

GRUPO II – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 032.951/2014-0

Natureza: Denúncia.

Unidades: Secretaria dos Portos da Presidência da República – SEP/PR e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq.

Denunciante: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).

Rrepresentação legal: Rodrigo Molina Resende Silva (OAB/DF 28.438), Thiago Groszewicz Brito (OAB/DF 31.762), Valéria Bittar Elber (OAB/DF 35.733), Marçal Justen Filho (OAB/PR 7.468), Cesar Augusto Guimarães Pereira (OAB/PR 18.662), Maria Augusta Rost (OAB/DF 37.017), Ricardo Barreto de Andrade (OAB/DF 32.136) e outros.

SUMÁRIO: DENÚNCIA. PROCESSO CONSTITUÍDO EM CUMPRIMENTO AO ACÓRDÃO 3.159/2014–PLENÁRIO. PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO, COM EXPANSÃO DE ÁREA. INVIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICA E OPERACIONAL DE LICITAÇÃO DA ÁREA PLEITEADA PARA EXPANSÃO DO ARRENDAMENTO JÁ EXISTENTE. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. CONHECIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

RELATÓRIO

Transcrevo como parte do relatório a íntegra da instrução elaborada na Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária – SeinfraHidroferrovia:

“Trata-se de processo constituído em cumprimento ao item 9.4 do Acórdão 3.159/2014-TCU-Plenário (TC 021.121/2013-3), deliberação esta sobre denúncia de supostas irregularidades cometidas pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (Appa) – empresa pública do Estado do Paraná – em benefício da empresa Terminal de Contêiner de Paranaguá S.A. (TCP), arrendatária que opera a movimentação de contêineres e veículos automotivos no Porto de Paranaguá.

2. O escopo dos presentes autos consiste, em suma, na apuração da regularidade da prorrogação de prazo antecipada, por 25 anos, do Contrato 20/1998, a qual conferirá ao TCP a exploração de área contígua ao terminal portuário por si explorado. A principal questão que circunda as discussões entre os interessados no processo refere-se à alegada inviabilidade de licitação como justificativa para a expansão pretendida pela empresa, legalmente exigível em decorrência do disposto no art. 6, § 6º, da Lei 12.815/2013 c/c art. 24, *caput*, do Decreto 8.033/2013.

3. Importante salientar que o denunciante pleiteou, em duas oportunidades (peças 1 e 25), a adoção de medida cautelar por este Tribunal para que o processo administrativo que analisa a prorrogação antecipada do Contrato 20/1998 fosse liminarmente suspenso. O primeiro pedido não prosperou (peças 12), mas o segundo foi deferido (peça 46), permanecendo a necessidade de examinar as questões que o embasaram e que se encontram pendentes de análise de mérito, conforme a seguir detalhado.

INTRODUÇÃO

4. Esta instrução visa analisar, no mérito, o objeto dos presentes autos a partir do exame de extensa documentação protocolada pelos interessados – denunciante e TCP –, bem como das respostas às oitivas encaminhadas pela Appa (peça 81), pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) (peça

80) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) (peça 78) em atendimento ao Despacho do Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, de 20/1/2015 (peça 46). Essa decisão monocrática concedeu medida cautelar para que o Poder Concedente não desse continuidade ao processo de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998, firmado entre a Appa e a empresa TCP – que prevê o adensamento de área contígua, conforme Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica, Financeira e Ambiental (EVTEA) aprovados pela Resolução-Antaq 3.677/2014 –, até que este Tribunal se manifeste conclusivamente sobre a matéria (peça 46, p. 4).

5. Tendo como diretriz a análise acerca das questões relacionadas à liminar adotada, passa-se à descrição do histórico destes autos, visando ao entendimento das discussões que serão, na sequência, colocadas sob exame técnico.

HISTÓRICO

6. A origem deste processo tem como partida a juntada, pelo presente denunciante, de documento ao TC 021.121/2013-3, pouco antes de sua análise de mérito. Naquela ocasião, a parte noticiou novas irregularidades e formulou mais um pedido de cautelar nos autos, resumidamente explicitadas pelo Ministro Relator Marcos Bemquerer no Voto que acompanha o Acórdão 3.159/2014-TCU-Plenário:

'40. As novas ocorrências dizem respeito à proposta apresentada pelo TCP à APPA, fundada em estudo de viabilidade técnica e econômica - EVTE elaborado por aquele Terminal, para realização de novos investimentos, mediante renovação antecipada do contrato 20/1998.

41. Segundo aquele estudo, seriam feitos investimentos no alargamento do 3º berço, já inaugurado, e em aterro das áreas molhadas, compactação e pavimentação da área do sul do cais do berço 217 e construção de novo berço de 214,70m (berço 218).

42. Ao estudar o caso, a Antaq solicitou à APPA estudos que comprovassem a viabilidade ou não de licitação. Nos termos da denúncia, a APPA teria concluído pela inviabilidade de licitação, sob o argumento de que, por ser o berço 217 (objeto do 6º termo aditivo ao contrato 20/1998, ora em análise) de utilização preferencial do TCP, o compartilhamento de sua utilização seria impossível, o que levaria a nova inviabilidade de licitação.

43. Aduziu o denunciante que, nestes autos, há afirmações de que o berço 217 é de uso público e, assim, seria viável a instalação de um novo terminal, uma vez que ambos poderiam operar de forma alternada naquelas instalações. Dessa forma, raciocinar de modo diverso seria reconhecer que o uso daquele berço seria exclusivo, o que tornaria ilegal o 6º termo aditivo ao contrato 20/1998.

44. O autor concluiu sua nova manifestação com a afirmação de que está ocorrendo fracionamento do objeto de possível licitação no Porto de Paranaguá, por meio de pedido e obtenção de áreas públicas pelo TCP, pedaço a pedaço, sem o devido procedimento licitatório.

45. Por tais motivos, solicitou a concessão de nova medida cautelar para suspensão do feito administrativo que analisa o pedido de prorrogação antecipada do contrato 20/1998 e, no mérito, sua anulação.'

7. À época em que foi prolatada a referida deliberação, o Ministro Relator concluiu que os fatos narrados naquele momento versavam sobre nova denúncia, a ser examinada em processo específico – no caso, este TC 032.951/2014-0 –, de modo que o correspondente documento foi acostado a estes autos como peça inicial (peça 1).

8. Também naquela oportunidade, a TCP já havia anexado expediente (10/11/2014) em que discorria sobre os novos pontos levantados pelo denunciante, aqui disponível à peça 2. Em rápida síntese, a arrendatária reitera o uso público e a sua não exclusividade sobre o berço 217, acrescentando, ao mesmo tempo, que outros elementos técnicos relatados no estudo da Appa interferem e são representativos para a conclusão pela inviabilidade de licitação da área de expansão (peça 2, p. 7-8). Defende também que o processo administrativo de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998 não possui relação com as alegações do denunciante referentes ao 6º Termo Aditivo (2008), cuja obra nele prevista já se encontra executada e em operação (peça 2, p. 9).

9. Em 8/12/2014, o TCP, por meio de seus representantes legais, novamente se manifestou nos autos, desta vez acerca dos pontos que considerou como principais na denúncia, ressaltando que a sua apresentação de defesa completa dar-se-ia em momento adequado (peça 11). Basicamente, esse documento discorre, além dos acontecimentos que ensejaram a celebração do 6º Termo Aditivo ao Contrato 20/1998, sobre questões já discutidas anteriormente pela arrendatária em expediente por ela apresentado (peça 2). Foram relacionados, também, aspectos ambientais diversos que deporiam contra a instalação de um terminal independente (peça 11, p. 20-22).

10. Em substituição à Exma. Ministra Ana Arraes, o Ministro Relator Marcos Bemquerer indeferiu, em Despacho de 9/12/2014, a liminar pleiteada (peça 12). Argumentou, naquela ocasião, que não vislumbrava a fumaça do bom direito nos argumentos iniciais do denunciante e solicitou que a Unidade Técnica analisasse a última manifestação da TCP trazida, à época, aos autos (peça 11), a qual versa sobre o estudo realizado pela Appa que concluiu pela inviabilidade de licitação da área objeto de contenda neste processo.

11. Após a decisão que negou o seu pleito, o denunciante interpôs nova petição com o objetivo de demonstrar os atos ilegais relacionados ao pedido de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998 (peça 25). Essencialmente, por meio do referido expediente, além de relatar os acontecimentos que ensejaram a assinatura do 6º Termo Aditivo àquele ajuste, arguiu a respeito das premissas adotadas pela Appa em seu estudo que concluiu pela impossibilidade de realização do certame (peça 25, p. 20-26), bem como daquelas consideradas nos EVTEAs (original e revisão) apresentados pelo TCP em seu pedido de prorrogação antecipada (peça 25, p. 26- 35). Ao final, apresentou estudo de viabilidade próprio, com o objetivo de demonstrar o cabimento da licitação ao caso, e requereu a adoção de medida cautelar para impedir o andamento do processo de prorrogação antecipada do TCP (peça 25, p. 38-46 e peça 30).

12. Em 9/1/2015, esta SeinfraHidroferrovias entendeu pela pertinência do pedido de cautela do denunciante (peça 35) e, em 15/1/2015, a arrendatária, por meio de seus representantes legais, protocolou nova manifestação (peças 37-43) acerca da referida instrução técnica e da petição em que se baseou para fundamentar a proposta de encaminhamento (peça 25). No documento, o TCP informou que o estudo de viabilidade de novo terminal (peça 30) seria plágio de um EVTEA elaborado pela Appa em outubro de 2014 para obras de dragagem no Porto de Paranaguá, sobre o qual foram realizadas alterações pontuais, e contestou uma série de dados e conclusões nele contidos (peça 37, p. 3-6; p. 13-23). Requereu que a cautelar não fosse acatada e que o denunciante tivesse sua má-fé reconhecida (peça 37, p. 8).

13. Em 20/1/2015, o Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, em substituição à Ministra Relatora Ana Arraes, acompanhou as conclusões da Unidade Técnica expostas à peça 35, admitindo a presença dos pressupostos necessários à concessão da medida cautelar (peça 46). Assim, determinou à SEP/PR que se abstinhasse de assinar o aditivo ao Contrato 20/1998 até que o Tribunal se manifestasse conclusivamente sobre o mérito da matéria.

14. Inconformado com a decisão, o TCP interpôs Agravo (peça 57), cujo conteúdo defende o EVTEA elaborado pela empresa e submetido ao processo de prorrogação antecipada, assim como desqualificou novamente os estudos apresentados pelo denunciante, ao questionar informações e números nele presentes, resumidamente acerca dos seguintes aspectos – a maioria já apontada em manifestações anteriores (peça 57, p. 7-21): i) ausência de modicidade tarifária no estudo do denunciante; ii) erros na metodologia de cálculo das receitas e custos; iii) projeções de demanda e capacidade; iv) falhas na definição da viabilidade econômico-financeira; v) premissas operacionais equivocadas; vi) inconsistências ambientais; vii) ambiente concorrencial.

15. Em complemento à manifestação retro, os representantes legais do TCP protocolaram parecer técnico da empresa Rosenberg Associados – Métodos Quantitativos, datado de 3/2/2015, por meio do qual tentou demonstrar, em mais uma oportunidade, a imprestabilidade das informações contidas no estudo de viabilidade apresentado pelo denunciante (peça 63). Nesse documento, foram relacionados, mais uma vez, os pontos técnicos já atacados em pronunciamentos anteriores da arrendatária (peça 63, p. 1-7 e p. 14-50), bem como defendeu-se a improcedência da alegação de fracionamento do objeto de pretensa futura licitação (peça 63, p. 7-9), além da contra-argumentação dos aspectos considerados por esta SeinfraHidroferrovias para propor a cautelar posteriormente deferida (peça 63, p. 51-56).

16. Já realizadas as oitavas determinadas pelo Exmo. Ministro Raimundo Carrero (peça 46), em 25/2/2015 foi acostada aos autos a respectiva resposta da Antaq (peça 78), a qual, em suma, ressaltou que: i) a questão

do berço compartilhado não é condição suficiente para se determinar a inviabilidade de licitação da área contígua à do TCP (p. 1); ii) o estudo da Appa que concluiu pelo não cabimento do certame pautou-se principalmente pela análise da eficiência de operação portuária e ganhos de escala, associados à movimentação e armazenagem de contêineres por meio da utilização de *layout* mais racional (p. 2); iii) a análise da Agência no âmbito do pedido de prorrogação antecipada resultou na retirada da premissa do EVTEA de exclusão da remuneração variável paga à Appa; iv) nesse mesmo processo anuiu-se ao pleito da TCP de alterar o emprego do *free time*, que é a isenção de pagamento pela armazenagem de contêineres nos primeiros 10 dias na importação (redução gradual até a sua supressão total) – com amparo em parecer jurídico da Procuradoria Federal junto à Antaq –, pois sem tal medida o VPL do fluxo de caixa ficaria negativo em quase R\$ 147 milhões (p. 2), caso o volume armazenado permanecesse nos padrões atuais.

17. Em 2/3/2015, foi juntada ao processo a resposta à oitiva da SEP/PR (peça 80), que, resumidamente, destacou os seguintes pontos: i) a gestão de atracação do berço 217 é assunto intrínseco à Appa, de modo que sobre isso não se manifestaria (p. 2); ii) no mesmo local, em área um pouco maior do que aquela apontada pelo estudo de inviabilidade da Appa, foi proposta a realização de certame para um novo terminal de contêineres no Programa de Arrendamentos Portuários (PAP), que após audiência pública, foi retirada da licitação em virtude de futura indisponibilidade de berço para atracação simultânea de navios de grande porte, além de assimetria de competição entre os dois terminais (TCP sem expansão e o de eventual licitação) em relação ao Terminal Portuário Porto Pontal (TPPP), com redução dos níveis de serviços prestados (p. 2); iii) a tendência de crescimento do porte de terminais de contêineres no Brasil e no mundo – exemplificados pelo órgão (p. 3) – fez com que a previsão de dois terminais de grande porte (TCP expandido e TPPP) em ambiente de competição saudável se coadunasse melhor com as diretrizes do novo marco regulatório, em detrimento da competição de dois terminais pequenos (TCP sem expansão e o de eventual licitação) com um de grande porte (TPPP) (p. 3); iv) os pedidos de alteração do *free time* e do valor de outorga variável seriam analisados pela Secretaria de Portos com enfoque no desenvolvimento portuário, e não com viés financeiro, como procedido pela Antaq em seu exame (p. 4); v) especificamente quanto ao *free time*, o pleito ainda estaria em exame na SEP/PR e já foi objeto de parecer pela Assessoria Jurídica do órgão, que se manifestou favoravelmente ao seu deferimento (p. 4); vi) a redução do prazo de carência para pagamento da taxa de armazenagem estimularia o dono da carga a retirá-la da retroárea do terminal, incentivo esse que estaria inserido na modelagem econômica do PAP e que corroboraria a diretriz de induzir maior giro na atividade de movimentação no terminal (p. 4); vii) os terminais de contêineres do Porto de Santos não possuem cláusula equivalente ao *free time*, o que demonstraria que sua presença não estaria condizente com a prática do setor e que sua alteração no momento de reequilíbrio do contrato da TCP (prorrogação antecipada) se faria oportuna (p. 4-5).

18. A Appa, por sua vez, também encaminhou resposta à oitiva (peça 81), incluída nos autos em 4/3/2015, onde constam: i) contextualização do arrendamento do TCP no Porto de Paranaguá, contemplando informações a respeito do berço 217 (p. 3-5); ii) argumentos em defesa da inviabilidade de um novo terminal na área contígua ao TCP, com destaque para as alegações de tendência global de produção e atracação de navios cada vez maiores e de que a questão extrapolaria a competição intraporto, a discussão sobre a modalidade de uso dos berços ou a averiguação da necessidade ou não de licitação para arrendamento de retroárea, para atingir diretamente a competição entre portos, vinculada a uma análise macroeconômica que levasse em consideração a eficiência dos serviços prestados no porto (p. 5-13).

19. Superada a fase de envio de respostas às oitivas, o denunciante trouxe aos autos novo requerimento (peça 84), por meio do qual reforçou alegações anteriores – contrapondo-se aos argumentos lançados no Agravo em desfavor do estudo que concluiu pela viabilidade de licitação –, e apresentou outras considerações contra a expansão pleiteada pelo TCP, entre as quais se destaca: i) a superação do limite permitido de acréscimo de quantitativo de área ao contrato de arrendamento, estabelecido pelo art. 65, § 1º, da Lei 8.666/1993 (p. 5); ii) os berços 215 e 216 não seriam exclusivos do TCP, mas públicos e, portanto, passíveis de compartilhamento (p. 11-12); iii) dados, números e premissas questionados pelo TCP no estudo elaborado pelo denunciante têm como origem o estudo de inviabilidade da Appa (p. 14-19); iv) há regime monopolista na atividade de movimentação de contêineres no Porto de Paranaguá (p. 25-26); v) comissão da SEP/PR e da Antaq chegou a aprovar estudo de viabilidade formulado pela Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. (EBP) – empresa autorizada a desenvolver projetos no programa de arrendamentos do Governo Federal – para a área onde o TCP deseja expandir seu terminal (p. 26); vi) o PDZPO de 2012 do Porto de Paranaguá já contemplaria recomendação para ampliação do seu segmento de contêineres mediante ampla

concorrência, ao mesmo tempo em que a nova versão desse plano, revisto em 2014, traz, de forma reiterada, a orientação para a construção de um terminal de contêineres com dois berços (p. 27-30).

20. Em 16/4/2015, foi acostada aos autos nova manifestação do TCP (peças 87-89), onde são apresentadas contrarrazões ao último requerimento do denunciante (peça 84), dados gerais do estudo elaborado pela EBP para o PAP e que foi rejeitado após audiência pública (peça 87), e incluídos novos documentos concernentes ao Contrato 20/1998 e seus respectivos aditivos (peça 88), assim como ao PDZPO do Porto de Paranaguá (peça 89).

21. Ao longo da análise do processo para elaboração desta instrução de mérito, diligências junto à SEP/PR (peça 95), à Antaq (peça 93) e à APPA (peça 94) se mostraram necessárias para obtenção de esclarecimentos adicionais sobre pontos específicos.

22. Relatado o histórico deste processo, passa-se, a seguir, ao seu exame de mérito.

ANÁLISE TÉCNICA

I.1. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

23. Oportuno ressaltar, de início, as bases legais mais preeminentes sobre as quais se deve estabelecer a presente análise, que objetiva, entre outras questões decorrentes e complementares, concluir acerca da regularidade do pedido de prorrogação antecipada do Contrato de Arrendamento 20/1998, firmado entre o TCP e a Appa, mediante a realização de investimentos a partir de expansão do terminal que opera no Porto de Paranaguá. Tal pleito utiliza como um de seus fundamentos a **inviabilidade de licitação** da área contígua que pretende acrescentar ao seu arrendamento, condição esta exigível em virtude do que dispõe a legislação aplicável, consubstanciada no novo marco regulatório do setor portuário:

Lei 12.815/2013

‘Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

(...)

*§ 6º O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, na forma do regulamento, **expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária.**’*

Decreto 8.033/2013

*‘Art. 24. A aplicação do disposto no § 6º do art. 6º da Lei no 12.815, de 2013, só será permitida quando comprovada a **inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação de novo arrendamento.***

Parágrafo único. A expansão da área do arrendamento ensejará a revisão de metas, tarifas e outros parâmetros contratuais, de forma a incorporar ao contrato os ganhos de eficiência referidos no § 6º do art. 6º da Lei no 12.815, de 2013.’ (grifos nossos)

24. Dos dispositivos reproduzidos, extrai-se que eventual autorização para a expansão de um determinado terminal deve observar dois requisitos: i) ganho comprovado de eficiência na operação portuária; e, ii) restar demonstrada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de licitação da área a ser agregada.

25. Depreende-se também dos referidos comandos que a regra a ser seguida é a da licitação, e a sua exceção, a inviabilidade. Isso significa que esta característica tem que restar demonstrada para que sua aplicação possa ser suscitada. Para tanto, importante ressaltar, o exame correspondente deve voltar-se para fatores que sejam determinantes à insustentabilidade econômica de um terminal operando de forma independente no local. Desse modo, **argumentos pautados na defesa de interesses próprios do TCP, tal como a inexistência de área alternativa para a expansão de seu negócio** (peça 11, p. 22-23), **ou, ainda, associados às disposições contidas no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Paranaguá (PDZPO), serão desconsiderados.**

I.2. ALEGAÇÕES PRELIMINARES

26. Três alegações trazidas aos autos pelo denunciante relacionam-se a questionamentos de ordem legal, cuja discussão prescinde de argumentação técnica associada ao debate centrado na viabilidade econômica. Em virtude dessa natureza diferenciada, entende-se pertinente trata-las neste tópico. São elas: i) utilização exclusiva do berço 217 pelo TCP, inclusive como premissa do estudo de inviabilidade elaborado pela Appa, em afronta às disposições do 6º Termo Aditivo ao Contrato 20/1998, que exigiu o compartilhamento dessa infraestrutura por meio da modalidade de uso público (peça 1, p. 2-10); ii) fracionamento do objeto de possível licitação no Porto de Paranaguá, consubstanciado nas ampliações concedidas ao TCP, que correspondem à área encravada entre o seu terminal e o de veículos da Volkswagen, à ampliação do cais com a construção do berço 217 e à expansão da retroárea pleiteada pela arrendatária com base no instituto das prorrogações antecipadas (peça 1, p. 11); e, iii) infração ao limite estabelecido pelo art. 65, §1º, da Lei 8.666/1993, tendo em vista o pedido de adensamento de 170.000 m² ao terminal do TCP, dimensão esta que corresponde a 56% da área original do arrendamento (peça 25, p. 18 e peça 84, p 5-8).

