

Decreto dos Portos sob análise do TCU

Autor(a): Rafael Wallbach Schwind

Publicado em: 18 de janeiro de 2018

Publicação: jota_import

Link JurisTube:

<https://juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu>

Fonte original: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu>

Identificador citável:

juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu#ep-027b3d9d

Resumo

Tribunal mantém tramitação dos processos de adaptação dos arrendamentos portuários

Texto integral

No dia 8 de janeiro, o Ministro Bruno Dantas, do TCU, rejeitou a proposta de suspensão dos processos administrativos de adaptação dos contratos de arrendamento de terminais portuários à nova Lei dos Portos (Lei 12.815, de 2013), que tramitam na Secretaria Nacional de Portos. A decisão, portanto, mantém a tramitação de requerimentos apresentados pelos terminais interessados nessa adaptação. A adaptação dos contratos de arrendamento portuário à nova Lei dos Portos foi prevista no Decreto 9.048, de 10 de maio de 2017. Além de prever a possibilidade de adaptação dos contratos à nova Lei, o Decreto estabeleceu um prazo impróprio de 180 (cento e oitenta) dias para que os titulares de arrendamentos portuários cujos contratos foram firmados na vigência da lei anterior (Lei de Modernização dos Portos – Lei 8.630, de 1993) manifestassem seu interesse na adaptação de tais contratos ao novo marco regulatório do setor. Desde então, 114 (cento e quatorze) diferentes terminais manifestaram tal interesse, de acordo com notícias divulgadas há poucos dias pela imprensa. Em síntese, a proposta (rejeitada) de cautelar apontou que três inovações do Decreto seriam ilegais: (1) a possibilidade de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário por sucessivas vezes até o limite de 70 (setenta) anos; (2) a previsão que autoriza os titulares de terminais arrendados a realizar investimentos fora da área arrendada; e (3) a regra que permite a substituição da área arrendada por outra em determinadas situações. De acordo com a instrução, essas três inovações do Decreto não encontrariam previsão legal que lhes desse fundamento. As demais previsões do Decreto não foram questionadas. Apesar dos termos da instrução, o Ministro Bruno Dantas rejeitou a proposta. Sem ingressar no mérito da discussão, o que é próprio da fase em que o processo se encontra, e ainda determinando que se faça uma instrução complementar – para se levar em conta as manifestações apresentadas pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e pela Casa Civil da Presidência da República –, a decisão entendeu que não estava presente o requisito do periculum in mora. Isso porque o Ministério e a Casa Civil teriam afirmado o compromisso de não firmarem nenhum aditivo antes do pronunciamento do TCU a respeito do tema. As questões em análise são de extrema relevância para o setor portuário. Grandes investimentos aguardam o pronunciamento final do TCU. Mais de uma centena de terminais são diretamente interessados na definição do assunto. Parece-nos que a compreensão dos três pontos questionados pela instrução tem um pano de fundo, que reside na

