutura aeroportuária, navegação aérea, transporte ferroviário e aquaviário, etc. Não são mais públicos esses serviços? Na alínea “e” do inciso XII, por exemplo, consta “*os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros*”. O Tribunal, nos últimos anos, travou uma grande batalha no sentido de definir que esses serviços são públicos e que devem ser licitados. Questiono-me, então, se for editada uma medida provisória que passe a definir esses serviços como de natureza privada, de maneira a ser transferido ao setor privado mediante autorização e sem licitação, seria essa medida provisória constitucional? Tenho dúvidas. Elaborando um pouco mais a questão, se uma medida provisória definisse, como fez a MP 595/2012 em relação aos portos, que metade das linhas rodoviárias interestaduais e internacionais de transporte de passageiros seria licitada e a outra metade seria autorizada sem licitação, criando uma concorrência assimétrica entre os dois modelos de outorga, essa medida provisória estaria de acordo com a Constituição? Seria ela constitucional? Mais uma vez, tenho dúvidas.

18. Entendo que a Constituição não detalha em que situações os serviços constantes do art. 21, inciso XII, serão concedidos ao terceiro por meio de concessão, permissão ou autorização, cabendo então à lei definir tais formas de outorga. Considero, entretanto, que as normas legais devem obedecer a certos limites impostos pela própria Constituição, sob pena de desnaturar-lhe a vontade. Nesse sentido, penso não ser qualquer serviço e em qualquer circunstância que a lei poderá transferir para o setor privado sem o devido processo licitatório.

19. Então, em relação a essa dúvida acerca da constitucionalidade da MP 595/2012, no tocante aos terminais portuários de uso privado, apesar de tratar-se de questão absolutamente relevante, não me parece que se tenha feito sobre ela uma análise aprofundada, necessária ao proferimento de uma decisão devidamente fundamentada no presente caso. Penso então que o Tribunal deveria estudar melhor a questão da constitucionalidade da transferência dos TUPs ao setor privado sem licitação.

20. Pela relevância da questão, ela certamente será discutida no âmbito do Poder Legislativo, pois há notícias de grande número de emendas à MP 595/2012 a serem analisadas por aquele poder no processo legislativo acerca da mencionada medida provisória. É possível ainda que essa questão venha a ser judicializada e tratada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Por esses motivos, não vejo razão para que o Tribunal venha decidir hoje sobre a constitucionalidade da transferência dos TUPs ao setor privado sem licitação, sem que exista um estudo aprofundado acerca da constitucionalidade dessa forma de outorga.

21. Ademais, o art. 50 da MP 595/2012 estabelece que os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados ao disposto na medida provisória, a qual autoriza a constituição desses TUPs sem licitação. Ou seja, adaptar significa autorizar a continuidade desses terminais privativos, questionados nesta representação, indefinidamente, sem ter havido licitação.

22. Entendo que o Tribunal tem em seus quadros constitucionalistas de alto nível, tanto entre os senhores Ministros quanto entre os servidores da Casa. Dessa forma, penso que o Tribunal poderia constituir um grupo de trabalho, envolvendo esses profissionais, a fim de dirimir essa relevante questão acerca da constitucionalidade da MP 595/2012, no que se refere à regulação dos Terminais de Uso Privado.

23. Por certo, a modernização dos portos é uma necessidade premente para o desenvolvimento do país, sendo que essa modernização passa necessariamente por um processo de competitividade entre os regimes de exploração adotados. Mas considero que não é essa a questão que se discute nestes autos. Não imagino que esse processo de modernização tenha de ser feito ao custo até mesmo da inobservância dos ditames da nossa Constituição. Para não incorrer nesse risco, considero que o Tribunal deve esperar a evolução dos estudos sobre a MP 595/2012 tanto no âmbito do Poder Legislativo quanto, se for o caso, no Poder Judiciário. Enquanto isso, penso que o Tribunal poderia aprofundar seus estudos sobre a questão.