27. Relativamente ao primeiro ponto, **considera-se que não assiste razão ao denunciante**, uma vez que o TCP trouxe ao processo dados sobre atracações de navios no berço 217 cujas cargas se destinariam não só ao TCP, mas também a outros operadores portuários, o que denota a sua condição pública (peça 2, p. 11-33). Ademais, quanto ao estudo da Appa (peça 1, p. 16-36), é possível observar que foi adotada premissa justamente oposta à que alega (peça 1, p. 25):

‘Assim, a premissa que estamos utilizando é de que o TECON II compartilha parte do cais público utilizado pelo TCP. Em que pese o cais seja público, o TCP tem preferência em sua utilização, conforme estabelecido em Contrato de Arrendamento na Cláusula Terceira e em seu 6º Aditivo. Assim, enquanto houver ociosidade nas operações do TCP, seria possível que o TECON II opere navios de contêineres em seu cais de 220 metros, utilizando, por exemplo, da faixa adicional do cais utilizado pelo TCP, com vistas a atração de navios maiores. Apenas desta forma é possível considerar o cais do TECON II operacional para um único navio.’ (grifo nosso)

28. Ainda que se possa questionar o entendimento de que a preferência é concedida a determinado operador portuário (TCP) – quando, na verdade, essa característica está associada à carga – não se pode afirmar que o estudo da Appa empregou a incorreta premissa de uso exclusivo do berço 217. Quanto ao compartilhamento em si, a Autoridade Portuária assume, inclusive, um cenário otimista para essa comutação, na medida em que considerou que tais operações dar-se-iam em perfeita sincronia, situação esta que dificilmente se verificaria na realidade (peça 1, p. 30).

29. No tocante ao alegado fracionamento, importa ressaltar que tanto a ampliação do cais – decorrente da construção do berço 217 – quanto a incorporação da área encravada entre o TCP e o pátio de veículos da Volkswagen já foram examinados por este Tribunal (TC 021.121/2013-3), que confirmou a regularidade desses acréscimos, nos termos em que foram pactuados – 6º Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 e Resolução-Antaq 2.852/2013.

30. Em relação ao incremento da área pleiteado via prorrogação antecipada, tendo o TCP cumprido os requisitos legais para realizar tal pedido (art. 57 da Lei 12.815/2013), não há que se questionar a sua admissibilidade. Assim, inexistindo ilegalidade nas expansões do terminal, a elas não se pode atribuir o objetivo de burlar a realização de licitação, de onde se conclui que **também quanto a esse ponto a contestação do denunciante não procede**.

31. Por fim, sobre a extrapolação do limite estabelecido pelo art. 65, §1º da Lei 8.666/1993 (peça 25, p. 18 e peça 84, p 5-8), argumenta-se que, diferentemente da situação existente sob a orientação da antiga Lei 8.630/1993, a novel Lei 12.815/2013, regulamentada pelo Decreto 8.033/2013, define o rol de exigências a serem observadas nos casos de reequilíbrios contratuais que solicitam o acréscimo de novas áreas (art. 24), de modo que não há, em relação a esse aspecto, lacuna na legislação que possa fundamentar a aplicação subsidiária da Lei de Licitações na forma pretendida pelo denunciante. **Portanto, resta igualmente descaracterizada esta terceira alegação**.

I.3. FATORES ESTRUTURANTES E A ANÁLISE DE VIABILIDADE

32. É de fácil percepção que a viabilidade de um empreendimento está associada, em grande medida, a fatores que, de forma isolada ou em atuação conjunta, são determinantes para a sustentabilidade econômica do seu plano de negócios.

33. Orientada conforme essa proposição, a análise dos autos centrar-se-á naqueles aspectos que, **suscitados e contrapostos pelas partes**, foram reputados relevantes para o contexto operacional no qual um novo terminal de contêineres no Porto de Paranaguá, situado em área contígua ao TCP, deverá se inserir. Ainda que a delimitação desse tipo de critério possa evocar uma aparente subjetividade, importante registrar o cuidado de vincular sua definição a elementos cujo protagonismo têm origem na própria discussão do caso concreto que antecedeu a presente denúncia, tendo sido alçados a tal condição em decorrência de debate público que se debruçou justamente sobre a viabilidade de empreendimento semelhante ao que ora se objetiva examinar (para fins de comparação, em linhas gerais, ver peça 87, p. 10-11).

34. Denominada PAR02 e com localização correspondente à da área para onde o TCP deseja expandir seu terminal, essa proposta de arrendamento estava contemplada no Bloco 2 do PAP e teve o respectivo EVTEA elaborado pela EBP. Submetido à audiência pública, o projeto foi rejeitado e retirado da licitação (peça 80, p. 2-3). A justificativa para tal exclusão, explicitada pela SEP/PR em sua resposta à oitava, foi, basicamente, que a constituição de dois arrendamentos de contêineres, com extensão de cais limitada – em torno de 600m –, operando em concorrência entre si e com outro de maior porte (Terminal Portuário Porto Pontal – TPPP), traria como consequência indesejável uma assimetria de competição, com redução dos níveis de serviços prestados no Porto de Paranaguá (peça 80, p. 3).

35. Tendo em vista a sua relevância associada à questão central a ser enfrentada nesta oportunidade, a fundamentação da Secretaria de Portos e os aspectos que dela sobressaem (**concorrência, retroárea e cais**) devem constituir o principal eixo de argumentação da presente análise. A motivação sobre a qual o órgão se ampara extrapola a mera construção de um fluxo de caixa e alcança debate mais amplo sobre o tamanho de terminais e sua relação com a eficiência das operações e a competição entre portos, **fatores esses estruturantes no âmbito da discussão sobre a viabilidade do empreendimento e que, registre-se, foram contrapostos em argumentos apresentados por ambos os lados interessados neste processo e constituem espinha dorsal do estudo de inviabilidade defendido pela APPA para justificar a expansão do TCP.**

1.3.1 – Concorrência

36. Sobre o tema, importante mencionar, de início, que o denunciante argumenta que o desenvolvimento da atividade econômica do TCP dá-se em regime monopolista, visto a atual inexistência de competição caracterizada pelo fato de ser ele o único operador a movimentar contêineres no Porto de Paranaguá (peça 1, p. 11, peça 25, p. 39, peça 84, p. 25-26). Tal situação, segundo conclui, permitiria à empresa definir unilateralmente os preços praticados junto aos usuários, em desfavor da modicidade tarifária, de modo que a entrada de um novo operador no mesmo porto favoreceria o ambiente concorrencial.

37. O TCP, por outro lado, afirma que já presta o serviço em condições de competição direta com terminais situados em Santos, Itajaí, Navegantes, Itapoá, São Francisco do Sul, Imbituba, entre outros (peça 11, p. 1, peça 37, p. 23-24, peça 57, p. 16-21, peça 63, p. 5). São, em sua maioria, portos que compoem o denominado *Cluster Sul* e que estão concentrados em uma mesma região que, no caso, compreende os Estados do Paraná, de Santa Catarina e do Rio Grande do Sul (peça 37, p. 23). Informa, ainda, os seguintes fatos recentes que depõem a seu favor (peça 37, p. 24):

‘1) Em 8.8.2014, a ANTAQ editou a Resolução nº 3.566 [peça 43], que reconheceu a possibilidade de adaptação do contrato de adesão celebrado com a empresa Porto do Pontal do Paraná Importação e Exportação Ltda. Ou seja, há perspectiva de operação no Porto Pontal, situado muito próximo do TCP;

2) Em 30.12.2014, a SEP autorizou a expansão e adequação do Terminal de Uso Privado (TUP) conhecido como Porto de Itapoá (cf. notícia no site da SEP). A autorização prevê a ampliação do píer e pátio do TUP Itapoá, que é dedicado à movimentação e armazenagem de cargas gerais e carga containerizada. Atualmente, a plataforma do Porto tem 630 metros de cais.

O projeto de ampliação inclui, dentre outras medidas, a implantação de 1.209,38 metros de comprimento, e ainda a ampliação da retroárea, de forma que todo o terreno totalize 484.129,72 m²;

3) *Simultaneamente, diversos outros terminais arrendados estão com pedidos de prorrogação antecipada pendentes de aprovação pela SEP. Vários deles são concorrentes diretos do TCP.*

38. Além dos casos acima relatados, comentou-se acerca da existência de alguns arrendamentos dentro do porto que igualmente prestam serviços de armazenagem de cargas, além da existência de portos secos que concorreriam com o TCP, caracterizando uma concorrência intraporto (peça 57, p. 17-18).

39. O TCP trouxe aos autos também o estudo “Portos 2021: Avaliação de Demanda e Capacidade do Segmento Portuário de Contêineres no Brasil” (peça 57, p. 67-87 e peças 58-60), elaborado pela empresa Ilos – especializada em consultoria de logística e *suplly chain* – a pedido da Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC). Nesse documento, há um capítulo que abrange exame concorrencial associado à definição “de *clusters* de portos e terminais baseada em dados de mercado (sobreposição de cargas, geografia e rotas marítimas) para a análise de oferta x demanda” (peça 57, p. 71). Basicamente, uma análise de sobreposição de regiões de influência de portos. No tocante à região do Porto de Paranaguá, constam as seguintes conclusões, relacionadas especificamente ao tipo de carga que o TCP movimentava (peça 58, p. 14):

• Os terminais de uso público da região Sul não apresentam alto índice de aderência à metodologia do Índice de Exclusividade de Rotas Marítimas, devido, principalmente, à:

- Tendência de maior competição comercial entre alguns terminais;*
- Forte sobreposição de regiões de influência;*
- Menor disponibilidade de dados para análise do terminal de Imbituba;*

• Foram analisadas as regiões de influência dessa região e algumas entrevistas foram realizadas com os terminais;

• Assim, foi possível observar que a região possui uma forte sobreposição de regiões de influência que tendem a se agrupar em duas regiões: a) Paraná e Norte de Santa Catarina e; b) Sul de Santa Catarina e Rio Grande do Sul.’ (grifos nossos)

40. Nota-se que o estudo reforça, de modo geral, a tese defendida pelo TCP, na medida em que reconhece a existência de competição comercial entre portos públicos, com a sobreposição de regiões de influência que extrapolam até mesmo o estado em que se situa cada terminal analisado.

41. Procurou-se outra fonte de informação para corroborar os dados já colacionados pela arrendatária. Cita-se nessa oportunidade dissertação de mestrado defendida na Universidade de Brasília, intitulada “Determinação de Mercado Relevante no Setor Portuário” (PINHEIRO, Bruno; 2013), que procurou analisar a sensibilidade de consumidores e de produtores a mudanças nos preços relativos de um determinado bem ou serviço, cuja abrangência, no caso em questão, alcançou os portos públicos brasileiros das regiões Sul e Sudeste (peça 96).

42. Para tanto, foi utilizado o consagrado Teste do Monopolista Hipotético, simulando a movimentação de cargas dos municípios produtores até o Porto de Roterdã/Holanda. Esse teste consiste em encontrar o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista possa exercer um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços. Trata-se de observar em algum grau a elasticidade da oferta e da demanda.

43. Para a simulação em si, utilizou-se o Sistema de Informações Geográficas do Transporte Aquaviário (SIGTAQ), que é uma ferramenta elaborada pela Universidade Federal de Santa Catarina para a Antaq que utiliza base de dados georreferenciada com a localização de terminais portuários, rotas de transporte marítimo, hidroviário, rodovias, ferrovias, aeródromos, cidades, municípios, regiões, dentre outros. Além da localização geográfica, o sistema também possui informações sobre os custos de transporte de cada elemento, assim, é possível estimar e comparar os custos de transporte entre quaisquer elementos para cada par origem destino.

44. Considerando essa orientação metodológica, foram realizadas simulações de mercado relevante para contêineres a partir da movimentação identificada no biênio 2011/2012 em 22 portos públicos (peça 96, p.

39). Determinado o mercado inicial da instalação portuária, o estudo procurou identificar se ela representaria um monopólio ou se haveria substitutos quando houvesse o incremento no preço do serviço (peça 96, p. 60):

‘O passo seguinte à determinação do mercado inicial foi a realização do TMH [Teste do Monopolista Hipotético] para verificar se cada instalação portuária representa um monopolista ou há substitutos. Foram realizadas vinte simulações aumentando o valor da movimentação de contêineres em 5% e 10% nos portos das regiões sul e sudeste, a saber: Vitória – ES, Rio de Janeiro – RJ, Itaguaí – RJ, São Sebastião – SP, Santos – SP, Paranaguá – PR, São Francisco do Sul – SC, Imbituba – SC, Itajaí – SC, Rio Grande – RS.’ (grifos nossos)

45. No que diz respeito especificamente aos resultados verificados para a atividade econômica do TCP – associada, obviamente, ao Porto de Paranaguá –, constam as seguintes conclusões (peça 96, p. 67):

‘Com relação à movimentação de contêineres, já no TMH com 5%, foram encontrados substitutos para os portos de Vitória, Paranaguá e Itajaí. Porém esses portos não figuraram como substitutos para os portos que os contestaram, figurando uma substitutibilidade não recíproca entre eles. (...)

Quanto ao porto de Paranaguá que foi contestado pelo porto de Imbituba, houve uma troca do modal ferroviário para o modal rodoviário. O incremento de preços em Paranaguá foi suficiente para os municípios produtores optassem por um modal mais caro em detrimento da ferrovia para escapar da alta de preços. O mesmo ocorreu com a demanda do porto de Itajaí, que viu suas cargas migrarem para o porto de Paranaguá graças à preferência dos produtores pelo modal rodoviário em prejuízo do modal ferroviário.

Nas simulações logísticas com incremento de 10%, os mesmos portos citados anteriormente foram contestados, incluindo agora o porto de Imbituba que foi contestado pelo porto de Paranaguá, formando assim, o primeiro par recíproco, ou seja, o porto de Paranaguá contesta Imbituba que por sua vez é substituto de Paranaguá. O porto de Imbituba foi trocado por conta da troca de ferrovias disponíveis nos municípios que preferiram o porto de Paranaguá.

A descoberta de substitutos para portos em contêineres é explicada pelo alto preço do transbordo desse tipo de carga.’ (grifos nossos)

46. Por todo o exposto, pode-se observar indícios de que o TCP, apesar de ser o único terminal de contêineres do Porto de Paranaguá, encontra-se em ambiente contestável por outros portos. E que essa contestação tende a aumentar devido à aprovação pela Antaq de empreendimentos que aumentarão o número de players desse mercado. Assim, conclui-se que **não assiste razão ao denunciante quanto à alegação de prestação de serviços da arrendatária em regime monopolista.**

I.3.2 - Retroárea

47. Sobre o tema, a SEP/PR trouxe informações a respeito da tendência de porte dos terminais de contêineres, em termos de extensão de cais e metragem quadrada da retroárea (peça 80, p. 3):

| Terminais | Extensão do Cais | Retroárea |
|--|-------------------------|------------------------|
| Terminal Portuário Porto Pontal (PR)* | 1.000 metros | 550.000 m ² |
| Itapoá Terminais Portuários (SC)** | 1.200 metros | 480.000 m ² |
| Santos Brasil Tecon (SP) | 1.000 metros | 600.000 m ² |
| Brasil Terminal Portuário (SP) | 1.100 metros | 490.000 m ² |
| Euromax Terminal Roterdã (Holanda) | 1.500 metros | 840.000 m ² |
| Terminal de Contêineres de Paranaguá (PR) sem prorrogação antecipada | 900 metros | 320.000 m ² |
| Terminal de Contêineres de Paranaguá (PR) com prorrogação antecipada | 1.200 metros | 480.000 m ² |

* Valores previstos no projeto conceitual

** Valores previstos no projeto de expansão do terminal

48. No que diz respeito à retroárea, atualmente o TCP possui exclusividade de operação portuária em um espaço de aproximadamente 302.800 m² (peça 78, p. 3), sendo que pretende expandir seu negócio com o acréscimo de 170.100 m² de aterro compactado (peça 31, p. 3), o que totaliza 472.900 m². O denunciante, por sua vez, propõe arrendamento independente que irá compreender 200.000 m², dos quais 170.000 m² de aterro e os outros 30.000m² de faixa encravada na divisa do TCP com o terminal de veículos da Volkswagen (peça 84, p. 122). Conforme já noticiado nesta instrução, esta última área informada não pode ser considerada para fins de participação em um novo empreendimento, visto que já se encontra destinada ao projeto atual do TCP – Resolução-Antaq 2.852/2013 –, cuja regularidade foi objeto de processo deste TCU (ver em especial peças 33-35, TC 021.121/2013-3 e Acórdão 3.159/2014-TCU-Plenário).

49. Do exposto no parágrafo precedente, conclui-se que a área disponível para integrar um novo arrendamento está restrita aos 170.000 m² – referência esta pautada no que é válido no projeto formulado pelo denunciante. Em relação a essa metragem, não é possível afirmar categoricamente que ela constitui fator impeditivo à implantação de um novo terminal, mas indica, de forma clara, que seu porte é consideravelmente menor em relação ao próprio TCP sem a expansão – representa em torno de 56% do seu tamanho –, e mais ainda se comparado ao concorrente que será em breve instalado próximo ao Porto de Paranaguá (TPPP), que contemplará área em torno de 550.000 m² (peça 80, p. 3) – a relação neste caso é de aproximadamente 31%.

50. Na tentativa de se obter mais subsídios para o tratamento desta questão por meio de exercício comparativo, em termos de ordem de grandeza, coletaram-se informações acerca da licitação do STS10 no Porto de Santos, inserido no bloco 1 do PAP. Este projeto compreende uma retroárea de 236.000 m² e será destinado também à movimentação de contêineres em porto com presença de grandes empreendimentos (BTP, Embraport, Santos Brasil). Em que pesem as semelhanças registradas, importante observar que naquele caso a infraestrutura para o novo arrendamento já está praticamente disponível, visto que será composto pela aglutinação de diferentes terminais hoje em operação, refletindo em valores de investimento significativamente menores, R\$ 226,95 milhões (Tabela 3 da peça 14, p. 23 do TC 004.440/2014-5) para o STS 10 e R\$ 543,17 milhões para a expansão do TCP conforme aprovado pela Antaq. Para o denunciante, os investimentos necessários seriam de R\$ 541,26 milhões.

51. As características associadas ao porte e à construção da retroárea até então identificadas trazem desvantagens ao eventual terminal que se instale no local, visto que além de capacidade de armazenagem reduzida, o alcance da eficiência decorrente do desenvolvimento das operações portuárias em maior escala não atingirá os patamares de seus concorrentes diretos (TCP e TPPP) e, por outro lado, demandará um aporte significativo de recursos iniciais, antes do desenvolvimento de qualquer atividade portuária no local. **Ainda assim, repisa-se, tal contexto, considerado de forma isolada, não leva a uma conclusão inequivocamente incontestável no sentido de ser o empreendimento inviável.**

I.3.3 – Cais

52. Convém destacar, inicialmente, que os berços para atracação de navios correspondem a uma infraestrutura imprescindível ao regular desenvolvimento da atividade econômica de qualquer terminal molhado e fator preponderante para a sua operacionalização eficiente, a impactar sobremaneira na própria viabilidade do empreendimento. Trata-se, nas palavras da própria SEP/PR, dos “ativos mais caros e escassos nos portos públicos”, que, em virtude desses atributos, assumiram protagonismo na discussão sobre o futuro desempenho dos arrendamentos colocados em licitação no PAP (peça 76, p. 16 do TC 024.882/2014-3), o que denota a importância de sua disponibilidade para a adequada prestação dos serviços portuários e consequente rentabilidade do negócio.

53. A **extensão e o uso do cais** foram amplamente discutidas entre as partes em suas manifestações. Existem 3 berços atualmente operacionais na área objeto de discussão neste processo, o 215 e 216, de 564m, utilizados pelo TCP desde o início do arrendamento e o recém construído 217, de 315m, objeto do 6º termo aditivo, já analisado por esta Corte no Acórdão 3.159/2014-TCU-Plenário. Na área onde se pretende expandir o arrendamento do TCP, seria construído o cais 218, de 220m.