discussão sobre os limites da mutabilidade dos contratos administrativos – e, mais especificamente, dos contratos de arrendamento de terminais portuários. Uma das características essenciais de todo contrato administrativo é a sua mutabilidade. Tais avenças admitem modificações unilaterais pela Administração Pública, desde que observada a equação econômico-financeira. Quando o Estado delega a um particular a prestação de um serviço, a mutabilidade adquire especial relevância. Isso porque a indisponibilidade da satisfação dos interesses relacionados ao serviço delegado leva à conclusão de que existe um dever por parte do Estado de adaptar as soluções segundo a variação das circunstâncias. O serviço prestado pelo particular deve ser adequado. Isso envolve, dentre outros fatores, a incorporação de inovações – inclusive tecnológicas – à medida que as técnicas evoluam. A mutabilidade, portanto, está intimamente relacionada ao dever de atualidade dos serviços delegados pelo Estado à iniciativa privada. Para além de ser um dever, a manutenção das condições adequadas impõe que haja alterações nas condições inicialmente estabelecidas na licitação que antecedeu o contrato. É verdade que as contratações administrativas no Brasil, em regra, são sujeitas a prévia licitação. Com os contratos de arrendamento portuário, não é diferente. Contudo, o simples fato de se realizar uma licitação não significa que deverá haver uma identidade absoluta entre as condições previstas no certame e a contratação ao longo de todo o prazo pela qual se estende. Eventual interpretação de que a existência de uma licitação prévia significaria o total impedimento a que houvesse alterações contratuais supervenientes seria contrária ao próprio ordenamento jurídico, que admite expressamente a ocorrência de modificações nos contratos administrativos. Para as contratações mais simples e de prestações instantâneas, a Lei 8.666 adota uma solução simplificada, baseada em um parâmetro numérico: admitem-se alterações até o limite de 25% do valor original do contrato. No entanto, as contratações mais complexas – nas quais se inserem os arrendamentos portuários – não comportam um tratamento tão simplificado. As soluções são diversas e mais complexas. Envolvem todas as dimensões de encargos e vantagens. Isso ocorre porque, com a outorga de um serviço por longos períodos, há a perspectiva de modificações e evoluções que não podem ser antevistas. É absolutamente impossível prever todos os deveres de um arrendatário de terminal portuário, de modo exaustivo, diante da dinamicidade das circunstâncias em que são prestados os serviços. Portanto, seria despropositado afirmar que as condições originalmente pactuadas para um arrendamento portuário deveriam ficar cristalizadas ao longo dos anos. Muitas vezes, é preciso intensificar o ritmo de investimentos para que o serviço prestado pelo terminal simplesmente permaneça atualizado às necessidades dos usuários. Comumente, essas alterações passam pela ampliação da infraestrutura dos terminais e pela melhoria das condições de acesso (fora da área arrendada, portanto), de modo a possibilitar a prestação de um serviço adequado. Um exemplo permite bem compreender a questão. Conforme se verifica nos estudos prévios às licitações de terminais portuários ocorridos em meados da década de 1990, boa parte dos navios que aportavam nesses terminais tinham 180 (cento e oitenta) metros de comprimento. Atualmente, por questões de ganhos de escala dos armadores portuários, já são utilizados nas mesmas linhas navios com o dobro do comprimento, e de maior largura e calado. Isso fez com que as dimensões originais dos arrendamentos ficassem defasadas. Foi necessário ampliar esses terminais, melhorar os canais de acesso e bacias de evolução, e intensificar o ritmo dos investimentos, apenas para manter condições adequadas e atualizadas às necessidades dos usuários. E, como se não bastasse, há no setor portuário uma característica adicional, que o peculiariza frente a diversos outros setores regulados. Trata-se do fato de que os terminais portuários brasileiros se inserem em um contexto internacional. O Brasil é apenas um dos vários destinos das rotas marítimas internacionais. Os navios que passam pelos portos brasileiros são os

mesmos que trafegam por portos de uma infinidade de países. Nesse contexto, não há alternativa senão a adaptação dos terminais portuários às necessidades internacionais. A não adoção de medidas com esse propósito seria desastrosa à própria economia brasileira. Feitas essas considerações, é possível tratar dos três pontos indicados pela instrução do TCU. O primeiro deles questiona a legalidade da previsão regulamentar de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário até o limite de 70 (setenta) anos. No entanto, não há nenhuma ilegalidade nesse dispositivo. A Lei 8.630 é que previa o prazo máximo de 50 (cinquenta) anos – art. 4º, § 4º, inc. XI. A Medida Provisória 595 chegou a estabelecer a mesma limitação temporal, mas o dispositivo foi vetado quando se definiu a redação final da Lei 12.815. Logo, no plano legal, não existe mais nenhuma limitação de prazo máximo para os arrendamentos portuários – aliás, nem mesmo na Lei de Concessões (Lei 8.987) há qualquer limitação. Sendo assim, ao estabelecer a possibilidade de sucessivas prorrogações até o limite de 70 (setenta) anos, o Decreto 9.048 não viola nenhum dispositivo legal. É verdade que os contratos de arrendamento a serem adaptados foram firmados quando ainda vigorava a limitação legal de 50 (cinquenta) anos. No entanto, a Lei 8.630 foi revogada. Evidentemente, não se pode interpretar a lei nova à luz da legislação anterior. Na verdade, é justamente o contrário. A Lei 12.815 estabeleceu um marco regulatório totalmente novo para o setor portuário. As alterações promovidas são marcantes. Uma das principais diz respeito à possibilidade de os terminais privados movimentarem livremente cargas de terceiros, em aberta concorrência com os arrendados. Diante disso, a possibilidade de extensão do prazo contratual dos arrendamentos portuários até 70 (setenta) anos passou a ser um elemento de grande importância. Com isso, há um prazo maior para a amortização de investimentos, o que é imprescindível na concorrência com terminais privados cujas autorizações podem ser prorrogadas indefinidamente, sem qualquer limitação temporal. O segundo ponto de questionamento diz respeito à possibilidade de os arrendatários de terminais portuários fazerem investimentos fora da área arrendada. Apontou-se tal possibilidade poderia fazer com que os arrendatários deixassem de se dedicar às suas atividades para executar prestações que, na realidade, devem ser adotadas pelo poder público, mediante contratações precedidas de licitação. No entanto, a previsão do Decreto é extremamente salutar. Por vezes, os terminais portuários apresentam as condições necessárias para o correto atendimento dos usuários. Todavia, o atendimento não é possível (ou não é eficiente) devido a fatores externos – tais como dificuldades de acesso ao terminal (por problemas de dragagem, de limitações de dimensão nos canais de acesso, entre outras). Para resolver esse problema, o Decreto 9.048 apenas estabeleceu uma alternativa a mais. O poder público continua responsável pelos investimentos na infraestrutura comum do porto. No entanto, em determinadas situações, desde que haja anuência da administração do porto, o titular de um terminal arrendado poderá ser autorizado a fazer certos investimentos. Como se vê, tal medida não traz prejuízos a quem quer que seja. Em certos casos, certamente será o modo mais ágil e eficiente de resolver problemas pontuais. O titular do terminal terá direito à recomposição da equação econômico-financeira do contrato, mas isso não significa qualquer ausência de controle. É evidente que haverá verificação dos valores e da pertinência dos investimentos realizados. Tampouco há conflito com as atividades “naturais” do arrendatário. Pelo contrário, os investimentos na infraestrutura do porto são imprescindíveis para que o arrendatário possa desenvolver suas atividades. O terceiro ponto questionado trata da possibilidade de substituição da área arrendada por outra. Apontou-se que a previsão não encontraria previsão legal expressa e desnaturaria os contratos. Mas não nos parece assim. A substituição da área de um terminal por outra, de acordo com o Decreto 9.048, somente poderá ocorrer se a medida trazer ganhos operacionais ou houver empecilho superveniente ao uso da área