24. Feitas essas considerações, apresento a esse colegiado as seguintes propostas:

24.1. Primeiro, que o Tribunal não decida, neste momento, sobre o mérito desta representação.

24.2. Segundo, que se determine à Segecex que constitua um grupo de trabalho para promover um estudo, com a urgência que o caso requer, visando enquadrar, ou não, os serviços portuários nos terminais de uso privado, previstos na MP 595/2012, como sendo serviço público previsto nos arts. 175 e 21, XII, letra “F”, da CF/88.

24.3. E, terceiro, que se determine à Segecex que faça um estudo sobre a diferença de custo entre um porto organizado sob regime público e um TUP sob regime privado. Nesse estudo deve ser comparado o custo de dois portos semelhantes, um em cada regime, com a mesma eficiência e com a mesma produtividade.

Ante o exposto, essa é a proposta que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 6 de março de 2013.

Augusto Sherman Cavalcanti

ACÓRDÃO Nº 402/2013 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 015.916/2009-0.
 - 1.1. Apenso: 026.748/2010-0
2. Grupo II – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Responsáveis/Interessados:
 - 3.1. Responsáveis: Fernando Antônio Brito Fialho. (Diretor-Geral da Antaq até 17/2/2012), Tiago Pereira Lima (Diretor-Geral da Antaq em exercício).
 - 3.2. Interessados: Federação Nacional dos Portuários; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq; Secretaria Especial de Portos – SEP; Casa Civil da Presidência da República; Estado do Ceará; Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes; Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.; Itapoá Terminais Portuários S.A.; Terminal Portuário Cotegipe S.A.; Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.
4. Entidade: Agência Nacional de Transportes Aquaviários - MT.
5. Relator: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico.
7. Unidade Técnica: Sec. de Fiscal. de Desest. e Regulação 1 (SEFID-1).
8. Advogados constituídos nos autos: Advogado do Estado do Ceará: Othávio Cardoso de Melo, OAB/CE 21.871-B; Advogados da Federação Nacional dos Portuários: Evandro Catunda de C. Pinto, OAB/DF 10.759; Felipe Adjuto de Melo, OAB/DF 19.752 e outros; Advogados da Portonave S. A. – Terminais Portuários de Navegantes: Flávio Bettega, OAB/PR 20.657, e outros ; Advogados da Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários S.A.: Egon Bockmann Moreira, OAB/PR 14.376, e outros; Advogados da Itapoá Terminais Portuários S.A.: Fábio Viana Fernandes da Silveira, OAB/DF 20.757; Benjamin Gallotti Beserra, OAB/DF 13.568, e outros; Advogados da Terminal Portuário Cotegipe S.A.: Cláudio Coelho de Souza Timm, OAB/DF 16.885, e outros; Advogados da Abratec – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público: Juarez Freitas, OAB/RS 52.563, Alexandre Pasqualini, OAB/RS 17.315, e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes 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).

ACORDAM Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, em:

9.1. com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente representação para, no mérito:

9.1.1. considerar improcedente o pedido do autor da Representação no sentido de requerer a apuração de eventuais irregularidades, suas repercussões cíveis, penais e disciplinares, bem como seus responsáveis, inclusive, se fosse o caso, oficiar à Procuradoria-Geral da República;

9.1.2. considerar prejudicados os demais pedidos formulados pelo autor da Representação, por perda de objeto :

9.1.2.1. suspensão do funcionamento dos terminais de uso misto que não comprovem a preponderância de movimentação de carga própria;

9.1.2.2. promoção da adequação das autorizações já expedidas aos termos legais;

9.1.2.3. explicitação do 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;

9.1.2.4. exigência 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;

9.2 determinar a SefidTrans que autue processo e, no prazo de trinta dias após a promulgação/sanção da MP 595/2012, ultime estudos sobre os impactos no setor portuário e nos serviços de dragagem;

9.3 encaminhar ao Procurador da República no Estado da Bahia, José Alfredo de Paula Silva, como também aos demais interessados, cópia deste Acórdão e do Relatório e Voto que o fundamentam;

9.4. arquivar o presente processo.

10. Ata nº 7/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 6/3/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0402-07/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Aroldo Cedraz (Revisor), Raimundo Carreiro (Relator), José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto com voto vencido: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

AUGUSTO NARDES

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

LUCAS ROCHA FURTADO

Procurador-Geral