54. Demonstradas a legalidade e a razoabilidade da construção do berço 217, bem como da assinatura do referido termo aditivo, e caracterizado também que o estudo de inviabilidade, corretamente, o considerou como de uso compartilhado, não há mais o que se questionar a seu respeito.
55. De novidade para esse processo, contudo, existe divergência acerca do **uso dos berços 215 e 216**: enquanto o denunciante afirma que eles são públicos com base na Cláusula Primeira do 6º Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 (peça 84, p. 12) e, portanto, poderiam ser utilizados por outros terminais obedecendo-se à fila de atracação (peça 84, p. 11), o TCP declara que eles são privativos do seu terminal com fundamento na Cláusula Terceira do Contrato 20/1998 e na Cláusula Segunda do seu 4º Termo Aditivo (peça 57, p. 9).
56. Ao compulsar as referências contratuais citadas pelos interessados, é possível observar a ausência de clareza quanto ao aspecto em que a divergência se instalou. Vejam-se a seguir os termos ajustados sobre o assunto que se reputam pertinentes para o tratamento da questão (peça 88, p. 3, p. 47-50, p. 62):

CONTRATO DE ARRENDAMENTO 20/1998

‘CLÁUSULA TERCEIRA – DA EXCLUSIVIDADE DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES PORTUÁRIAS NO TERMINAL:

- 1. É assegurada à ARRENDATÁRIA, ou a terceiros por ela contratados, exclusividade na realização de operações portuárias de movimentação e armazenagem de contêineres e veículos automotivos na área do TERMINAL.*
- 2. A exclusividade assegurada no item anterior abrange, inclusive, a realização de operações portuárias de embarque/desembarque de contêineres e veículos automotivos no TERMINAL, utilizando-se da faixa de cais definida no Anexo V do Edital.’*

4º TERMO ADITIVO

‘CLÁUSULA SEGUNDA – ASSUNÇÃO DE ENCARGOS PELA ARRENDATÁRIA

- 1. Passam a ser de responsabilidade da ARRENDATÁRIA a construção das obras, originalmente de responsabilidade da APPA, previstas no Anexo II, itens 18 e 19, e Anexo V, itens 5, “b”, e 6, do Edital, a saber:*
 - a) construção de 2 (dois) dolphins de atracação, 1 (um) dolphin de amarração e uma plataforma que permita a infraestrutura para atracação e operação de navios Roll-on/roll-off e PCCs no final do cais Leste;*
 - b) construção de 170m (cento e setenta metros) adicionais de cais, destinados a completar a extensão do berço nº 16;*
- 2. A ARRENDATÁRIA assume também a responsabilidade de construir reforços de pavimento e as plataformas necessárias para permitir que a operação de navios “Roll-on/roll-off” e PCCs, mediante utilização dos dolphins referidos no item “a” desta Cláusula, seja possível sem interferência no berço n.º 16.*

As obras cuja responsabilidade de construção é aqui assumida pela ARRENDATÁRIA submetem-se ao regime previsto no Contrato de Arrendamento para obras novas, inclusive ao previsto na Cláusula 33ª e 34ª e 35ª, cabendo integralmente à APPA a aprovação prévia dos projetos e a fiscalização a qualquer tempo, da execução das obras. (...)

Por decorrência do ora estipulado, ficam retificados os itens 18 e 19 do Anexo II e 5, “b”, e 6 do Anexo V do Edital, que são substituídos pelas disposições da presente Cláusula, remanescendo, todavia, a previsão da destinação dos berços 15 e 16, em toda sua plenitude, para atendimento do TERMINAL.

Se, em razão das obras, ou por qualquer outro motivo superveniente, os berços 15 e/ou 16 forem indisponibilizados para a operação com contêineres, a APPA disponibilizará berços alternativos em substituição aos mesmos.

Após a construção e a disponibilização para uso no TERMINAL das obras previstas nos itens 1, “a”, e 2 desta Cláusula, o berço nº 16 passará a ser utilizado exclusivamente para a movimentação

de contêineres, mantendo-se a preferência de atracação, neste berço, com navios com cargas containerizadas destinadas às indústrias automobilísticas instaladas nesta data no Estado do Paraná.

Até a conclusão dos dois dolphins de atracação, do dolphin de amarração e da plataforma que permita a atracação e operação de navios Roll-on/roll-off e PCCs, continua prevalecendo o compartilhamento da preferência de atracação no berço n° 16 com navios de veículos das indústrias automobilísticas instaladas no Estado do Paraná.

CLÁUSULA TERCEIRA – OS BENS INTEGRANTES DO ARRENDAMENTO

Passam a integrar o arrendamento as instalações portuárias a serem construídas pela ARRENDATÁRIA na forma da Cláusula 2ª deste instrumento, devendo ser discriminadas em Termo Adicional de Transferência de Bens Imóveis, a ser firmado pelas partes previamente ao início da execução das obras.

Aplicam-se a tais instalações portuárias todas as disposições contratuais relativas aos bens que integram o arrendamento, inclusive as Cláusulas 24ª, 25ª, 26ª, 27ª, 30ª e 31ª do Contrato de Arrendamento.

A integração de tais instalações ao arrendamento não altera a natureza do regime de exploração das instalações, na modalidade de “uso público”, tal como previsto na Cláusula 4ª do Contrato de Arrendamento.

Sendo a área arrendada a única destinada pela APPA para a operação de contêineres dentro dos limites dos portos organizados de Paranaguá e Antonina (...) ratifica-se, neste ato, a cláusula 3ª do Contrato de Arrendamento, que assegura à arrendatária a exclusividade na realização de operações portuárias de movimentação e armazenagem de contêineres e veículos automotivos na área do TERMINAL.

Por decorrência, os deveres da ARRENDATÁRIA previstos nas Cláusulas 30ª e 31ª do Contrato de Arrendamento aplicam-se exclusivamente às instalações portuárias a serem construídas, permanecendo a APPA com a titularidade e a responsabilidade das áreas marítimas e de atracação correspondentes, assim como com os respectivos deveres de manutenção e conservação, inclusive quanto à dragagem e às demais condições para plena operação das instalações, tal como previsto no Edital, no Contrato de Arrendamento ou nos regulamentos portuários.’ (grifos nossos)

6º TERMO ADITIVO

‘CLÁUSULA PRIMEIRA: O presente Termo Aditivo (6) tem por finalidade ampliar o objeto do contrato de arrendamento firmado com o TCP (020/98), para nele realizar investimentos destinados à construção de um cais público de 315,00 m de extensão por 25,75 m de largura, perfazendo uma área de 8.111,25 m², adjacente, agregado e interligado aos dois já existentes, formando um cais público de 980,15 m de extensão em sua totalidade, preservando as operações de veículos durante e após a execução das obras.’ (grifos nossos)

57. Da leitura dos termos contratuais acima reproduzidos, percebe-se que, embora o cais assumisse expressamente a condição de berço público – o que caracterizaria o seu compartilhamento entre terminais –, há indicação de que a operação de embarque e desembarque de contêineres e veículos automotivos é concedida pela Appa ao TCP de forma privativa. Tendo em vista essa suposta contradição entre as disposições, bem como a impossibilidade de dirimi-la de forma incontroversa apenas com as informações constantes destes autos, enviou-se diligência à Antaq, por meio do Ofício 522/2015-TCU/SeinfraHidroferrovia, de 25/6/2015 (peça 103), considerando sua competência ínsita no art. 27, inciso VI, da Lei 10.233/2001, para que ela identificasse terminantemente o regime de uso vigente nos berços 215 e 216.

58. Pertinente colacionar a resposta da Agência *ipsis litteris* (peça 107, p. 1-3).

‘1. Reporto-me ao Ofício 0522/2015/SeinfraHidroferrovias, de 25/06/2015 em que essa Secretaria de Fiscalização faz solicitações a esta Agência buscando subsidiar a análise do Processo TC 032.951/2014-0, venho a informar:

a) - **Os berços 215 e 216 são de uso público e voltados para operação de contêineres, conforme prevê a Ordem de Serviço nº 134/2013, atualizada pela Ordem de Serviço nº 101/2014; - A Cláusula Terceira do Contrato de Arrendamento 020/1998 em seu inciso 1, prevê exclusividade ao TCP na realização de operações portuárias na área do Terminal. Infere-se que a exclusividade se restringe à área do Terminal (área arrendada). O berço e a faixa de cais não compõem a área arrendada. - Já o inciso 2 da mesma Cláusula Terceira estende a exclusividade ao TCP das operações portuárias de embarques e desembarques daquelas cargas vinculadas ao TCP. Isso não impede que outros operadores portuários operem cargas no cais 215 ou 216 destinadas a outros arrendatários, que não o TCP.**

- Os berços 215 e 216 são voltados para movimentação de contêineres. Antes da construção da extensão do berço 216 e de novos dolphins, objeto de 4º Termo Aditivo celebrado em 1º/02/2002, a operação de navios Roll on/ roll off e PCCs era feita no berço 216 com a utilização complementar de dolphins para atracação/amarração. Após a conclusão das obras objeto do 4º Termo Aditivo (extensão do 216 e novos dolphins), o TCP passou a utilizar os berços 215 e 216 apenas para contêineres. O 4º Termo Aditivo impôs que nos berços 215 e 216 o TCP operasse exclusivamente contêineres. Com isso, os navios Roll on/ roll off e PCCs destinados ao TCP, passaram a atracar nos novos dolphins, deitando a rampa de operação na extremidade do berço 216.

- O Sexto Termo Aditivo em sua Cláusula Primeira estabeleceu ao TCP a obrigação de construir um novo cais com berço de atracação (berço 217). Impôs que a área do cais será pública e não poderá ser incorporada ao Contrato de Arrendamento 020/1998, tampouco poderá ser prometida a terceiros a qualquer título. Ou seja, o fato do TCP construir o cais não lhe dará direitos sobre o mesmo.

2. **Em que pese o texto contido na Cláusula Segunda do 4º Termo Aditivo onde anuncia a destinação dos berços 15 e 16, em toda a sua plenitude, para atendimento do TERMINAL, não se pode inferir que a expressão "plenitude" tenha o significado de exclusividade, pois a própria Cláusula Terceira do mesmo Termo Aditivo lhe negaria essa interpretação, ao assegurar que a integração de tais instalações portuárias ao arrendamento não altera a natureza do regime de exploração das instalações, na modalidade de uso público, tal como previsto na Cláusula Quarta do Contrato de Arrendamento. Cláusula Segunda do 4º Termo Aditivo:**

"Por decorrência do ora estipulado, ficam retificados os itens 18 e 19 do Anexo II e 5, "b", e 6 do Anexo V do Edital, que são substituídos pelas disposições da presente Cláusula, remanescendo, todavia, a previsão da destinação dos berços 15 e 16, em toda a sua plenitude, para atendimento do TERMINAL."

Cláusula Terceira do 4º Termo Aditivo:

"A integração de tais instalações portuárias ao arrendamento não altera a natureza do regime de exploração das instalações, na modalidade de "uso público", tal como previsto na Cláusula 4a do Contrato de Arrendamento".

Corroborando nessa linha a Cláusula Primeira do Sexto Termo Aditivo que anuncia: *"CLAUSULA PRIMEIRA: O presente Termo Aditivo tem por finalidade ampliar o objeto do contrato de arrendamento firmado com o TCP (020/98), para nele realizar investimentos destinados à construção de um cais público de 315,00m de extensão por 25,75m de largura, perfazendo uma área de 8.111,25m², adjacente, agregado e interligado aos dois já existentes, formando um cais público de 980,15m de extensão em sua totalidade, preservando as operações de veículos durante e após a execução das obras."* (não negrito no original).

59. Pela resposta da Antaq, observa-se que **assiste razão ao denunciante quando defende a utilização pública dos berços 215 e 216**. O item 5.9 da OS 101-14 (peça 92), inclusive, dispõe: "conceder atracação imediata e preferencial nos berços 215 e 216 aos navios 'Full-contêineres' que pertençam ao sistema de Janelas Públicas, de acordo com Regulamento específico da APPA". Ou seja, nota-se que se a preferência/exclusividade foi dada em relação à carga e não à empresa operadora. O TCP, de fato, opera exclusivamente esses berços, mas apenas por ser o único terminal atualmente em operação e não devido a direito contratualmente reconhecido.

60. Essa constatação macula gravemente o estudo de inviabilidade apresentado pela APPA para defender a expansão do terminal da TCP. Isso porque um de seus principais pressupostos considera que os berços 215 e 216 são de uso *exclusivo* do arrendatário atual e não poderiam ser compartilhados por um futuro licitante operando ao lado do denunciado. Isso demonstra a veracidade da possibilidade aventada pelo denunciante, de que um segundo operador ao lado do TCP teria acesso, segundo seu projeto, a 1.100m de cais compartilhado, ao contrário do que expõe o estudo de inviabilidade, de que ambos os operadores ficariam adstritos a berços de cerca de 550m, sendo que o futuro licitante teria apenas 220m de cais exclusivo e não poderia operar mais de um navio.

61. Também ameniza o argumento trazido pela APPA de que o Tecon II seria inviável devido ao fato de que apenas 1% dos navios que atracaram em 2014 possuem comprimento menor que 200m (peça 94).

1.3.4 – Conclusão do tópico

62. Compulsando-se os autos, observa-se que um possível Tecon II iria, de fato, de encontro à tendência mundial de que terminais de contêineres busquem cada vez mais escala na forma de longos cais e grandes retroáreas. É possível afirmar também que os investimentos necessários para sua viabilização são altos em comparação a outros projetos que estão sendo licitados atualmente para atuação com operacionalidade semelhante.

63. Apesar dessas restrições, o terminal teria acesso a 1.100m de cais compartilhado, uma medida considerada, segundo informações trazidas pela SEP/PR, razoável para um terminal de contêineres, mesmo que de uso não exclusivo. A corroborar essa argumentação o fato de que a referida Secretaria pretende licitar no bloco 1 do PAP terminal com características similares.

64. Note-se que muitos dos argumentos pela inviabilidade revestem-se de caráter meramente *circunstancial*. Por exemplo, a SEP/PR retirou o PAR02 do 2º bloco de arrendamentos portuários porque, *teoricamente*, dois terminais pequenos (TCP sem expansão) gerariam uma concorrência assimétrica com o TCPP e que o melhor interesse público e a melhor eficiência seriam obtidas, assim, pela expansão do terminal do denunciado. Ou seja, existem *indícios* que levam a crer que uma expansão do TCP seria a solução mais razoável para a destinação do terreno contíguo objeto deste processo, porém, não se observa, *tecnicamente*, fatos que demonstrem ser imprópria a existência de novo arrendamento.

65. A SEP/PR, enquanto entidade do Poder Executivo, possui liberdade constitucional para excluir do bloco 2 de arrendamentos portuários quaisquer terrenos que não considere interessante licitar e discricionariedade técnica para analisar a utilidade dos investimentos de pedido de prorrogação antecipada proposto por arrendatário. A partir, porém, do momento em que essa prorrogação ocorrerá na forma de uma expansão territorial, a questão afasta-se do art. 57 da Lei 12.815/2013 para incidir no art. 6º, § 6º, da mesma lei c/c o art. 24 do Decreto 8.033/2013. Em suma, “a expansão só será permitida quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação de novo arrendamento”.

66. O que se observa é que o denunciante conseguiu comprovar que o estudo de inviabilidade apresentou erro grave em premissa fundamental (exclusividade dos cais 215 e 216), o que, sem dúvida, comprometeu sua conclusão. Os fatos circunstanciais tratados aqui não possuem o condão de atenuar, mitigar ou compensar essa falha, ou seja, a existência técnica, operacional e econômica do Tecon II não restou totalmente afastada, portanto, **não é legalmente possível que a prorrogação antecipada do TCP utilize-se desse terreno.**

67. Dois aspectos merecem ser ressaltados aqui. Primeiro, o reconhecimento da falha técnica no estudo de inviabilidade não significa que a SEP/PR, enquanto Poder Concedente, encontra-se obrigada a licitar o terreno objeto deste processo. Enquanto controle de segunda ordem, não cabe a este Tribunal substituir órgãos regulatórios em suas decisões discricionárias. Dessa forma, a referida Secretaria possui discricionariedade para promover novos estudos que reanalisem a viabilidade de novo arrendamento, caso entenda melhor para o interesse público.

68. Segundo, considerando que restou demonstrada a contestabilidade do mercado em que se encontra o TCP, caso a SEP/PR opte por promover a licitação do terreno, não haveria óbice técnico e jurídico à participação do denunciado no referido procedimento licitatório.

69. Por todo o exposto, entende-se prudente dar ciência à SEP/PR, com fundamento no art. 4º, *caput*, da Portaria 13/2011-Segecex, que o estudo de inviabilidade apresentado pela APPA não pode ser utilizado para justificar a expansão territorial pretendida pelo TCP por meio da prorrogação antecipada objeto da Resolução-Antaq 3.677/2014, pois não demonstra cabalmente a inviabilidade técnica, econômica e operacional da licitação de novo arrendamento na referida área, ou seja, não atende aos requisitos previstos no art. 6º, §6º, da Lei 12.815/2013 c/c o art. 24 do Decreto 8.033/2013 – e, por conseguinte, não se presta a motivar análise de pedido de prorrogação antecipada em que figure, como contrapartida do incumbente, adensamento dessa estirpe.

I.4. ALEGAÇÕES RELATIVAS AOS ELEMENTOS DOS EVTEAs

70. No processo em exame, as discussões travadas entre os interessados remetem-se, em boa parte, a aspectos técnicos e econômicos que permearam a elaboração de dois estudos sobre a área em contenda: um formulado pela Appa e com conclusão pela inviabilidade de sua utilização como terminal independente – portanto, incabível a realização de certame para sua exploração – (peça 1, p. 16-36), e um segundo, apresentado pelo denunciante nestes autos (peça 30), com vistas a demonstrar que é possível a realização de licitação, nos termos legais exigidos.

71. Embora a controvérsia tenha se estabelecido em grande medida em torno de minúcias dos EVTEAs confrontados – característica esta que tem como origem a essência das manifestações iniciais (peça 1) e de recurso (peças 25, 29 e 30) do denunciante –, há que se ponderar a desnecessidade de se adentrar nesses detalhes.

72. Primeiramente, porque o exame realizado no tópico anterior ressaltou que o estudo de inviabilidade apresenta erro técnico grave em premissa fundamental que compromete sua conclusão.

73. Em segundo lugar, porque a discussão acerca da consistência dos dados, números e premissas do EVTEA apresentado pelo denunciante não se presta a subsidiar o exame exigido para o caso, por dois motivos: i) conforme já ressaltado, a inviabilidade, por ser exceção à regra, é que deve restar demonstrada, o que necessariamente direciona o foco da análise ao estudo da APPA, que teve como objetivo justamente fundamentar essa condição; ii) o EVTEA do denunciante não seria tomado como base/referência para uma futura licitação – se fosse entendida como cabível –, de modo que críticas a suas hipóteses e premissas não servem de amparo para afastar sumariamente a possibilidade de realização do certame. Portanto, não se tem como razoável orientar o exame destes autos a eventuais inconsistências de um documento que não representa oficialmente uma justificativa para a inviabilidade do certame e que nem sequer se dispõe como subsídio de eventual escolha do Poder Concedente quanto à realização de um processo licitatório.

74. Desse modo, **a conclusão decorrente, pautada no que é apropriado ao presente caso e que se mostrou suficiente ao mérito da questão a ser respondida nesta oportunidade**, reforça ainda mais o caráter despciendo de uma discussão voltada a pormenores dos EVTEAs confrontados nos autos.

I.5. ALEGAÇÕES DISSOCIADAS DO ESCOPO DO CONTROLE EXTERNO

75. Devido ao caráter essencialmente de controle externo deste processo, alegações de natureza estranha à esfera administrativa, tais quais a acusação de plágio de estudo de viabilidade, a tentativa de valoração de notícias veiculadas na imprensa sobre eventual relação da atividade empresarial do TCP com o esquema criminoso em investigação denominado “Lava Jato” (peça 84, p. 4-5), ou, ainda, o pedido de reprimenda à conduta e reconhecimento da má-fé do denunciante (peça 37, p. 8), não serão abordadas nesta instrução, sob pena de incorrer em indevido desvio de competência e finalidade.

I.6. FREE TIME

76. Conforme já explanado, o *free time* consiste em uma carência de 10 dias de taxa de armazenagem que o TCP oferece para contêineres importados. Embora de certa forma acessório à discussão principal do presente processo, o tema tem sua importância devido ao impacto nos custos e na operacionalidade do terminal.

77. Essa medida existia originalmente no contrato da TCP e foi utilizada, na época, como forma de atrair cargas e fornecer vantagens aos usuários. Segundo o arrendatário, atualmente o *free time* causa algumas ineficiências ao terminal, tais como: (i) apenas o denunciado possui essa cláusula com tamanha extensão, representando uma restrição assimétrica em relação aos outros concorrentes; (ii) ao beneficiar a importação,

causa um subsídio cruzado com outros usuários; (iii) incentiva os usuários a utilizar o terminal como armazenagem por tempo desnecessário, impactando negativamente na sua produtividade e no tempo de desembaraço.

78. Por causa disso, um dos aspectos principais da prorrogação antecipada do TCP trata da mudança em relação ao *free time*. Haveria uma mudança gradual a partir da prorrogação, em 2023. Em 2025 o prazo cairia para 7 dias, em 2026 para 5 e a partir de 2027 chegaria a 2 dias. Para se ter uma ideia da materialidade envolvida, conforme análise empreendida pela Antaq (peça 78, p. 2), sem essa redução (trazendo por conseguinte aumento nas receitas de armazenagem), o VPL do projeto de prorrogação antecipada ficaria em R\$ 147 milhões negativos, caso o volume armazenado permanecesse nos padrões atuais.