original. Portanto, a alteração da área destina-se a resolver problemas concretos, relacionados à prestação de um serviço mais atualizado às necessidades dos usuários. Pode inclusive ser uma alternativa à própria extinção do contrato – que resultaria na aplicação de recursos públicos para a indenização do particular. Evidentemente, os motivos que justificam a alteração da área deverão estar devidamente caracterizados no caso concreto. É verdade que a possibilidade não está expressamente prevista na Lei 12.815, mas um regulamento não pode simplesmente repetir a lei. O fato é que a Lei não veda tal possibilidade. Mais do que isso, a medida não ofende nenhum preceito da Lei. Pelo contrário: parece plenamente compatível com a nova Lei dos Portos ao permitir maior maleabilidade e eficiência na gestão portuária. Ademais, a alteração da área não representa a concessão de um benefício indevido e que descaracterize o contrato. Isso porque o Decreto impõe que haja todo um procedimento prévio, inclusive mediante consulta pública e análise dos aspectos concorrenciais. E prevê que haja a recomposição do equilíbrio contratual. Ainda cabe aqui fazer uma observação final atinente aos três pontos sob discussão. Os aditivos de adaptação dos contratos de arrendamento não promoverão, por si sós, nenhuma prorrogação de prazo, alteração de área ou autorização de investimentos específicos fora das áreas arrendadas. Tais aditivos, caso venham mesmo a ser celebrados, apenas incorporarão aos contratos essas três possibilidades. Se e quando elas forem concretamente ocorrer, deverá haver toda a fundamentação que demonstre o seu cabimento e a sua vantajosidade em cada situação específica. Por todos esses fatores, entendemos que as inovações criadas pelo Decreto 9.048 devem ser reconhecidas como válidas e salutares.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

SCHWIND, Rafael Wallbach. Decreto dos Portos sob análise do TCU. *jota_import*, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/rafael-wallbach-schwind/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu>. Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Schwind, R. W. (2018, January 18). Decreto dos Portos sob análise do TCU. **jota_import**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

SCHWIND, Rafael Wallbach. 2018. "Decreto dos Portos sob análise do TCU." **jota_import**, January 18. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu>

BibTeX

```
@article{rafael-wallbach-schwind-decreto-dos-portos-sob-an-lise-do-tcu-2018,  
author = {Schwind, Rafael Wallbach},  
title = {Decreto dos Portos sob análise do TCU},  
journal = {jota_import},  
year = {2018},  
url =  
{https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decreto-dos-portos-sob-analise-do-tcu},  
urldate = {2018-01-18}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilhaIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>