79. Devido a essa relevância, foi realizada consulta à Advocacia Geral da União (AGU) sobre a legalidade da alteração da cláusula de *free time*. O referido órgão entendeu (peça 91) que o TCP não teria direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em razão das ineficiências dessa medida, mas deixou assente que como se trata de cláusula de serviço, o Poder Concedente, objetivando cumprir as diretrizes da Lei 12.815/2013, poderia reduzir os encargos previstos no contrato, contando que fosse mantida a equação econômico-financeira e ocorresse concordância da arrendatária. Chamou a atenção, por fim, para o fato de que a nova Lei de Portos, em seu art. 3º, exige “garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor”. Nesse sentido, estatuiu que a redução do *free time* poderia representar para os usuários um ônus, cujos impactos deveriam ser sopesados com cautela pelo Poder Concedente.

80. Considerando o impacto para os usuários e para o fluxo de caixa do TCP, pertence reforçar o entendimento esposado pela D. AGU no sentido de **recomendar à SEP/PR e à Antaq, com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do Regimento Interno desta Casa, que avalie a melhor forma de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 20/98, com atenção especial para os preços de referência de armazenagem e movimentação de contêineres e veículos praticados pela arrendatária que eventualmente serão afetados pela alteração da estrutura de custos de redução da cláusula de free time, bem como para garantir que os ganhos de eficiência na realização da operação portuária sejam alcançados e repartidos com os usuários.**

CONCLUSÃO

81. O presente processo foi constituído em cumprimento ao item 9.4 do Acórdão 3.159/2014-TCU-Plenário (TC 021.121/2013-3), deliberação esta sobre denúncia de supostas irregularidades cometidas pela APPA em benefício do TCP, arrendatária que opera a movimentação de contêineres e veículos automotivos no Porto de Paranaguá.

82. O escopo dos presentes autos consiste, em suma, na apuração da regularidade da prorrogação de prazo antecipada, por 25 anos, do Contrato 20/1998, a qual conferirá ao TCP a exploração de área contígua ao terminal portuário por si explorado. A principal questão que circunda as discussões entre os interessados no processo refere-se à alegada inviabilidade de licitação como justificativa para a expansão pretendida pela empresa, a priori legalmente exigível em decorrência do disposto no art. 6, § 6º, da Lei 12.815/2013 c/c art. 24, caput, do Decreto 8.033/2013.

83. No decorrer do processo, e considerando o longo debate ocorrido entre as partes, três temas foram selecionados como fundamentais para caracterizar a inviabilidade alegada pelo estudo da APPA: a concorrência, a retroárea e a utilização do cais (extensão e tipo de uso).

84. Sobre a concorrência, observou-se que o TCP encontra-se em mercado que apresenta algum nível de contestabilidade por outros portos. Além disso, verificou-se que a Antaq autorizou o funcionamento de empreendimentos no setor de contêineres que estão localizados próximos do denunciado e que, sem dúvida, exercerão pressão concorrencial sobre ele.

85. Acerca da retroárea, identificou-se que um futuro Tecon II seria, de fato, um terminal considerado pequeno para os padrões atuais, onde a tendência é que os operadores de contêineres procurem cada vez mais escala em termos de grandes retroáreas. Dessa forma, seu nível operacional seria limitado frente a concorrentes maiores. Observou-se, contudo, a existência de terminais que possuem viabilidade mesmo com limitações operacionais, por exemplo, o STS 10, previsto para ser licitado no 1º bloco de arrendamentos portuários, já analisado por este Tribunal (TC 029.083/2013-3). Concluiu-se, assim, que esse fato, sozinho, não teria o condão de caracterizar a inviabilidade do terminal.

86. Sobre a utilização do cais, o denunciante conseguiu demonstrar que o estudo de inviabilidade apresentado continha erro grave em premissa fundamental que, certamente, afetou sua conclusão e desenvolvimento. O estudo partiu do pressuposto que os berços 215 e 216 seriam exclusivos do TCP e, assim, o Tecon II não poderia compartilhá-los. Considerando que o Contrato 20/98 não era claro sobre o tipo de utilização dessas estruturas, enviou-se diligência à Antaq, que concluiu pela falsidade da premissa, demonstrando o caráter público dessas instalações, o que permitiria, assim, seu compartilhamento com outros terminais e operadores.

87. Diante da relevância dessa premissa, entendeu-se que o estudo apresentando não tinha o condão de caracterizar, tecnicamente, a inviabilidade operacional, técnica e econômica, conforme requer a legislação portuária atual, **o que significa que a denúncia deveria ser considerada parcialmente procedente**. Devido a esse aspecto, entendeu-se prudente dar ciência à SEP/PR de que o estudo de inviabilidade apresentando não cumpre os requisitos exigidos pela Lei 12.815/2013 e pelo Decreto 8.033/2013 para justificar o adensamento de áreas – e, por conseguinte, não se presta a motivar análise de pedido de prorrogação antecipada em que figure, como contrapartida do incumbente, adensamento dessa estirpe.

88. Um aspecto que mereceu tratamento à parte no presente processo foi o pedido de redução, por parte do TCP, da cláusula de *free time* (carência de 10 dias de armazenagem para a importação). A importância do tema encontra-se no fato de que o aumento na receita de armazenagem decorrente dessa medida é fundamental para tornar viável a própria prorrogação antecipada. Considerando a materialidade dos recursos e o direito dos usuários à modicidade tarifária estipulado pela legislação, entendeu-se pertinente encaminhar recomendação à SEP/PR e à Antaq para que, caso entendam pela aprovação desse pedido (redução do *free time*), estudem a melhor forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e garantam que a eficiência decorrente dessa alteração seja repartida com os usuários.

VOLUME DE RECURSOS FISCALIZADOS E BENEFÍCIOS DO CONTROLE

89. O Volume de Recursos Fiscalizados (VRF) nos processos de fiscalização do Tribunal de Contas da União tem seus critérios de registro disciplinados pela Portaria TCU 222/2003. O art. 1º, § 1º, da referida Portaria determina que o VRF deve ser consignado “nos relatórios de auditoria e inspeção, bem como nos relatórios de levantamento em obras públicas e nos de acompanhamento em que a quantificação seja cabível”. Infere-se, pois, que o registro do VRF não se aplica ao presente caso.

90. Os benefícios do controle decorrentes da análise da denúncia em tela classificam-se como benefícios diretos qualitativos e coadunam-se com o item 66.7 “exercício da competência do TCU em resposta à demanda da sociedade” e com o item 66.1 “expectativa de controle” do documento Segecex “Orientações para Benefícios do Controle”, de março de 2012.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

91. Trata-se de processo em que consta como advogado constituído nos autos o Sr. THIAGO GROSZEWICZ BRITO OAB/DF 31.762, relacionado pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz no Anexo I ao Ofício nº 5/2013 - GAB.MIN-AC dentre aqueles que dão causa a seu impedimento, nos termos do art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno/TCU.

92. Dessa forma, encaminhe-se ao Gabinete do Ministro Relator, via Secretaria das Sessões (Seses) – para ciência e registro –, com o alerta de que a votação que apreciará o presente processo não deve contemplar a participação do Exmo. Ministro Aroldo Cedraz.

93. Diante do exposto, propõe-se encaminhar os autos à consideração da Exma. Relatora Ministra Ana Arraes com a proposta de:

I – conhecer a denúncia, porquanto satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 234, *caput*, e 235, *caput*, da Resolução-TCU 246/2011, Regimento Interno do TCU (RITCU) e considerá-la, no mérito, parcialmente procedente;

II – revogar a medida cautelar adotada contra o processo administrativo de análise da prorrogação antecipada do Terminal de Contêiner de Paranaguá S.A. (TCP) com fundamento no art. 276, §6º, do RI/TCU;

III – dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), com fundamento no art. 4º, *caput*, da Portaria 13/2011-Segecex, que o estudo de inviabilidade apresentado pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) não pode ser utilizado para justificar a expansão territorial pretendida pelo TCP por meio da prorrogação antecipada objeto da Resolução-Antaq 3.677/2014, pois não demonstra tecnicamente a inviabilidade técnica, econômica e operacional da licitação de novo arrendamento na referida área, ou seja, não atende aos requisitos previstos no art. 6º, §6º, da Lei 12.815/2013 c/c o art. 24 do Decreto 8.033/2013;

IV – recomendar à SEP/PR e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com base no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso III, do RI/TCU, que avaliem a melhor forma de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 20/98, com atenção especial para os preços de referência de armazenagem e movimentação de contêineres e veículos praticados pela arrendatária que eventualmente serão afetados pela alteração da estrutura de custos decorrente da redução da cláusula de *free time* na importação, bem como para garantir que os ganhos de eficiência na realização da operação portuária sejam alcançados e repartidos com os usuários;

V – comunicar o denunciante, a SEP/PR, a Antaq e a APPA da decisão que vier a ser proferida; e

VI – arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso V, do RI/TCU.”

2. Em busca de melhor formulação de juízo, extraí do TC 021.121/2013-3 (processo que determinou a constituição destes autos) cópias do contrato 20/1998, de seus aditivos e do edital 9/1997, que regulou o certame licitatório precursor do contrato 20/1998, e as fiz juntar aos autos, na forma das peças 114 a 116. Considerando que a leitura de tais peças demonstrava a existência de aparentes contradições acerca da modalidade de uso atribuída aos berços 215 e 216, quando confrontados o edital de licitação que deu origem à concessão inicial, as respostas fornecidas aos então licitantes, os termos de contrato e seus aditivos, e, ainda, ante as divergências entre as respostas apresentadas pela Antaq e pela APPA, solicitei o pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU.

3. Transcrevo, a seguir, o parecer do *Parquet* especializado, representado nos autos pelo procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé:

“Trata-se de denúncia autuada por força do item 9.4 do Acórdão 3.159/2014-TCUPlenário, por meio do qual foi apreciado o TC 021.121/2013-3, que cuidou de outra denúncia oferecida ao Tribunal pelo mesmo denunciante neste processo.

2. A denúncia autuada no TC 021.121/2013-3, considerada improcedente, referiu-se a possíveis irregularidades - que não se confirmaram - atinentes, na essência, a aditivos contratuais firmados entre a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA), autarquia do Estado do Paraná que assinou o Convênio de Delegação 37/2001 com a União, e a sociedade Terminal de Contêineres de Paranaguá S.A. (TCP), arrendatária de terminal para movimentação de veículos e contêineres no Porto de Paranaguá/PR.

3. Como a peça 98 do TC 021.121/2013-3, elaborada pelo denunciante, trazia notícias de supostas irregularidades distintas daquelas que até então estavam sob exame nesses autos, o Tribunal preferiu, ao acolher as ponderações constantes nos itens 39 a 52 do voto do Ministro Marcos Bemquerer Costa, relator do Acórdão 3.159/2014-TCU-Plenário (em substituição a Vossa Excelência), pela autuação desta nova denúncia.

4. Neste processo, o exame recai sobre a **viabilidade de ser, ou não, licitada área contígua àquela atualmente arrendada ao TCP**, considerando que, atualmente, existem três berços de atracação operacionais na área sob discussão nesta denúncia (Berços 215 e 216, com 564m, e Berço 217, com 315m), utilizados pelo TCP sob regimes diversos no cais do Porto de Paranaguá (exclusivo ou público/compartilhado, sendo esse um dos principais aspectos que gerou dúvidas neste processo), e um berço ainda não construído (Berço 218, com previsão de 214,7m).

5. Por oportuno, esclareço que “berços” (ou docas) são “locais de atracação e de movimentação das cargas as serem embarcadas e descarregadas” (definição disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/dicionario.pdf> - p. 22).

6. Lembro que já houve posicionamento da APPA pela inviabilidade de realização de licitação para a área contígua àquela atualmente ocupada pelo TCP (peça 1, p. 16-32). Essa manifestação da autarquia estadual foi motivada pela submissão de estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental (Evtea) elaborado por esse arrendatário e submetido à SEP/PR (peça 27, p. 54-145, e peça 28, p. 3-6), a fim de justificar a expansão da área arrendada (retroárea e construção do referido Berço 18) e a realização de novos investimentos, no bojo de pedido de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998.

7. Essa espécie de prorrogação baseia-se no art. 57 da Lei 12.815/2013, in verbis:

*‘Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua **prorrogação antecipada**, a critério do poder concedente.*

§ 1º A prorrogação antecipada de que trata o caput dependerá da aceitação expressa de obrigação de realizar investimentos, segundo plano elaborado pelo arrendatário e aprovado pelo poder concedente em até 60 (sessenta) dias.

(...)’ (grifo nosso)

8. Sobre a aplicação do referido dispositivo legal a casos concretos, registro que está em curso neste Tribunal o TC 024.882/2014-3, processo sob relatoria de Vossa Excelência que cuida do acompanhamento dos procedimentos adotados pela SEP/PR e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) em relação à antecipação das prorrogações dos contratos de arrendamentos portuários.

9. O Evtea elaborado pelo TCP e que mencionei anteriormente foi aprovado pela Antaq por meio da Resolução 3.677, de 3/10/2014, tendo a agência reguladora autorizado a

*(...) realização de investimentos totais no montante de **R\$ 543.173.745,17** (...), visando a celebração de aditamento ao Contrato de Arrendamento nº 020/98, de titularidade da empresa TCP (...), nos termos do § 1º do art. 57 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, contemplando a sua **prorrogação pelo período de 25 (...)** anos, a ser celebrado com a Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR. (grifos nossos)*

10. O passo final para a efetivação da prorrogação antecipada seria (ou será, caso este Tribunal delibere pela legalidade dos procedimentos até o momento realizados e o TCP cumpra todas as exigências junto à APPA, à Antaq e à SEP/PR), nos termos do retrotranscrito art. 57, *caput*, da nova Lei dos Portos, a assinatura de aditivo ao Contrato 20/1998, entre o poder concedente (União), representado pela SEP/PR, e o TCP.

11. A controvérsia nos autos redundou, inicialmente, no indeferimento de medida cautelar solicitada pelo denunciante ainda no TC 021.121/2013-3, nos termos do despacho do Ministro Marcos Bemquerer Costa, de 9/12/2014 (peça 12), proferido nesta denúncia. Contra essa decisão insurgiu-se o denunciante, por meio de “*pedido de reconsideração*” (peça 25).

12. Ao receber essa manifestação do denunciante como mero aditamento à denúncia (e não como agravo, por ser intempestivo) e acolher, em parte, a proposta de encaminhamento sugerida pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroFerrovia) na instrução à peça 35, o Ministro Raimundo Carreiro (em razão de afastamento legal de Vossa Excelência) decidiu pela adoção de medida cautelar, no sentido de que a SEP/PR se abstivesse de

(...) assinar o aditivo ao Contrato 20/1998, firmado entre a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) e a empresa Terminal de Contêineres de Paranaguá (TCP), com o adensamento de área contígua previsto nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica, Financeira e Ambiental aprovados pela Resolução Antaq 3.677/2014, até que este Tribunal se manifeste conclusivamente sobre o mérito da matéria; (excerto do item 31.1 do despacho de 20/1/2015 - peça 46, p. 4)

13. Em razão dessa medida, referendada pelo Plenário do TCU em Sessão de 21/1/2015, foi realizada a oitiva da SEP/PR, da Antaq e da APPA, tendo o TCP agravado a decisão (peças 57 a 60).

14. Novamente atuando no processo em vista do afastamento legal de Vossa Excelência, o Ministro Raimundo Carreiro proferiu o despacho à peça 68, de 12/2/2015, tendo optado Sua Excelência por não apreciar o recurso da TCP naquela ocasião, em vista do “*grande volume de informações contido nos estudos*

que subsidiaram aquele recurso, bem como à vista da elevada complexidade técnica da matéria”. Assim, os autos foram restituídos à SeinfraHidroFerrovia, para que se pronunciasse a respeito do assunto.

15. Em instrução de 25/6/2015 (peça 101), a unidade técnica entendeu prudente sanar dúvida que surgiu a partir do exame dos diversos elementos constantes dos autos - especialmente o Contrato 20/1998 e seus aditivos -, acerca do regime de uso dos Berços 215 e 216 do cais do Porto de Paranaguá. A unidade técnica justificou a necessidade de sanear os autos para se certificar se esses berços seriam públicos (podendo, por conseguinte, ser compartilhados, por hipótese, com outro futuro arrendatário) ou de uso exclusivo do TCP, o que, em consequência, reduziria a extensão do cais, em relação a outro eventual arrendatário, apenas ao Berço 217 e ao futuro Berço 218, ambos públicos e de uso, potencialmente, compartilhado.

16. Foi realizada, então, diligência à Antaq, com o seguinte teor:

‘a) identifique, de forma conclusiva, o regime de uso vigente nos berços 215 e 216 do Porto de Paranaguá - se exclusivo ou público/compartilhado -, utilizando-se como fundamento, entre outras referências que julgar pertinentes:

a.1) o confronto entre as disposições contidas na Cláusula Terceira do Contrato 20/1998 e na Cláusula Segunda do seu 4º Termo Aditivo com os termos da Cláusula Primeira do seu 6º Termo Aditivo; e

a.2) as regras de atracação da Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina, considerando, também, o entendimento esposado na peça 93 do presente processo em email enviado a esta Corte pelo Gerente de Portos Substituto da Antaq (...).

(excerto do ofício de diligência, de 25/6/2015 - peça 103 - grifo nosso)

17. Tal questionamento mostrou-se essencial para o exame dos autos, visto que a APPA afirmou que “**os Berços 215 e 216 são de uso exclusivo do TCP**” (expediente à peça 81, datado de 2/3/2015 - grifo nosso), enquanto a Antaq, nos termos da resposta à mencionada diligência (peça 107), manifestou o seguinte entendimento:

‘a) - Os berços 215 e 216 são de uso público e voltados para operação de contêineres, conforme prevê a Ordem de Serviço nº 134/2013, atualizada pela Ordem de Serviço nº 101/2014;

*- A Cláusula Terceira do Contrato de Arrendamento 020/1998 em seu inciso 1, prevê exclusividade ao TCP na realização de operações portuárias na área do Terminal. Infere-se que a exclusividade se restringe à área do Terminal (área arrendada). **O berço e a faixa de cais não compõem a área arrendada.***

*- Já o inciso 2 da mesma Cláusula Terceira estende a exclusividade ao TCP das operações portuárias de embarques e desembarques daquelas cargas vinculadas ao TCP. **Isso não impe de que outros operadores portuários operem cargas no cais 215 ou 216 destinadas a outros arrendatários, que não o TCP.***

- Os berços 215 e 216 são voltados para movimentação de contêineres. Antes da construção da extensão do berço 216 e de novos dolphins, objeto de 4º Termo Aditivo celebrado em 1º/02/2002, a operação de navios Roll on/ roll off e PCCs era feita no berço 216 com a utilização complementar de dolphins para atracação/amarração. Após a conclusão das obras objeto do 4º Termo Aditivo (extensão do 216 e novos dolphins), o TCP passou a utilizar os berços 215 e 216 apenas para contêineres. O 4º Termo Aditivo impôs que nos berços 215 e 216 o TCP operasse exclusivamente contêineres. Com isso, os navios Roll on/ roll off e PCCs destinados ao TCP, passaram a atracar nos novos dolphins, deitando a rampa de operação na extremidade do berço 216.

- O Sexto Termo Aditivo em sua Cláusula Primeira estabeleceu ao TCP a obrigação de construir um novo cais com berço de atracação (berço 217). Impôs que a área do cais será pública e não poderá ser incorporada ao Contrato de Arrendamento 020/1998, tampouco poderá ser prometida a terceiros a qualquer título. Ou seja, o fato do TCP construir o cais não lhe dará direitos sobre o mesmo.

*2. Em que pese o texto contido na Cláusula Segunda do 4º Termo Aditivo onde **anuncia a destinação dos berços 15 e 16, em toda a sua plenitude, para atendimento do TERMINAL**, não se pode inferir que a expressão "plenitude" tenha o significado de exclusividade, pois a própria Cláusula Terceira do*

mesmo Termo Aditivo lhe negaria essa interpretação, ao assegurar que a integração de tais instalações portuárias ao arrendamento não altera a natureza do regime de exploração das instalações, na modalidade de uso público, tal como previsto na Cláusula Quarta do Contrato de Arrendamento. Cláusula Segunda do 4º Termo Aditivo:

(...)' (grifos nossos e do original)

18. Conforme mencionado pela Antaq, o TCP utiliza os Berços 215 e 216 do cais do Porto de Paranaguá para movimentar contêineres. No Berço 217, de uso público, operam, com preferência (o que implica possibilidade de compartilhamento), navios *Roll on/roll off* (“Rolar para dentro/Rolar para fora”) e PCC (*pure car carrier*).

19. Adiante, neste parecer, retomo a questão dos berços de atracação e seus regimes de utilização, que tem estreita relação com o principal foco deste processo, sobre a viabilidade de ser licitada, ou não, a área contígua ao terminal do TCP, por ele pretendida para fins de expansão de suas atividades (via prorrogação antecipada de seu contrato de arrendamento).

20. Em 19/5/2015 (data da instrução à peça 109, inserida no e-TCU em 2/7/2015), a SeinfraHidroFerrovia manifestou-se quanto ao mérito da denúncia, por seu conhecimento e procedência parcial.

21. A unidade técnica chegou às seguintes conclusões, baseada no exame de três temas centrais, quais sejam, a **concorrência**, a **retroárea** e a **utilização do cais** (extensão e tipo de uso) no Porto de Paranaguá:

*‘84. Sobre a **concorrência**, observou-se que o TCP encontra-se em mercado que apresenta algum nível de contestabilidade por outros portos. Além disso, verificou-se que a Antaq autorizou o funcionamento de empreendimentos no setor de contêineres que estão localizados próximos do denunciado e que, sem dúvida, exercerão pressão concorrencial sobre ele.*

*85. Acerca da **retroárea**, identificou-se que um futuro Tecon II [denominação dada a um segundo hipotético terminal que se instalaria na área contígua à do TCP, em caso de realização de licitação] seria, de fato, um terminal considerado pequeno para os padrões atuais, onde a tendência é que os operadores de contêineres procurem cada vez mais escala em termos de grandes retroáreas. Dessa forma, seu nível operacional seria limitado frente a concorrentes maiores. Observou-se, contudo, a existência de terminais que possuem viabilidade mesmo com limitações operacionais, por exemplo, o STS 10 [Porto de Santos], previsto para ser licitado no 1º bloco de arrendamentos portuários, já analisado por este Tribunal (TC 029.083/2013-3). Concluiu-se, assim, que esse fato, sozinho, não teria o condão de caracterizar a inviabilidade do terminal.*

*86. Sobre a **utilização do cais**, o denunciante conseguiu demonstrar que o estudo de inviabilidade apresentado [pela APPA - peça 1, p. 16-36] continha erro grave em premissa fundamental que, certamente, afetou sua conclusão e desenvolvimento. O estudo partiu do pressuposto que os berços 215 e 216 seriam exclusivos do TCP e, assim, o Tecon II não poderia compartilhá-los. Considerando que o Contrato 20/98 não era claro sobre o tipo de utilização dessas estruturas, enviou-se diligência à Antaq, que concluiu pela falsidade da premissa, demonstrando o caráter público dessas instalações, o que permitiria, assim, seu compartilhamento com outros terminais e operadores. (grifos nossos)*

22. Destaco que a procedência parcial da denúncia foi fundamentada pela SeinfraHidroFerrovia na conclusão de que o estudo de inviabilidade da APPA, que teria considerado, de modo incorreto, na visão da unidade técnica, o uso exclusivo dos Berços 215 e 216 pelo TCP, “não tinha o condão de caracterizar, tecnicamente, a inviabilidade operacional, técnica e econômica, conforme requer a legislação portuária atual” (item 87 da instrução à peça 109 - grifo nosso).

23. Na proposta de encaminhamento da SeinfraHidroFerrovia, além da revogação da medida cautelar adotada nos autos em 20/1/2015, constou a seguinte sugestão:

‘II - dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), com fundamento no art. 4º, caput, da Portaria 13/2011-Segecex, que o estudo de inviabilidade apresentado pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) não pode ser utilizado para justificar a expansão territorial pretendida pelo TCP por meio da prorrogação antecipada objeto da Resolução-Antaq 3.677/2014, pois não demonstra tecnicamente a inviabilidade técnica, econômica e operacional

da licitação de novo arrendamento na referida área, ou seja, não atende aos requisitos previstos no art. 6º, §6º, da Lei 12.815/2013 c/c o art. 24 do Decreto 8.033/2013;’ (grifos nossos)

24. Não obstante ter sido sugerida a revogação da medida cautelar, não houve posicionamento da unidade técnica quanto ao conhecimento e ao mérito do agravo interposto pelo TCP contra a decisão adotada neste processo em 21/1/2015.

25. Vossa Excelência, nos termos do despacho de 20/7/2015 (peça 119), revelou que os elementos até o momento presentes nos autos não deixavam claro se seria viável, economicamente, a operação de um hipotético futuro arrendatário que viesse a se instalar na área contígua àquela ocupada pelo TCP. 26. O seguinte excerto do referido despacho revelou a incerteza de Vossa Excelência sobre o tema:

*‘4. O ponto nodal discutido nestes autos é a existência da referida inviabilidade. **O cerne da questão relaciona-se à possibilidade de utilização, por um eventual novo arrendatário, de outras áreas de atracação, além do futuro berço 218.** A TCP afirmou que a nova arrendatária somente poderia se utilizar dos berços 217 e 218, uma vez que deteria a exclusividade na utilização dos berços 215 e 216. O denunciante refutou essas afirmativas e defendeu a natureza pública dos berços 215 e 216 [tese acolhida pela unidade técnica deste Tribunal]. Observe-se que, **caso não seja possível ao eventual novo arrendatário utilizar-se de tais áreas, o empreendimento se revelará economicamente inviável.**’ (grifos nossos)*

27. Além disso, o despacho de Vossa Excelência evidenciou a possibilidade de se chegar a conclusões divergentes quanto ao regime de utilização dos Berços 215 e 216, a partir do confronto de cláusulas do Contrato 20/1998 e seus aditivos; do Edital de Licitação 9/1997, que precedeu a assinatura do contrato; e de documentos da APPA, por meio dos quais foram sanadas, à época do certame licitatório, dúvidas dos licitantes sobre o referido edital (peças 114 a 116).

28. Foi ressaltado, ainda, por Vossa Excelência, que as informações oriundas da APPA, de uso exclusivo dos Berços 215 e 216 pelo TCP (peça 81, p. 7), iriam de encontro àquelas prestadas pela Antaq, de que “os berços 215 e 216 são de uso público e voltados para operação de contêineres” (peça 107, p. 1 - grifo nosso).

29. Vossa Excelência, ao final do despacho, distinguiu o Ministério Público junto ao TCU com a oportunidade de opinar nesta denúncia, nos seguintes termos:

*‘11. Destarte, em vista da relevância e da complexidade da questão e dos aspectos jurídicos que a envolvem, **solicito o pronunciamento do Ministério Público acerca dos pontos suscitados neste despacho, em especial, e de outros que considere relevantes para formulação de juízo de mérito.** Solicito-lhe, outrossim, urgência na análise do feito, uma vez que a renovação antecipada discutida nos autos encontra-se obstada por medida cautelar concedida por esta Corte.’ (grifo nosso)*

I

30. Passo a discorrer, primeiro, sobre a principal dúvida levantada por Vossa Excelência no despacho à peça 119, acerca do regime de uso dos Berços 215 e 216 do Porto de Paranaguá, para, na seção seguinte deste parecer, emitir opinião sobre a viabilidade ou inviabilidade de se promover certame licitatório para arrendamento da área contígua àquela atualmente ocupada pelo TCP, por ele visada para sua expansão, que configura o tema central da denúncia.

31. O problema da utilização dos berços deve ser visualizado, em especial, sobre duas óticas: (a) uso, de fato, dos berços (por qual ou quais arrendatário[s], se somente o TCP ou se há outro operador/arrendatário neles operando) e (b) previsão contratual (Contrato 20/1998 e aditivos), em face do arrendamento que detém a sociedade TCP no Porto de Paranaguá.

32. Em termos operacionais (utilização real), a unidade técnica ressaltou, no item 59 de sua instrução, que o “TCP, de fato, opera exclusivamente esses berços [referindo-se aos Berços 215 e 216], mas apenas por ser o único terminal atualmente em operação e não devido a direito contratualmente reconhecido.”

33. A questão reclama o exame do Edital de Licitação 9/1997 e do Contrato 20/1998 para se chegar a conclusões sobre o uso dos berços controversos, desde a redação original do contrato até o seu derradeiro aditivo (Sexto, de interesse à presente discussão, não obstante ser o Oitavo o último termo aditivo).

34. O Anexo II do Edital 9/1997, que dispôs sobre o “*Memorial Descritivo das Instalações a serem Arrendadas*”, previa, em seu item 18, que:

‘18. Para atendimento do TERMINAL serão destinados, a princípio, os berços 15 e 16 do atual cais do Porto de Paranaguá, num total de 364m. A APPA fará construir, num prazo máximo de 1 (um) ano da assinatura do CONTRATO, 2 (dois) “dolphins” de atracação e 1 (um) “dolphin” de amarração no final do cais Leste, para permitir operações de navios roll-on roll-off no berço 16.’ (peça 115, p. 49 – grifo nosso)

35. Embora seja possível concluir que os berços faziam parte do arrendamento, não houve referência, na transcrição supra, sobre o regime de uso dos Berços 215 e 216 (“15” e “16”, à época), se seriam, ou não, exclusivos ao futuro arrendatário (ou, ao menos, se haveria exclusividade em relação a algum deles).

36. O Anexo V do Edital 9/1997 (“*Projeto Conceitual de Referência*”) avançou na questão, pois assim dispunha em sua Seção I (“*Introdução*”):

*‘4. Para atendimento do TERMINAL será destinado com **exclusividade o berço 15 e preferenciado o berço 16 do atual cais do Porto de Paranaguá**, nos termos do item 04.01.01 do EDITAL, num total de 364m (trezentos e sessenta e quatro metros), que serão estendidos para 534m (quinhentos e trinta e quatro metros). Independentemente da exclusividade concedida, a ARRENDATÁRIA deverá conceder preferência aos navios com cargas destinadas a montadoras de veículos instaladas no Estado do Paraná.’ (peça 116, p. 27 - grifo nosso).*

37. Nota-se que foi permitido o uso exclusivo do Berço 215 ao então licitante, futuro arrendatário (que veio a ser o TCP), apenas com a ressalva de que deveria ser dada preferência a navios que contivessem “*cargas destinadas a montadoras de veículos instaladas no Estado do Paraná*”.

38. Ocorre que essa realidade, fixada em 1997, foi alterada com a construção da extensão do Berço 216 e de novos *dolphins*, objeto do 4º Termo Aditivo ao Contrato 20/1998, celebrado em 1º/2/2002 (a ser adiante explorado), onde passaram a operar os navios *Roll on/roll off* e PCC, com veículos. O *dolphin* é uma “*coluna de concreto fincada no fundo do mar que aflora à sua superfície e serve para atracar (dolphin de atracação) e para amarrar (dolphin de amarração) navios. Em alguns casos dispensam os cais corridos*” (definição disponível em: <http://www.antaq.gov.br/portal/anuarios/portuario2009/termos.htm>).

39. Com relação ao Berço 216, havia, no Anexo V do edital da licitação, apenas a previsão de uso preferencial pelo vencedor da licitação - o que implica que sua utilização poderia ser compartilhada -, ou seja, não foi mencionada exclusividade desse berço ao futuro arrendatário (cargas por ele contratadas).

40. Prosseguindo com o exame dos termos do Edital 9/1997, reproduzo alguns dos questionamentos e respectivas respostas então fornecidas pela Comissão de Licitação da APPA aos licitantes em 18/8/1997, previamente ao recebimento de propostas, que também foram transcritos no item 8 do despacho de Vossa Excelência:

‘12- Pergunta: Anexo V - Seção I - Item 4 - Quais as regras que regerão a “preferência aos navios com cargas destinadas a montadoras de veículos”?’

***Resposta:** À exceção das cargas contratadas pelo Terminal, que tem exclusividade [no Berço 215]/preferência [no Berço 216], nas outras hipóteses as cargas pertinentes as montadoras de veículos instaladas no Paraná, terão preferência.*

(...)

40- Pergunta: Prioridade na Atracação e Exclusividade na utilização no berço - Os berços de atracação do TEVECON [denominação então utilizada para definir aquele terminal] serão exclusivos para utilização por parte da Arrendatária para operação do Objeto deste Edital, ou seja, os navios terão prioridade?

***Resposta:** A exclusividade refere-se ao berço 15.*

(...)

59- Pergunta: O contrato de arrendamento tem caráter de exclusividade no uso dos berços para movimentação de contêineres e veículos. Os veículos importados pelas montadoras instaladas no

Paraná, descarregados nos berços exclusivos do TEVECON, farão jus ao pagamento da tarifa à arrendatária e seu volume será computado no cálculo de veículos movimentados no ano?

Resposta: *Sim, desde que operados pela arrendatária.*

(peça 116, p. 35-47 - grifos nossos e do original)

41. Embora haja expresse esclarecimento quanto ao uso exclusivo do Berço 215 (então denominado “berço 15”) na Pergunta 40, a resposta à Pergunta 12 gera dúvidas sobre a exclusividade da arrendatária nesse berço, quando confrontada com a necessidade de conceder preferência na operação de navios com carga de veículos.

42. Pela redação do item 4 da Seção I do Anexo V do Edital 9/1997, entende-se que somente não haveria exclusividade da arrendatária quando houvesse necessidade de operar navios com “*cargas destinadas a montadoras de veículos instaladas no Estado do Paraná*”, que teriam preferência no Berço 215. A situação não é a mesma se a referência de interpretação passa a ser a resposta à retrotranscrita Pergunta 12, na qual consta a orientação de que as cargas das montadoras de veículos teriam preferência somente nos casos em que não estivessem sendo operadas “*cargas contratadas pelo Terminal*”.

43. Passo a examinar o Contrato 20/1998 (peça 114, p. 32-61) e seus aditivos (peça 114, p.1-30), na expectativa de que sejam mais esclarecedores que os termos do Edital 9/1997 e as respostas da Comissão de Licitação da APPA que transcrevi anteriormente.

44. A Cláusula Terceira do referido contrato assim *dispõe*:

‘CLÁUSULA TERCEIRA - DA EXCLUSIVIDADE DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES PORTUÁRIAS NO TERMINAL:

1. É assegurada à ARRENDATÁRIA, ou a terceiros por ela contratados, exclusividade na realização de operações portuárias de movimentação e armazenagem de contêineres e veículos automotivos na área do TERMINAL.

2. A exclusividade assegurada no item anterior abrange, inclusive a realização de operações portuárias de embarque/desembarque de contêineres e veículos automotivos no TERMINAL, utilizando-se da faixa de cais definida no Anexo V do Edital.’

(peça 114, p. 33 - grifos nossos e do original)

45. Neste ponto, evidencia-se **discrepância entre o Contrato 20/1998 e o edital da licitação que o precedeu**: enquanto o edital mencionou exclusividade quanto ao Berço 215, mesmo com eventual preferência a ser dada “*aos navios com cargas destinadas a montadoras de veículos instaladas no Estado do Paraná*” (item 4 do Anexo V do Edital 9/1997), o contrato não fez qualquer ressalva quanto à exclusividade de berços (o que poderia conduzir à conclusão de que abrangeria os Berços 215 e 216), nem mencionou se a exclusividade recairia apenas sobre o Berço 215 ou se, também, incluiria o Berço 216 (considerando que ambos integravam a “*faixa de cais definida no Anexo V do Edital*”, conforme menção constante do item 2 da Cláusula Terceira do Contrato 20/1998).

46. Não obstante, o contrato foi *expresso* ao estabelecer o regime de “*uso público*” na exploração do terminal arrendado, previsto no art. 4º, § 2º, inciso I, da Lei 8.630/1993, então vigente, nos termos de sua Cláusula Quarta, a seguir transcrita:

‘CLÁUSULA QUARTA - DA MODALIDADE DE EXPLORAÇÃO DO TERMINAL:

A exploração do TERMINAL far-se-á no regime previsto no inciso I do § 2º do art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, ou seja, na modalidade de “uso público”.’ (grifos do original)

47. O confronto das Cláusulas Terceira e Quarta do Contrato 20/1998 traz dúvidas sobre qual seria, de fato, o regime de uso dos Berços 215 e 216, (a) se público, podendo, portanto, haver compartilhamento com terceiros (cf. Cláusula Quarta), ou (b) exclusivo, “*para movimentação de carga própria*” (cf. alternativa prevista no art. 4º, § 2º, inciso II, alínea “a”, da Lei 8.630/1993, para exploração de instalações portuárias de uso privativo), nos termos de sua Cláusula Terceira (a qual não dispôs sobre a exclusividade de berços de modo explícito, conforme ressaltai anteriormente).

48. Cabe apontar que o marco legal vigente à época da assinatura do Contrato 20/1998 foi alterado com a edição da nova Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), com relação à compreensão do que seria “público” ou “exclusivo”, quando se leva conta o cais e os berços de um porto organizado ou de um terminal de uso privado.

49. Em 1998, quando se encontrava em vigor a Lei 8.630/1993, uma “*instalação portuária de uso privativo*” poderia se encontrar “*dentro ou fora da área do porto [organizado]*”, conforme dispunha o art. 1º, § 1º, inciso V, dessa lei. A partir da entrada em vigor da Lei 12.815, em 5/6/2013, restou expressamente esclarecido que os terminais de uso privado somente poderiam estar localizados “*fora da área do porto organizado*”, nos termos do art. 2º, inciso IV, da nova Lei dos Portos.

50. Como o TCP não é um terminal de uso privado, nem suas instalações configuravam uma “instalação portuária de uso privativo”, na acepção do art. 1º, § 1º, inciso V, da Lei 8.630/1993, a exploração de seu arrendamento somente pode ocorrer, por consequência, num cais público, localizado no porto organizado de Paranaguá.

51. Assim, exclui-se a alternativa, anteriormente aventada em face da Cláusula Terceira do Contrato 20/1998, de que o regime de uso dos Berços 215 e 216 seria exclusivo, no contexto de exploração de uma instalação portuária de uso privativo (que nunca foi o caso do TCP).

52. O Primeiro, o Segundo e o Terceiro Termos Aditivos ao Contrato 20/1998 (peça 114, p. 29-30, p. 23-26 e p. 17-21, respectivamente) não trazem reflexos para a presente discussão.

53. O Quarto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 (peça 114, p. 4-13), que cuidou de reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, trouxe disposições que interessam ao caso sob exame.

54. A Cláusula Segunda desse termo (“*Assunção de Encargos pela Arrendatária*”), no quinto, sétimo e oitavo parágrafos de seu item 2, trouxe a seguinte redação:

‘Por decorrência do ora estipulado, ficam retificados os itens 18 e 19 do Anexo II e 5, “b”, e 6 do Anexo V do Edital, que são substituídos pelas disposições da presente Cláusula, remanescendo, todavia, a previsão da destinação dos berços 15 e 16, em toda a sua plenitude, para atendimento do TERMINAL.

(...)

Após a construção e a disponibilização para uso no **TERMINAL** das obras previstas nos itens 1, “a”, e 2 desta Cláusula, o berço nº 16 passará a ser utilizado exclusivamente para a movimentação de contêineres, mantendo-se a preferência de atracação, neste berço, com navios com cargas containerizadas destinadas às indústrias automobilísticas instaladas nesta data no Estado do Paraná.

Até a conclusão dos dois *dolphins* de atracação, do *dolphin* de amarração e da plataforma que permita a atracação e operação de navios *Roll-on/roll-off* e PCCs, continua prevalecendo o compartilhamento da preferência de atracação no berço nº 16 com navios de veículos das indústrias automobilísticas instaladas no Estado do Paraná. (...)’ (peça 114 - p. 8 - grifos nossos e do original)

55. A Cláusula Terceira do termo (“*Os Bens Integrantes do Arrendamento*”), por sua vez, assim dispôs em seus parágrafos primeiro, terceiro e quarto:

‘*Passam a integrar o arrendamento as instalações portuárias a serem construídas pela ARRENDATÁRIA na forma da Cláusula 2ª deste instrumento (...).*

A integração de tais instalações portuárias ao arrendamento não altera a natureza do regime de exploração das instalações, na modalidade de “uso público”, tal como previsto na Cláusula 4ª do Contrato de Arrendamento.

Sendo a área arrendada a única área destinada pela APPA para a operação de contêineres dentro dos limites dos portos organizados de Paranaguá e Antonina, (...) ratifica-se, neste ato, a cláusula 3ª do Contrato de Arrendamento, que assegura à Arrendatária a exclusividade na realização de operações portuárias de movimentação e armazenagem de contêineres e veículos automotivos na área do TERMINAL.’ (peça 114, p. 8-9 - grifos nossos e do original)

56. Três aspectos devem ser ressaltados quanto às disposições transcritas do Quarto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998.

57. Primeiro, acerca do quinto parágrafo da Cláusula Segunda do Quarto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998, concluo que a expressão “*em toda a sua plenitude*” pode conduzir ao entendimento de que havia exclusividade no uso, pela arrendatária, dos Berços 215 e 216.

58. **A opinião aqui expressa vai de encontro àquela manifestada pela Antaq**, por meio do Ofício nº 059/2015-DG-ANTAQ, de 30/6/2015 (peça 107, p. 2 - grifos nossos e do original), nos seguintes termos:

*‘2. Em que pese o texto contido na Cláusula Segunda do 4º Termo Aditivo onde **anuncia a destinação dos berços 15 e 16, em toda a sua plenitude, para atendimento do TERMINAL, não se pode inferir que a expressão “plenitude” tenha o significado de exclusividade, pois a própria Cláusula Terceira do mesmo Termo Aditivo lhe negaria essa interpretação, ao assegurar que a integração de tais instalações portuárias ao arrendamento não altera a natureza do regime de exploração das instalações, na modalidade de uso público, tal como previsto na Cláusula Quarta do Contrato de Arrendamento.***’

59. A divergência de entendimentos aponta, no mínimo, falta de clareza na redação do Quarto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998, ou mesmo incoerência interna entre suas disposições, pois se pode chegar, ou não, à conclusão de que havia exclusividade no uso dos Berços 215 e 216 pelo TCP (e não apenas do 215), a depender da interpretação de cada leitor sobre o alcance das Cláusulas Segunda e Terceira desse termo.

60. O segundo aspecto a ser evidenciado quanto ao Quarto Termo Aditivo refere-se à preferência de atracação no Berço 216, em dois momentos distintos: antes e após a construção da extensão do Berço 216 e de novos *dolphins*, prevista na Cláusula Segunda desse termo. Enquanto o Edital 9/1997 e o Contrato 20/1998 previam a preferência na operação de navios com carga de veículos nesse berço (indústrias automobilísticas instaladas no Estado do Paraná), tal preferência foi alterada, a partir da conclusão da extensão e dos *dolphins* mencionados, para “navios com cargas containerizadas destinadas às indústrias automobilísticas instaladas nesta data no Estado do Paraná” (peça 114, p. 8 - grifo nosso).

61. Essa alteração, por si só, não representa técnica redacional imprópria, mas serve, tão somente, para ilustrar que determinadas condições, fixadas no edital da licitação que precedeu o Contrato 20/1998, foram alteradas no decorrer da execução contratual.

62. O terceiro aspecto a ser ressaltado é a possível discrepância interna entre as disposições da Cláusula Terceira do Quarto Termo Aditivo, pois ora mencionam que as novas instalações (extensão do Berço 216 e novos *dolphins*) não alterariam o regime de “uso público”, tal como previsto na Cláusula 4ª do Contrato de Arrendamento” (peça 114, p. 9), ora destacam a “exclusividade na realização de operações portuárias de movimentação e armazenagem de contêineres e veículos automotivos na área do TERMINAL” (peça 114, p. 9 - grifos nossos e do original), com remissão à Cláusula Terceira do Contrato 20/1998.

63. O Quinto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 (peça 114, p. 1-2) apenas dispôs sobre a prorrogação do prazo para conclusão dos *dolphins* previstos no Quarto Termo Aditivo, não trazendo, portanto, impacto ao presente debate.

64. Os demais termos aditivos ao Contrato 20/1998 (Sexto ao Oitavo) foram objeto de debates no âmbito do TC 021.121/2013-3. Considerando que o Sétimo e o Oitavo Termos Aditivos ao contrato trataram apenas de alterações societárias, não há necessidade de abordá-los neste parecer.

65. A legalidade do Sexto Termo Aditivo (peça 30 do TC 021.121/2013-3) foi assim abordada no voto condutor do Acórdão 3.159/2014-TCU-Plenário, proferido pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa (em substituição a Vossa Excelência):

‘24. Relativamente à questão da assinatura do 6º Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento 20/1998, verifico que ele objetivou a ampliação do objeto do contrato de arrendamento para realizar investimentos destinados à construção de um cais público de 315 m [Berço 217]. Está explicitamente registrado que a área física do berço de ampliação (3º cais), contígua aos demais berços de atracação já utilizados pela arrendatária, não poderá ser incorporada à área objeto do contrato.

25. Previu-se, também, que o 3º cais construído permanecerá sob a modalidade de uso público. O arrendatário deverá pagar pela utilização da estrutura do cais no prazo, nas condições e nas revisões da tarifa portuária já praticada nos demais berços utilizados. Não foi assegurada exclusividade ou prioridade de atracação a esse arrendatário. Segundo a APPA, o novo cais deverá operar de acordo com seu Regulamento de Operações e poderá, a critério das necessidades operacionais da Autoridade Portuária, ser utilizado por outros players e/ou para movimentar cargas de outros segmentos.

26. Ademais, como bem colocado pelo MPTCU, se foi demonstrado que havia necessidade de ampliação do cais, e se era inviável técnica, operacional e economicamente que um terceiro, que não o TCP, explorasse a nova área, deparou-se a administração com a inviabilidade de competição, o que tornou inexigível a licitação, à luz do art. 25, caput, da Lei 8.666/1993.

27. Dessa forma, acompanho a SefidTransporte e o MPTCU e considero válido o termo aditivo e im procedente a denúncia nesse aspecto.’ (grifos nossos)

66. Não obstante ter sido considerado legal pelo TCU, o Sexto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 trouxe mais dúvidas do que esclarecimentos à discussão sobre o regime de uso dos berços de atracação no Porto de Paranaguá, utilizados pelo TCP.

67. Em um dos considerando desse aditivo, faz-se, por um lado, expressa menção ao uso exclusivo das áreas até então arrendadas em favor do TCP (das quais faziam parte os Berços 215 e 216), decorrente da exclusividade na “realização de operações portuárias no Terminal (...), utilizando-se da faixa de cais definida no anexo V do referido Edital”, conforme trechos em destaque, a seguir:

‘Considerando que a empresa TCP, ARRENDATÁRIA das instalações portuárias localizadas no Porto de Paranaguá, para a exploração de um Terminal de Veículos e Contêineres, consoante cláusula terceira do contrato n. 20/98 de arrendamento, lhe é assegurado exclusividade da realização de operações portuárias no Terminal, destinadas a movimentação e armazenagem de veículos automotivos e contêineres, conforme descrito no anexo II do Edital de Concorrência n. 009/97, sendo que a administração e exploração do Terminal é o estabelecido no contrato de Arrendamento nº 020-98-APPA firmado em 13/04/1998 e seus (5) cinco termos aditivos, utilizando-se da faixa de cais definida no anexo V do referido Edital.’

(peça 30, p. 1-2, do TC 021.121/2013-3 - grifos nossos e do original)

68. Por outro lado, destaca-se que, a partir da construção do Berço 217, com extensão de 315m e adjacente aos Berços 215 e 216, passaria o cais público a ter uma extensão total de 980,15m (extensão que não confere com aquela que mencionei no item 4 deste parecer, possivelmente, por englobar parte do Berço 214, que sobrepõe, parcialmente, o Berço 215 ao Corredor de Exportação do porto), conforme Cláusula Primeira do Sexto Termo Aditivo:

‘CLÁUSULA PRIMEIRA: O presente Termo Aditivo (6) tem por finalidade ampliar o objeto do contrato de arrendamento firmado com o TCP (020/98), para nele realizar investimentos destinados à construção de um cais público de 315,00m. de extensão por 25,75m de largura, perfazendo uma área de 8.111,25 m², adjacente, agregado e interligado aos dois já existentes, formando um cais público de 980,15m de extensão em sua totalidade, preservando as operações de veículos durante e após a execução das obras.’

(peça 30, p. 3, do TC 021.121/2013-3 - grifos nossos e do original)

69. O que se percebe, da leitura das disposições do Sexto Termo Aditivo, é o uso da expressão “cais público”, por parte da APPA (responsável pela elaboração desse documento), sem a preocupação de distinguir qual seria o regime de uso dos berços desse cais.

70. Assim, a interpretação isolada do Sexto Termo Aditivo evidencia que seria possível a coexistência do uso exclusivo dos Berços 215 e 216 por parte do TCP (vide considerando desse aditivo, retrotranscrito) em um cais público na mesma área, o que gerou dúvidas nesta denúncia.

71. A redação do Sexto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 (assinado em 19/8/2008) deveria ter observado o que dispunha a então vigente Lei 8.630/1993, especificamente sobre a modalidade de exploração das instalações portuárias (que pressupõe o uso de berços de atracação, localizados no cais), *in verbis*:

‘Art. 4º omissis

*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;*

(...)

§ 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.

(...)

§ 3º A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado ou à área da Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte. (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007)’

72. As discussões sobre o regime de uso dos berços (215 e 216, no caso) poderiam ter sido evitadas caso a APPA tivesse utilizado as acepções ao caráter público - que se aplica ao cais - ou exclusivo das instalações portuárias arrendadas pelo TCP nos estritos termos então previstos na Lei 8.630/1993 (vide dispositivos transcritos no parágrafo precedente), o que não ocorreu.

73. De modo específico, o regime de uso dos berços deveria ter sido claramente diferenciado da natureza do cais, o qual, num porto organizado, necessariamente integra um **bem público**. No ordenamento jurídico vigente, assim dispõe sobre o tema a Lei 12.815/2013:

‘Art. 2º

Para os fins desta Lei, consideram-se:

*I - porto organizado: **bem público** construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;*

*II - **área do porto organizado**: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias [entre as quais se incluem o cais] e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;*

(...)’ (grifos nossos)

74. Acerca do conceito de instalações portuárias, assim dispõe o Anexo da Resolução Antaq 2.240/2011 (norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados - disponível em: <http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000004615.pdf>), no qual resta claro que o cais integra essas estruturas:

‘Art. 2º. Para efeitos desta Norma, considera-se:

(...)

*III - **Área do Porto Organizado**: a compreendida pelas áreas e instalações portuárias, constituídas por ancoradouros, docas, **cais**, pontes e píeres de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infraestrutura 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;*

(...)’

(grifos nossos)

75. A imprecisão jurídica no uso de qualificadores aos termos “cais” e “berço” acarretaram, portanto, confusão interpretativa quanto à natureza do bem e ao modo de exploração das instalações portuárias, se “público” ou “exclusivo”, quando se referindo, respectivamente, às palavras “cais” e “berço”, com prejuízo para a devida compreensão e alcance das relações jurídicas que disciplinaram o contrato de arrendamento firmado entre a União, representada pela APPA, e o particular arrendatário (o TCP).

76. Um possível motivo dessa falha pode residir no fato de que a Portaria APPA 179/2012, que integra o Regulamento Operacional dos Portos de Paranaguá e Antonina (disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/RegOperacionalAPPA310714.pdf>), não esclareceu que pode haver diferença no uso de instalações portuárias definidas como de “uso público” em portos organizados - o cais, por exemplo. Em outras palavras: pode haver a utilização de determinadas áreas do cais - os berços, no caso - de modo indistinto por todos os operadores portuários ou limitações para o uso por mais de um operador, que é exatamente a situação de exclusividade a ser conferida, contratualmente, a um único operador, em relação a determinado berço.

77. De qualquer forma, ante o que dispõem os seguintes dispositivos da Lei 12.815/2013, não há dúvidas de que cabe à APPA, autoridade portuária que atua sob delegação da União, a definição regulamentar sobre o regime de uso dos berços de atracação no cais público do Porto de Paranaguá, que deve estar em consonância com o correspondente Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado (PDZPO):

‘Art. 17. A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado.

§ 1o Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária:

I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão;

(...)

VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;

(...)

VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto;

(...)

*§ 2o A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo **Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto**.*

(...)’ (grifos nossos)

78. Antes de prosseguir a discussão sobre os regulamentos e demais documentos que disciplinam o uso de berços no Porto de Paranaguá, deve-se esclarecer que o PDZPO se encontra no contexto do planejamento do setor portuário nacional, ao qual se agregam outros instrumentos, como o Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP), os Planos Mestres e o Plano Geral de Outorgas (PGO), definidos no art. 1º da Portaria SEP 3/2014 (disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=08/01/2014>).

79. A leitura do PDZPO do Porto de Paranaguá (disponível em: http://www.autoridadeportuaria.pr.gov.br/arquivos/File/1_PDZ_do_Porto_de_Paranagua_Volume_1.pdf) mostra que os responsáveis por sua elaboração consideraram que apenas o TCP utilizaria os Berços 215 e 216, o que evidencia que a interpretação por eles conferida foi a de que haveria exclusividade no uso desses berços pelo citado arrendatário.

80. Chego a essa conclusão a partir da leitura da Tabela 36 do PDZPO (p. 74), que cuidou das características dos berços do TCP; da Tabela 86 (p. 149), que apresentou os berços nos quais houve atracções de navios *Full Container*, em 2011; da Tabela 90 (p. 153), que evidenciou os berços onde houve atracção de navios Ro-Ro/PCC, em 2011; e da Tabela 118 (p. 208), na qual foram apresentadas as características dos berços do TCP.

81. Destaco que, nem nas tabelas mencionadas, nem na Figura 95 do PDZPO (p. 208), na qual é apresentada fotografia aérea do Porto de Paranaguá, com destaque aos Berços 215 e 216, houve menção ao eventual uso compartilhado desses berços por outros operadores portuários.

82. Reitera-se, assim, a conclusão anteriormente mencionada, de que a APPA, ao ter elaborado o PDZPO, não teve dúvidas em fazer constar, em diversos trechos desse documento, a informação de que os Berços 215 e 216 serviriam unicamente ao TCP, não obstante não ter empregado o termo “exclusivo” para qualificar o regime de uso em prol desse arrendatário.

83. De qualquer modo, cabe destacar que, em resposta à oitiva demandada pelo TCU, a APPA posicionou-se, de modo expreso, pela exclusividade de uso dos Berços 215 e 216 por parte do TCP, nos seguintes termos:

‘Mesmo com o compartilhamento do berço 217 e com a utilização do berço 218, a extensão total de um segundo terminal seria de 535 metros, uma vez que os Berços 215 e 216 são de uso exclusivo do TCP.’ (peça 81, p. 7 - grifo nosso)

84. O Plano Mestre do Porto de Paranaguá, de agosto de 2013 (disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/pnpl/arquivos/planos-mestres-versao-completa/porto-de-paranagua-1.pdf>), assim como o PDZPO, também considera que os Berços 215 e 216 somente são utilizados pelo TCP, mas sem fazer menção à exclusividade no uso dos berços.

85. À página 150 do Plano Mestre consta a informação de que “o TCP conta com dois berços de atracação, como ilustrado na figura a seguir [Figura 86]” e na página 151 é apresentada a Figura 86 (idêntica à Figura 95 do PDZPO), na qual são identificados os Berços 215 e 216 como sendo de uso apenas do TCP.

86. Além do PDZPO e do Plano Mestre do Porto de Paranaguá, cabe verificar o Regulamento de Programações, Atracações e Operações nos Portos de Paranaguá e Antonina, formalizado por meio da Ordem de Serviço APPA 101-14, de 22/7/2014 (disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/OS1012014.pdf>), especificamente quanto ao uso dos Berços 215 e 216:

‘CAPÍTULO 5: PREFERÊNCIAS DE ATRACAÇÕES

(...)

5.9. Conceder Atracação Imediata e preferencial nos berços 215 e 216 aos navios “Fullcontêineres” que pertençam ao sistema de Janelas Públicas, de acordo com Regulamento específico da APPA.’ (grifo nosso)

87. O referido regulamento não disciplina o uso dos Berços 215 e 216 em relação ao TCP - se seria público/compartilhado ou exclusivo -, mas, apenas, dispõe sobre a forma de atracação, “Imediata e preferencial”, quando os navios que pretendem neles atracar contiverem carga exclusiva de contêineres.

88. De qualquer forma, quando a leitura recai sobre o “Regulamento de Utilização das Janelas Públicas de Atracação - Ano 2012” (disponível em: http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/Regulamento_das_Janelas_2012.PDF), citado na Ordem de Serviço APPA 101-14, percebe-se que, na prática, os Berços 215 e 216 são operados, de modo exclusivo, pelo TCP. Chega-se a essa conclusão tendo em conta o fato de que não há menção a nenhum outro operador portuário, além do TCP, organizando as janelas de atracação em relação a esses berços (disponível para armadores que demonstrem interesse, demanda de carga e frequência semanal), o que implica a exclusividade em prol desse arrendatário.

89. Essa conclusão corrobora aquela manifestada pela SeinfraHidroFerrovia (apenas a parte a seguir negritada), de que o TCP, “**de fato, opera exclusivamente esses berços** [referindo-se aos Berços 215 e 216], **mas apenas por ser o único terminal atualmente em operação e não devido a direito contratualmente reconhecido**” (item 59 da instrução à peça 109 - grifos nossos).

90. Efetuada a revisão do Edital 9/1997, do Contrato 20/1998 e de seus aditivos, do PDZPO e do Plano Mestre do Porto de Paranaguá, bem como regulamentos da APPA (Regulamento Operacional dos Portos de Paranaguá e Antonina e Regulamento de Programações, Atracações e Operações nos Portos de Paranaguá e

Antonina), verifico que essa autoridade portuária pecou ao não ter elaborado tais documentos de modo claro e sem contradições entre si, a fim de evitar dúvidas sobre o regime de uso dos Berços 215 e 216.

91. O confronto da redação desses documentos e demais elementos que constam destes autos permite chegar às seguintes conclusões, quanto ao regime de uso dos Berços 215 e 216 do Porto de Paranaguá, principal dúvida levantada por Vossa Excelência no despacho à peça 119:

a) **o cais do Porto de Paranaguá é um bem público**, em decorrência do que dispõe o art. 2º, incisos I e II, da Lei 12.815/2013;

b) **o Berço 215 é, nos termos do Contrato 20/1998 e aditivos, de uso exclusivo do TCP**, não obstante o Anexo V do Edital 9/1997, relativo à licitação que precedeu esse contrato, ter previsto que esse arrendatário deveria “*conceder preferência aos navios com cargas destinadas a montadoras de veículos instaladas no Estado do Paraná*” (peça 116, p. 27);

c) **o Berço 216 consta como de uso compartilhado no Edital 9/1997, com preferência de atracação ao TCP** (cargas por ele contratadas), **mas, em termos contratuais (termo original do Contrato 20/1998 e seus Quarto e Sexto Termos Aditivos), foi assegurada a exclusividade tácita de utilização a esse arrendatário**, visto que:

c.1) a Cláusula Terceira do Contrato 20/1998 não fez qualquer ressalva quanto à exclusividade de berços (o que poderia conduzir à conclusão de que abrangeria os Berços 215 e 216), nem mencionou se a exclusividade recairia apenas sobre o Berço 215 ou se, também, incluiria o Berço 216;

c.2) a expressão “*previsão da destinação dos berços 15 e 16, em toda a sua plenitude, para atendimento do TERMINAL*”, constante da Cláusula Segunda do Quarto Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 (peça 114 - p. 8 - grifos nossos e do original), e o trecho de um dos considerando do Sexto Termo Aditivo (“*exclusividade da realização de operações portuárias no Terminal, (...) utilizando-se da faixa de cais definida no anexo V do referido Edital*” (peça 30, p. 1-2, do TC 021.121/2013-3 - grifo nosso), podem conduzir ao entendimento de que há exclusividade no uso, pela arrendatária, de ambos os berços (e não apenas do Berço 215);

d) na prática, **os Berços 215 e 216 (este sem expressa previsão contratual) se tornaram de uso exclusivo do TCP ao longo do tempo**, não obstante apenas em relação àquele ter sido esse direito garantido contratualmente ao citado arrendatário;

e) está apenas parcialmente correto o entendimento da APPA manifestado nos autos, de que “**os Berços 215 e 216 são de uso exclusivo do TCP**” (peça 81, p. 7 - grifo nosso);

f) o PDZPO e o Plano Mestre do Porto de Paranaguá, bem como o Regulamento de Programações, Atracções e Operações nos Portos de Paranaguá e Antonina e o Regulamento de Utilização das Janelas Públicas de Atracção (Ano 2012), não fazem menção explícita ao uso exclusivo dos Berços 215 e 216 pelo TCP, mas conduzem à compreensão de que somente esse arrendatário poderia utilizá-los;

g) o Regulamento Operacional dos Portos de Paranaguá e Antonina não esclarece qual é o regime de uso dos Berços 215 e 216 do Porto de Paranaguá, se exclusivo ao TCP ou se poderia ser por ele compartilhado com outros operadores;

h) a compreensão da Antaq, manifestada nos autos (peça 107) e acolhida pela SeinfraHidroFerrovia (item 59 da instrução à peça 109), apresenta limitação conceitual e jurídica, ao ter a agência reguladora afirmado que “*os berços 215 e 216 são de uso público*”, ante a ausência de diferenciação entre a natureza pública do cais e o regime de uso desses berços de atracção (exclusivo ou compartilhado), cuja regulamentação cabe à APPA (cf. art. 17, § 1º, incisos I, VI e VII, e § 2º, da Lei 12.815/2013).

92. Como decorrência dessas conclusões, nota-se que o eventual futuro arrendatário (no caso hipotético de ser realizada licitação da área pretendida pelo TCP para sua expansão) poderia, em tese, utilizar, de modo compartilhado, os Berços 216 e 217 (considerando a tese de que o Berço 216 seria compartilhado, nos termos do Edital 9/1997), mas não o Berço 215, que serve, com suporte contratual, exclusivamente ao TCP.

93. Assim, por não ser possível a um futuro novo arrendatário hipotético a utilização compartilhada de toda a extensão do cais atualmente utilizada pelo TCP, ante a indubitável exclusão do Berço 215, nota-se a presença de fator restritivo à sua capacidade operacional (ante a diminuição da extensão de cais e a

dificuldade logística de usar, de modo compartilhado, o Berço 216, conforme será visto adiante) e, em consequência, limitações econômicas à sua atuação. Tais aspectos serão abordados na seção seguinte deste parecer.

II

94. A seção anterior deste parecer trouxe certeza quanto à exclusividade de utilização do Berço 215 do Porto de Paranaguá pelo TCP, com previsão contratual, e impropriedade quanto ao regime adotado em relação ao Berço 216, exclusivo, na prática, mas, compartilhado, nos termos da licitação que precedeu o Contrato 20/1998.

95. Ocorre que, conforme será demonstrado a seguir, mesmo que se considere o Berço 216 como de uso compartilhado entre o TCP e outros operadores - a exemplo de um futuro arrendatário que poderia se instalar na área adjacente àquela atualmente ocupada pelo TCP -, não haverá condições operacionais e econômicas para que esse novo arrendatário atue no Porto de Paranaguá, na área controversa (trecho do cais que incluiria os atuais Berços 216 e 217 e, ainda, a futura expansão que conformará o Berço 218, mais a retroárea ao sul do Berço 217).

96. Preliminarmente, verifico que a licitação de áreas em portos organizados, contíguas àquelas já ocupadas por arrendatário (desde que dentro da poligonal do porto organizado), pode ser afastada nas situações definidas no art. 6º, § 6º, da Lei 12.815/2013 c/c o art. 24, caput, do Decreto 8.033/2013, em detrimento da regra constitucional de licitar, prevista no art. 175, caput, da Constituição Federal.

97. Para fins de clareza, transcrevo os dispositivos mencionados no parágrafo precedente:

Constituição Federal

‘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.’

Lei 12.815/2013

‘Art. 6º - Omissis

(...)

§ 6o O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, na forma do regulamento, expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária.’

Decreto 8.033/2013

‘Art. 24. A aplicação do disposto no § 6º do art. 6º da Lei nº 12.815, de 2013, só será permitida quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional ou econômica de realização de licitação de novo arrendamento.’ (Redação dada pelo Decreto nº 8.464, de 2015)

(grifos nossos)

98. Quanto ao referido dispositivo do Decreto 8.033/2013, ressalto que a SeinfraHidroFerrovia empregou, em sua instrução (datada de 19/5/2015), a redação original do art. 24, caput, desse decreto (“(...) *inviabilidade técnica, operacional e econômica (...)*”), tendo em vista que sua derradeira manifestação nos autos foi concluída antes da edição do Decreto 8.464/2015 (publicado no Diário Oficial da União de 9/6/2015). Tal fato não compromete, contudo, o raciocínio desenvolvido pela unidade técnica e as conclusões às quais chegou.

99. A nova redação do art. 24, caput, do Decreto 8.033/2013 apenas ampliou a possibilidade de ser considerada inviável a realização da licitação nos casos abrangidos pelo art. 6º, § 6º, da Lei 12.815/2013, visto que a comprovação de apenas uma das situações de inviabilidade (técnica, operacional **ou** econômica) - e não todas, em conjunto, como previa a redação original do citado dispositivo do Decreto 8.033/2013 - já se mostra suficiente para justificar a não realização do processo licitatório.

100. Para a apreciação de mérito da denúncia, passo a desenvolver raciocínio que conduz à conclusão de que **é inviável a realização de licitação para a área contígua àquela atualmente ocupada pelo TCP**, o

que possibilita a continuidade da análise do processo de prorrogação antecipada solicitada por esse arrendatário à SEP/PR.

101. A inviabilidade de licitação ancora-se em duas das três vertentes mencionadas no art. 24, *caput*, do Decreto 8.033/2013 - não obstante ser apenas uma delas suficiente para embasar o raciocínio a seguir apresentado -, quais sejam, a inviabilidade operacional e a econômica.

102. Operacionalmente, há que se reconhecer a dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de um arrendatário hipotético, que vier a operar de modo adjacente ao TCP, de utilizar os Berços 216 a 218, supondo o uso público e compartilhado desses trechos do cais do Porto de Paranaguá. Deve-se levar em conta a estrutura atualmente disponível nesses berços, particularmente no Berço 216, para que se avalie a possibilidade de seu uso compartilhado.

103. Os equipamentos instalados no Berço 216, de propriedade do TCP (vide p. 74 do PDZPO do Porto de Paranaguá), com previsão de reversão à União ao fim do Contrato 20/1998, são de tal porte que sua movimentação ou utilização compartilhada traria diversos problemas.

104. De acordo com informações de agosto de 2013, apresentadas no Plano Mestre do Porto de Paranaguá, o TCP dispunha, nessa época, de “*frente de atracação (...) dotada de oito guindastes, sendo dois portêineres Panamax e quatro post-Panamax, além de dois MHC [Mobile Harbours Crane, que é um guindaste móvel sobre pneus]*” (p. 151).

105. O termo “panamax” refere-se ao “*nome que se dá ao navio graneleiro ou navio-tanque [e mesmo a navios que transportam contêineres], cujas dimensões são compatíveis com as eclusas atuais (2010) do Canal do Panamá (275 m de comprimento x 32,3 m de boca), permitindo a sua travessia pelo mesmo*” (definição disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/dicionario2011.pdf> - p. 105). Esclareço, também, que o portêiner (ou portainer) é “*um guindaste de grande porte utilizado para carregar e descarregar contêineres em navios*” (definição disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/arquivos/File/dicionario.pdf> - p. 64).

106. O tempo de movimentação e o custo de deslocamento de portêineres, por serem estruturas de grande porte, inviabilizam a hipótese de serem deslocados tais equipamentos, em curto espaço de tempo, para que um arrendatário abra espaço para a entrada de equipamentos de terceiros, ou seja, para que a movimentação dos portêineres do TCP abra espaço para a entrada em operação do mesmo tipo de equipamento de outro arrendatário.

107. Caso aventada a hipótese de compartilhamento desse tipo de equipamento (sendo um deles o proprietário dos portêineres, no caso concreto, o TCP), haveria a necessidade de previsão contratual para que o arrendatário que não fosse o proprietário dos portêineres remunerasse o TCP pelo uso dessas estruturas.

108. Além disso, outros problemas devem ser considerados, como os exemplificados *a seguir*:

a) aumento do fluxo de caminhões e outros equipamentos - como *transteiners* (equipamento para movimentação de contêineres) e empilhadeiras *reach stacker* e de contêineres vazios - na área em terra firme paralela aos Berços 215 a 217, pois cada arrendatário estaria utilizando seus próprios veículos/equipamentos;

b) impacto desse fluxo de veículos/equipamentos, que estariam sob gestões distintas (dois arrendatários), nas operações dos Berços 216 a 218 (este, a ser construído);

c) viabilidade da operação do novo arrendatário, considerando a distância do Berço 216, onde parte das manobras de carregamento/descarregamento de cargas seriam realizadas, até sua retroárea (área ao sul do cais relativo ao atual Berço 217, atualmente alagada);

d) capacidade de uso compartilhado dos berços e possibilidade de realização de manobras quando em operação navios de grande porte (*post-panamax*, por exemplo, com capacidade de transporte acima de 5.001 TEU [*twenty foot equivalent unit* ou vinte pés]), contratados, para operação simultânea, por um e por outro arrendatário.

109. Outra consequência seria a gestão conjunta, entre dois arrendatários, das janelas públicas de atracação no Berço 216, o que representaria mais uma questão a ser dirimida junto à autoridade portuária (a APPA) e que, possivelmente, apresentaria ineficiências (o atraso de um navio, previsto para atracar na janela de atracação assegurada ao arrendatário X, poderia trazer reflexos na janela do arrendatário Y).

110. Em quaisquer hipóteses que aventei, mostra-se inviável, em termos operacionais, o compartilhamento de berços nos quais os portêineres do TCP atualmente operam (considerando a adoção da tese de uso compartilhado do Berço 216 do Porto de Paranaguá).

111. Em termos econômicos, a atuação de um novo arrendatário na área que atualmente hospeda o Berço 217 (berço em si mais retroárea localizada ao sul do cais relativo a esse berço) vai de encontro às previsões de competição intraporto e interportos até o momento apresentadas nos autos pela APPA (peça 81), pela Antaq (peça 78 e Resolução Antaq 3.677/2014) e pela SEP/PR (peça 80).

112. Internamente ao Porto de Paranaguá, haveria acirramento de competição na movimentação de contêineres entre o TCP e o futuro arrendatário, sem que, com isso, nenhum desses atores viesse a se fortalecer, por falta de espaço, em termos de cais expandido e aumento de retroárea, para competir com outros portos. Conforme informações prestadas pela SEP/PR, “*ocorreria, então, uma assimetria de competição entre os dois terminais dentro do Porto Público [de Paranaguá] e o Terminal Portuário Porto Pontal - TPPP e, por consequência, haveria redução dos níveis de serviços prestados.*”

113. O TPPP é um terminal de uso privado (TUP), previsto no art. 2º, inciso IV, da Lei 12.815/2013, que conta com autorização da Antaq para operar contêineres, em grande escala, no Pontal do Paraná, local próximo ao Porto de Paranaguá, conforme Contrato de Adesão Antaq 6/2014 (disponível em http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/ContratoAdesao/2014/2014_CA006_Adaptado.pdf).

114. Não somente haveria competição do TCP e do futuro arrendatário hipotético com o TPPP na movimentação de contêineres - quando este entrar em operação -, mas, também, com outros portos que estão na mesma região de influência do Porto de Paranaguá, a exemplo de Santos, Itajaí, Itapoá e São Francisco do Sul (vide p. 249 do Plano Mestre do Porto de Paranaguá), em detrimento da capacidade de competição dos dois terminais que não teriam como se expandir (o TCP e o novo arrendatário).

115. De acordo com o estudo de inviabilidade da APPA, não obstante ter se baseado na premissa de que o Berço 216 seria de uso exclusivo do TCP - quando, conforme demonstrei na Seção I deste parecer, apenas o Berço 215 o seria contratualmente -, a instalação de um futuro novo arrendatário, que atuaria lado a lado com o TCP na movimentação de contêineres no Porto de Paranaguá, redundaria, a partir da análise de seu fluxo de caixa, em um empreendimento inviável, conforme conclusões assim apresentadas pela citada autoridade portuária:

‘Com as premissas apresentadas nesse capítulo foi possível projetar o fluxo de caixa do projeto, conforme explicitamente demonstrado no Anexo deste documento. Os vultosos investimentos de R\$ 565,8 milhões não são recuperados durante os 25 anos de contrato. Como resultado, encontra-se um valor presente líquido negativo de R\$ 326,4 MIL e uma taxa interna de retorno negativa de 0,17%, menor que o WACC do projeto [de 8,30%].

Assim, concluímos sob a ótica econômica que o projeto não é viável.

(peça 1, p. 29 – grifos nossos e do original)

116. Tais resultados conduziram a análise financeira de um segundo novo terminal de contêineres no Porto de Paranaguá, contíguo ao TCP, a um valor presente líquido (VPL) negativo (R\$ 326.394 mil), o que caracterizaria a mencionada inviabilidade econômica.

117. Destaco que duas premissas centrais devem ser levadas em conta quando se pretende aumentar a capacidade de movimentação de um terminal portuário (contêineres, no caso), para lhe proporcionar maior produtividade:

a) aumento da faixa de cais, de modo a permitir a atracação de navios maiores e a operação simultânea de mais de uma embarcação;

b) expansão da retroárea, com vistas à ampliação do espaço de armazenamento de cargas.

118. A realização da licitação pretendida pelo denunciante, além de frustrar os ganhos de escala previstos no art. 15 da Lei dos Portos, vai de encontro às duas premissas que mencionei. O resultado seria a realização de certame licitatório para a implantação de um novo terminal que, sabidamente, não teria como se expandir.

119. Nota-se, portanto, que nem o TCP, nem o hipotético futuro arrendatário, teriam como se beneficiar, no futuro, do porte de um cais expandido e de uma retroárea de maiores proporções, em afronta ao art. 15 da Lei 12.815/2013 e ao espírito de modernização presente ao longo dessa lei, que foi editada como um dos mecanismos para dotar os portos brasileiros de maior competitividade e produtividade.

120. Ademais, há que se ressaltar que há previsão de expansão do TCP no “*Relatório Final da Proposta Apresentada pela APPA para atualização do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado PDZPO*” (disponível em: http://www.autoridadeportuaria.pr.gov.br/arquivos/File/5_Relatorio_aprovacao_PDZ_CAP.pdf - p. 7), considerando que consta, na Seção II desse documento (“*Plano de Desenvolvimento*”), datado de 31/7/2012, como uma das metas de curto prazo, o seguinte: “*Ampliação do Terminal de Contêineres de Paranaguá [TCP]*”.

121. Assim, se for realizada licitação para instalação de outro arrendatário para operação de contêineres no Porto de Paranaguá (na área controversa, analisada nesta denúncia), o que impossibilitaria a expansão do TCP, estar-se-á infringindo o PDZPO do Porto de Paranaguá e o seguinte dispositivo do Regulamento de Exploração dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina (disponível em: http://www.autoridadeportuaria.pr.gov.br/arquivos/File/REGULAMENTO_DE_EXPLORACAO_DOS_PORTOS.pdf): “*Art. 92 - Qualquer fins de Arrendamento deve atender ao PDZPO aprovado pelo CAP [Conselho de Autoridade Portuária].*” (grifos nossos).

122. Concluo que, operacional e economicamente, mostra-se **inviável a licitação** da área contígua a leste daquela atualmente arrendada pelo TCP, com eventual compartilhamento de berços com o TCP e aterramento de áreas para transformá-las em retroárea de um futuro novo arrendatário (retroárea a ser construída a partir de aterro das áreas molhadas, compactação e pavimentação da área ao sul do cais do Berço 217).

123. Assim, não obstante ter a Seção I deste parecer explorado o regime de uso dos Berços 215 e 216 do Porto de Paranaguá, as conclusões ali consignadas não apresentam reflexos naquelas relativas às apontadas inviabilidades operacional e econômica, objeto desta seção. À mesma conclusão chegou a Antaq, conforme consta de seu Ofício 254/2015-SOG, de 13 de julho de 2015 (peça 117, p. 3-4 - grifos nossos):

‘5. Ademais, esclareço que a discussão em torno da exclusividade e/ou preferencialidade dos referidos berços [215 e 216] não alteram as conclusões anteriormente emitidas pela ANTAQ acerca da inviabilidade de instalação de um novo terminal de contêiner em área contígua à arrendada pelo TCP, uma vez que a inviabilidade do novo terminal tem como tese primordial a eficiência da operação realizada e os correspondentes ganhos de escala relacionados à movimentação e armazenagem do terminal, premissa que a nosso juízo subsiste independentemente do regime de exploração dos berços em questão’.

124. Não vislumbro, enfim, descumprimento do art. 175, *caput*, da Constituição Federal, do art. 6º, § 6º, da Lei 12.815/2013 e/ou do art. 24, *caput*, do Decreto 8.033/2013, caso a SEP/PR venha, oportunamente, a firmar o aditivo de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998 com o TCP, *caso satisfeitas por esse arrendatário todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente*, aspectos estes que devem ser oportunamente verificados pelo poder concedente, antes da assinatura do referido aditivo.

III

125. Conforme registrei no item 8 deste parecer, o Tribunal está acompanhando, no âmbito do TC 024.882/2014-3 (ainda não apreciado), os procedimentos que vêm sendo adotados pela SEP/PR e pela Antaq na aplicação do art. 57 da Lei 12.815/2013, que versa sobre a prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários.

126. Vossa Excelência solicitou o pronunciamento do Ministério Público de Contas nesse processo, tendo a Subprocuradora-Geral do MP/TCU, Dr^a Cristina Machado da Costa e Silva, emitido seu parecer em 16/7/2015 (peça 84 do TC 024.882/2014-3).

127. A opinião manifestada pela representante do Parquet *especializado* junto a este Tribunal, cujas conclusões acompanho na essência, foram no sentido de que, em tese, **o art. 57 da Lei 12.815/2013 não**

apresenta contradição em face dos arts. 37, inciso XXI, e 175 da Constituição Federal, que preveem a licitação como regra.

128. A Subprocuradora-Geral do MP/TCU defendeu esse entendimento destacando que o mecanismo de prorrogação contratual, que já era previsto na Lei 8.630/1993 e que se manteve na nova Lei dos Portos, “*mostra-se compatível com o entendimento consolidado na doutrina e jurisprudência no sentido de que a prorrogação contratual não constitui direito adquirido do contratado, sendo decisão discricionária da Administração Pública*” (item 17 do parecer).

129. Ademais, a representante do Ministério Público de Contas destacou dois condicionantes para que a antecipação pudesse ser efetivada pelo poder concedente, quais sejam, que (a) a possibilidade de prorrogação tivesse constado do edital da licitação e do termo de contrato original e que (b) houvesse a demonstração prévia e inequívoca de que as condições do contrato em vigor permaneceriam vantajosas para a Administração, quando comparadas com o que se poderia obter no mercado, por meio de nova licitação.

130. No caso concreto tratado nesta denúncia, a condição mencionada na letra “(a)” supra foi satisfeita, considerando a previsão de prorrogação constante do Edital de Licitação 9/1997 (peça 115, p. 20) e do Contrato 20/1998 (peça 114, p. 33), sendo que a situação prevista na letra “(b)” deve ser avaliada, no momento oportuno, pelo poder concedente.

131. À guisa de conclusão, a Dr^a Cristina Machado da Costa e Silva respondeu, do seguinte modo, à solicitação de Vossa Excelência para pronunciamento do MP/TCU no TC 024.882/2014-3, quanto à juridicidade do art. 57 da Lei 12.815/2013:

‘- o art. 57 da Lei n.º 12.815/2013 – que dispõe sobre a possibilidade de antecipação das prorrogações dos contratos de arrendamento portuário celebrados sob a vigência da Lei n.º 8.630/1993 e precedidos de regular procedimento licitatório, desde que condicionada à realização de novos investimentos – não afronta o princípio de índole constitucional de prévia licitação para a celebração de contratos;’

(item 67 do parecer - grifos nossos)

IV

132. Superada a análise requerida por Vossa Excelência, chamo a atenção para alguns procedimentos processuais que devem ser levados a efeito quando da apreciação da denúncia por este Tribunal.

133. No mérito, entendo que a denúncia deve ser considerada **improcedente**, pois não se mostrou viável a realização da licitação defendida pelo denunciante, ponto central de seu pedido ao TCU.

134. Quanto ao agravo interposto pelo TCP em 28/1/2015 (peça 57), considerando que não foi feita menção a esse recurso na proposta de encaminhamento da instrução da SeinfraHidroFerrovia (peça 109), sugiro que seja conhecido e que lhe seja dado provimento. Assim, pode ser revogada a medida cautelar deferida nos autos em 20/1/2015 (peça 46), por meio da qual foi determinado à SEP/PR que se abstinhasse de assinar com o TCP o aditivo de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998 até que o Tribunal se manifestasse sobre o mérito da denúncia.

135. Como medidas finais para desfecho do processo, sugiro que seja retirado o sigilo destes autos e dada ciência da futura deliberação que vier a ser proferida pelo Tribunal ao TCP, interessado nos autos, considerando que tais providências não foram mencionadas na proposta de encaminhamento da instrução à peça 109.

V

136. Ante o exposto, além de sugerir, quando da apreciação deste processo, a adoção das medidas de caráter processual referenciadas na seção precedente, resumo as respostas aos questionamentos de Vossa Excelência, decorrentes do raciocínio e das conclusões apresentados ao longo deste parecer, do seguinte modo:

a) quanto ao **regime de uso dos berços de atracação do Porto de Paranaguá:**

a.1) o Berço 215 é, nos termos do Contrato 20/1998 e aditivos, de uso exclusivo do TCP;

a.2) o Berço 216 consta como de uso compartilhado no Edital 9/1997, referente à licitação que precedeu a assinatura do Contrato 20/1998, com preferência de atracação ao TCP (cargas por ele contratadas), mas, em termos contratuais (termo original do contrato e seus Quarto e Sexto Termos Aditivos), foi assegurada a exclusividade tácita de utilização a esse arrendatário;

a.3) na prática, os Berços 215 e 216 (este sem expressa previsão contratual) se tornaram de uso exclusivo do TCP ao longo do tempo;

b) **há inviabilidade operacional e econômica de ser realizada licitação para a área contígua àquela atualmente arrendada ao TCP**, por ele pretendida para fins da expansão e que se encontra no bojo do pedido de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998, conforme art. 57 da Lei 12.815/2103, não havendo, portanto, ofensa ao disposto no art. 6º, § 6º, dessa lei e, em especial, no art. 24, *caput*, do Decreto 8.033/2013.”

É o relatório.

VOTO

Trata-se de denúncia de irregularidade na pretendida renovação antecipada do contrato 20/1998, celebrado entre o Terminal de Contêineres de Paranaguá – TCP e a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA e que tem por objeto o arrendamento de instalações portuárias no Porto de Paranaguá para implantação de um terminal de veículos e contêineres. O contrato 20/1998 foi firmado em 13/10/1998, com prazo de vigência de 25 anos (término em 12/10/2023), podendo ser prorrogado por igual período.

2. O TCP apresentou à APPA proposta para realização de novos investimentos, mediante renovação antecipada do contrato, fundada em estudo de viabilidade técnica e econômica por ela elaborado. Segundo o estudo, seriam realizados investimentos no alargamento do 3º berço, já inaugurado, e em aterro de áreas molhadas, compactação e pavimentação da área do sul do cais do berço 217 e na construção de novo berço de 214,70m, denominado berço 218.

3. A prorrogação antecipada do contrato seria possível, nos termos do art. 57 da Lei 12.815/2103, uma vez que o contrato 20/1998 foi firmado sob a égide da Lei 8.630/1993 e ainda não foi prorrogado. No entanto, ante a pretensão de acréscimo de nova área, deve ser observada também a regra do art. 24 do Decreto 8.033/2013, que estipula que a expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado somente poderá ser autorizada pelo poder concedente quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional ou econômica de realização de licitação de novo arrendamento.

4. A APPA realizou estudo com o intuito de verificar a viabilidade de implantação de um terminal independente na área pleiteada pelo TCP e concluiu por sua inviabilidade econômica e operacional.

5. O denunciante assinalou, na peça vestibular, a existência de premissa equivocada no estudo realizado pela APPA, de que o berço de atracação 217 seria de uso exclusivo da TCP.

6. O denunciante e o TCP foram reconhecidos como parte no processo em dezembro/2014 e apresentaram inúmeras manifestações complementares, em oportunidades diversas, buscando reforçar seus pontos de vista antagônicos.

7. Ao final, ambas as partes concordaram quanto à utilização compartilhada do berço 217. Contudo, o denunciante passou a questionar a suposta exclusividade detida pelo TCP quanto à utilização dos berços 215 e 216, contíguos ao berço 217 e ao futuro berço 218, a ser construído.

8. O ponto nodal discutido pelo denunciante relaciona-se à possibilidade de utilização, por um eventual novo arrendatário, de outras áreas de atracação, além do futuro berço 218. O TCP afirmou que a nova arrendatária somente poderia se utilizar dos berços 217 e 218, uma vez que ele – TCP – deteria a exclusividade na utilização dos berços 215 e 216. O denunciante refutou essas afirmativas e defendeu a natureza pública dos berços 215 e 216. A relevância da discussão decorre do fato de que, caso não seja possível ao eventual novo arrendatário utilizar-se de tais áreas, o empreendimento se revelará economicamente inviável.

9. Após diligências, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroFerrovia) entendeu que a denúncia seria parcialmente procedente e que o estudo de inviabilidade de licitação apresentado pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) não pode ser utilizado para justificar a expansão territorial pretendida pelo TCP por

meio da prorrogação antecipada, pois não demonstraria a inviabilidade técnica, econômica e operacional da licitação de novo arrendamento na referida área.

10. Em busca de melhor formulação de juízo, extrai do TC 021.121/2013-3 (processo que determinou a constituição destes autos) cópias do Contrato 20/1998, de seus aditivos e do Edital 9/1997, que regulou o certame licitatório precursor do mencionado contrato, e as fiz juntar aos autos, na forma das peças 114 a 116. Uma vez que a leitura de tais peças demonstrava a existência de aparentes contradições acerca da modalidade de uso atribuída aos berços 215 e 216, quando confrontados o edital de licitação que deu origem à concessão inicial, as respostas fornecidas aos então licitantes, os termos de contrato e seus aditivos, e ante as divergências entre as respostas apresentadas pela Antaq e pela APPA, solicitei pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU.

11. De forma diversa do que entendeu a SeinfraHidroFerrovia, o *Parquet* concluiu:

“a) quanto ao regime de uso dos berços de atracação do Porto de Paranaguá:

a.1) o Berço 215 é, nos termos do Contrato 20/1998 e aditivos, de uso exclusivo do TCP;

a.2) o Berço 216 consta como de uso compartilhado no Edital 9/1997, referente à licitação que precedeu a assinatura do Contrato 20/1998, com preferência de atracação ao TCP (cargas por ele contratadas), mas, em termos contratuais (termo original do contrato e seus Quarto e Sexto Termos Aditivos), foi assegurada a exclusividade tácita de utilização a esse arrendatário;

a.3) na prática, os Berços 215 e 216 (este sem expressa previsão contratual) se tornaram de uso exclusivo do TCP ao longo do tempo;

b) há inviabilidade operacional e econômica de ser realizada licitação para a área contígua àquela atualmente arrendada ao TCP, por ele pretendida para fins da expansão e que se encontra no bojo do pedido de prorrogação antecipada do Contrato 20/1998, conforme art. 57 da Lei 12.815/2103, não havendo, portanto, ofensa ao disposto no art. 6º, § 6º, dessa lei e, em especial, no art. 24, caput, do Decreto 8.033/2013.”

- II -

12. Preliminarmente à discussão de mérito, assinalo que, em 20/01/2015, em minha ausência, a presidência deste Tribunal, com fundamento no art. 28, inciso XVI, c/c art. 31, inciso I, do Regimento Interno, concedeu medida cautelar *inaudita altera pars* para que a Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) se abstinhasse de assinar o aditivo ao Contrato 20/1998, firmado entre a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA) e a empresa Terminal de Contêineres de Paranaguá (TCP), com o adensamento de área contígua previsto nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental aprovados pela Resolução Antaq 3.677/2014, até que este Tribunal se manifestasse conclusivamente sobre o mérito da matéria.

13. Contra o referido despacho concessório de cautelar foi apresentado agravo pelo TCP. O agravo foi, uma vez mais, submetido à presidência desta Corte, que, em novo despacho em 12/02/2015, solicitou prévio pronunciamento da SeinfraHidroFerrovia, “dado o grande volume de informações contido nos estudos que subsidiaram aquele recurso, bem como à vista da elevada complexidade técnica da matéria”.

14. Ocorre que a SeinfraHidroFerrovia, ao receber os autos, promoveu as diligências que considerou necessárias e, em 02/07/2015, lavrou proposta sobre o mérito da questão que lhe foi submetida. Não foi realizado exame de cognição sumária tão somente quanto aos fundamentos e à manutenção de cautelar, presume-se, porque a unidade técnica considerou que as manifestações recebidas permitiam a formulação imediata da proposta de mérito, nos termos do art. 276, § 6º, do Regimento Interno.

15. Tais aspectos processuais fazem com que subsista, hoje, agravo contra cautelar ainda não apreciado, em que pese já haver decorrido prazo superior a 210 dias desde sua interposição. Faz-se necessária, portanto, sua imediata apreciação, ainda que o mérito do processo não venha a ser decidido nesta oportunidade.

16. Sob esse prisma, vejo que não se encontram presentes os elementos necessários à manutenção da cautelar.

17. A fumaça do bom direito se encontra dissipada ante a recente edição do Decreto 8.464, de 08/06/2015, que alterou a redação do art. 24 do Decreto 8.033/2015 para deixar assente que a expansão da área arrendada pelo concedente em favor do atual arrendatário (prevista no art. 6º, § 6º, da Lei 12.815/2013) pode ocorrer quando se encontre comprovada a inviabilidade técnica, operacional **ou** econômica da realização de licitação de novo arrendamento. A alteração legislativa promovida consistiu na troca do conector “e”, constante do Decreto 8.033/2015, para o conector “**ou**”, o que afastou qualquer interpretação que pudesse conduzir à necessidade de preenchimento cumulativo daquelas três condições: inviabilidade técnica, operacional e econômica.

18. Nessa toada, o parecer do Ministério Público, independentemente da análise econômica do empreendimento, destacou as dificuldades operacionais associadas à eventual criação de um novo terminal na área pretendida para expansão, que conduziram à conclusão de sua inviabilidade.

19. Ainda atendo-me à análise do *fumus boni iuris*, a enorme complexidade contratual que envolve a utilização dos berços 215 e 216 não possibilita, em juízo de cognição sumária, que se considere procedentes os argumentos do denunciante. Aliás, a respeito, assinalou o Ministério Público que, “em termos contratuais (termo original do contrato e seus Quarto e Sexto Termos Aditivos), foi assegurada a exclusividade tácita de utilização a esse arrendatário [TCP]”.

20. No que tange ao perigo na demora, considero, igualmente, não estar ele presente, eis que as notícias constantes dos autos são de que a prorrogação antecipada solicitada ainda se encontra pendente de conclusão de análise pela SEP/PR, tendo aquela Secretaria destacado a necessidade de realizar algumas “verificações adicionais”. Assim, a assinatura do contrato não é iminente.

21. Por esses fundamentos, manifesto-me, preliminarmente, pela revogação da medida cautelar concedida em 20/01/2015, referendada pelo Plenário na sessão de 21/01/2015, e, em consequência, por considerar prejudicado, por perda de objeto, o agravo interposto pelo TCP.

- III -

22. Para melhor contextualizar a discussão de mérito, anoto que o art. 57 da Lei 12.815/2013 possibilitou a prorrogação antecipada, “a critério do poder concedente”, de contratos de arrendamento portuário em vigor que tenham sido firmados sob a égide da Lei 8.630/1993.

23. A propósito, este Tribunal recentemente apreciou relatório de acompanhamento realizado com o objetivo de avaliar os procedimentos adotados pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) e pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) em relação à prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários, instituída pelo art. 57 da Lei 12.815/2013. Na oportunidade, foi destacada a constitucionalidade das prorrogações antecipadas efetuadas à luz do referido dispositivo, ao tempo em que foram colecionadas observações e ressalvas acerca das rotinas executadas pelos órgãos reguladores na análise dos pleitos que lhes são dirigidos e na elaboração dos respectivos contratos, que culminaram com a expedição das determinações e recomendações constantes do acórdão 2.200/2015 – Plenário.

24. À luz da referida possibilidade prevista no art. 57 da Lei 12.815/2013, o TCP solicitou a prorrogação do contrato 20/1998, por ele mantido com a APPA, com o acréscimo de área.

25. A expansão da área arrendada, no entanto, segue disciplinamento específico, na forma do art. 6º, § 6º, daquela mesma Lei 12.815/2013, nos seguintes termos:

“§ 6º O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, na forma do regulamento, expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária.”

26. O referido dispositivo foi regulamentado pelo art. 24 do Decreto 8.033/2013:

“Art. 24. A aplicação do disposto no § 6º do art. 6º da Lei nº 12.815, de 2013, só será permitida quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação de novo arrendamento”.

27. O Decreto 8.464/2015 alterou a redação daquele dispositivo, substituindo o conector “e” por “ou”. Dessa forma, a expansão de área arrendada poderá ser deferida pelo poder concedente quando for comprovada inviabilidade de aproveitamento da área pretendida sob a forma de um novo arrendamento independente, seja tal inviabilidade técnica, operacional ou econômica.

28. Ao manifestar-se sobre o pleito, em atendimento à solicitação feita pela Antaq, a APPA apresentou estudo em que destacava a “inviabilidade para instalação de um novo Terminal de Contêineres no Porto de Paranaguá, especificamente em área contígua ao Terminal de Contêineres de Paranaguá (TCP)”. O hipotético terminal analisado pela APPA compreenderia a construção de um pátio na retaguarda do cais do berço 217 e o prolongamento do cais até o berço 218, nos moldes apresentados pelo TCP.

29. A APPA partiu da premissa de que o novo terminal se utilizaria livremente do berço 218 e compartilharia com o TCP o berço 217, quando houvesse ociosidade em suas operações, uma vez que aquele teria “preferência em sua utilização, conforme estabelecido em Contrato de Arrendamento na Cláusula Terceira e em seu 6º Aditivo”. Apesar dessa preferência, o estudo da APPA adotou metodologia “otimista” e considerou que o novo terminal utilizaria efetivamente parte do berço 217 ao longo de todo o período da concessão, em sincronia perfeita entre os operadores portuários. Mesmo com a adoção dessa premissa, o estudo concluiu que o novo terminal seria economicamente inviável, pois teria um valor presente líquido e uma taxa interna de retorno negativos ou muito baixos.

30. Nos termos do estudo da APPA, o novo terminal independente poderia utilizar-se, então, de 535 metros de cais (220 m do futuro berço 218 + 315 m do berço 217).

31. O denunciante contestou tal premissa, por defender o caráter público dos berços 215, 216 e 217, e apresentou EVTEA que demonstraria a rentabilidade de um terminal que se utilizasse das áreas daqueles berços, em caráter compartilhado, em um total de aproximadamente 1.100 m de cais.

32. Como destacou o MPTCU no parecer integralmente transcrito no relatório que antecedeu este voto, as cláusulas contratuais definidoras dos critérios de utilização dos berços 215 e 216 são confusas, pecam pela ausência de precisão e exigem grande esforço de interpretação, mormente em face de dispositivos aparentemente contraditórios, quando confrontados o edital de licitação, o contrato original de arrendamento e seus termos aditivos.

33. Nesse cenário conflituoso, a Antaq – provocada pela SeinfraHidroFerrovia – em exercício hermenêutico, afirmou que “os berços 215 e 216 são de uso público e voltados para a operação de contêineres”. A resposta da Antaq foi acolhida pela SeinfraHidroFerrovia sem questionamentos e serviu de base para sua conclusão.

34. A conclusão da Antaq, no entanto, admite reparos.

35. Afirmar que os berços 215 e 216 são de uso público não traz nenhuma luz sobre a questão. O Contrato de Arrendamento 20/1998 foi assinado sob a égide da Lei 8.630/1993, que pregava que a exploração da instalação portuária far-se-ia sob as modalidades de uso público ou de uso privativo.

Somente seriam de uso privativo os terminais situados fora da área dos portos organizados ou aqueles em áreas que, dentro dos limites dos portos organizados, já fossem de titularidade de domínio útil do interessado. Considerando, então, que a licitação que resultou no contrato 20/1998 arrendava área dentro das poligonais do porto organizado de Paranaguá e, ainda, que sua titularidade era do poder público, necessariamente sua modalidade seria de uso público.

36. Ser de uso público não significa, no entanto, dizer que qualquer um pudesse se utilizar livremente daquele espaço, na acepção vulgar de que o que é público é de livre acesso a todos. A diferença fundamental entre os terminais públicos e os privados trazida pela Lei 8.630/1993 reside no regime jurídico aplicável a essas duas modalidades portuárias.

37. Nos termos do art. 1º, § 1º, I, daquele diploma legal, o terminal público era aquele “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”. O arrendatário de um terminal público assemelhava-se, portanto, a um prestador de serviços públicos, e não a um mero agente no exercício de atividades econômicas. Daí extraem-se algumas características essenciais desses terminais: (i) sujeitavam-se à regra da licitação; (ii) jurisdicionavam-se a uma autoridade portuária, ou seja, estavam sujeitos às regras por ela impostas, inclusive no que se refere aos horários de funcionamento e à forma de contratação da mão de obra; (iii) eram remunerados por tarifas; (iv) deveriam atender a uma coletividade indistinta de usuários de serviços portuários; (v) os contratos por ela celebrados com seus usuários deveriam possuir cláusulas previamente definidas em lei.

38. Tais características não se apresentavam em relação aos terminais privados, que poderiam movimentar livremente cargas próprias ou, observados certos limites, cargas de terceiros, pautados pelas regras do livre mercado, com liberdade para escolher seus parceiros comerciais, clientes específicos, modelos de administração portuária e preços praticados.

39. Sem pretensão de exaurir o tema, apenas friso, uma vez mais, que afirmar a natureza pública dos berços 215 e 216 em nada contribui para solução da controvérsia. Como registrou o Ministério Público:

“a imprecisão jurídica no uso de qualificadores aos termos ‘cais’ e ‘berço’ acarretaram, portanto, confusão interpretativa quanto à natureza do bem e ao modo de exploração das instalações portuárias, se ‘público’ ou ‘exclusivo’, quando se referindo, respectivamente, às palavras ‘cais’ e ‘berço’, com prejuízo para a devida compreensão e alcance das relações jurídicas que disciplinaram o contrato de arrendamento firmado entre a União, representada pela APPA, e o particular arrendatário (o TCP).”

76. Um possível motivo dessa falha pode residir no fato de que a Portaria APPA 179/2012, que integra o Regulamento Operacional dos Portos de Paranaguá e Antonina (...) não esclareceu que pode haver diferença no uso de instalações portuárias definidas como de ‘uso público’ em portos organizados - o cais, por exemplo. Em outras palavras: pode haver a utilização de determinadas áreas do cais - os berços, no caso - de modo indistinto por todos os operadores portuários ou limitações para o uso por mais de um operador, que é exatamente a situação de exclusividade a ser conferida, contratualmente, a um único operador, em relação a determinado berço.”

40. É sob essa perspectiva que passo ao exame do Contrato 20/1998 e de seus aditivos.

- IV -

41. O Edital de Concorrência 9/1997 do Tevecon tinha por objeto o “arrendamento de Instalações Portuárias destinadas à implantação de um Terminal de Veículos e Contêineres localizados dentro da área do Porto de Paranaguá, destinada à movimentação e armazenagem de contêineres e veículos automotivos”. As instalações portuárias e os equipamentos que aparelhavam o Terminal se encontravam descritos no Anexo II daquele edital.

42. Nos termos daquele instrumento convocatório e do respectivo contrato, era assegurada à arrendatária exclusividade na realização de operações portuárias de movimentação e armazenagem de contêineres e veículos automotivos na área do Terminal, e destacado que tal exclusividade abrangia “inclusive a realização de operações portuárias de embarque/desembarque de contêineres e veículos automotivos no Terminal, utilizando-se da faixa de cais definida no Anexo V do Edital”.

43. O item 18 do Anexo II do edital dispunha que, “para atendimento do Terminal, serão destinados, a princípio, os berços 15 e 16 do atual cais do Porto de Paranaguá, num total de 364 m.”.

44. O Anexo V do Edital 9/1997 estabelecia:

“4. Para atendimento do TERMINAL será destinado com exclusividade o berço 15 e preferenciado o berço 16 do atual cais do Porto de Paranaguá, nos termos do item 04.01.01. do EDITAL, num total de 364m (trezentos e sessenta e quatro metros), que serão estendidos para 534m (quinhentos e trinta e quatro metros). Independentemente da exclusividade concedida, a ARRENDATÁRIA deverá conceder preferência aos navios com cargas destinadas a montadoras de veículos instaladas no Estado do Paraná.” (grifo nosso).

45. Pela simples leitura do referido Anexo V, constata-se o equívoco da interpretação trazida pela Antaq, e resta indubitável que o TCP deteria exclusividade na utilização do berço 215, então denominado de berço 15.

46. A preferência de atracação naquele berço para navios com cargas destinadas a montadoras de veículos instaladas no Estado do Paraná não altera o caráter de exclusividade conferido ao berço 215 em relação ao TCP.

47. O mesmo Anexo V, no entanto, não foi suficientemente claro no que se refere ao berço 216, mencionando apenas que seria “preferenciado” para atendimento do Terminal.

48. A análise do 4º Termo Aditivo ao Contrato 20/1998 lança mais luzes sobre a questão. Transcreve-se, a seguir, excertos daquele Termo fundamentais à elucidação do problema:

“CLÁUSULA SEGUNDA - ASSUNÇÃO DE ENCARGOS PELA ARRENDATÁRIA

Passam a ser de responsabilidade da ARRENDATÁRIA a construção das obras, originalmente de responsabilidade da APPA, previstas no Anexo II, itens 18 e 19, e Anexo V, itens 5, “b”, e 6, do Edital, a saber:

a) construção de 2 (dois) dolphins de atracação, 1 (um) dolfin de amarração e uma plataforma que permita a infra estrutura para atracação e operação de navios Roll-on/roll-off e PCCs no final do cais Leste.

b) construção de 170 m (cento e setenta metros) adicionais de cais, destinados a completar a extensão do berço n.º 16;

A ARRENDATARIA assume também a responsabilidade de construir reforços de pavimento e as plataformas necessárias para permitir que a operação de navios “Roll-on/roll-off” e PCCs, mediante utilização dos dolphins referidos no item ‘a’ desta Cláusula, seja possível sem interferência no berço n. 16. As obras cuja responsabilidade de construção é aqui assumida pela ARRENDATÁRIA submetem-se ao regime previsto no Contrato de Arrendamento para obras novas, inclusive ao previsto na Cláusula 33a e 34 e 35, cabendo integralmente à APPA a aprovação prévia dos projetos e a fiscalização a qualquer tempo, da execução das obras. (...) Por decorrência do ora estipulado, ficam retificados os itens 18 e 19 do Anexo II e 5, ‘b’, e 6 do Anexo V do Edital, que são substituídos pelas disposições da presente Cláusula, remanescendo, todavia, a previsão da destinação dos berços 15 e 16, em toda sua plenitude, para atendimento do TERMINAL.” (grifo nosso).

49. A Antaq, ao discutir o 4º Termo Aditivo, mencionou que aquele documento, ao anunciar a destinação dos berços 15 e 16, “em toda a sua plenitude”, para atendimento do terminal, não pretendeu significar “exclusividade”, uma vez que a Cláusula Terceira do mesmo termo “lhe negaria essa

interpretação, ao assegurar que a integração de tais instalações portuárias ao arrendamento não altera a natureza do regime de exploração das instalações, na modalidade de uso público (...).”

50. Data vênia, essa interpretação não parece razoável. A uma, porque reafirmar a modalidade de uso público não equivale a definir a modalidade de utilização do berço, como destaquei nos itens 35 a 39 acima. A duas, porque essa interpretação simplesmente despreza a expressão grafada na cláusula contratual e ignora seus possíveis efeitos. Nesse sentido, observo que a hermenêutica deve descartar as interpretações que levam ao absurdo, aqui compreendidas aquelas que levam à ineficácia ou inaplicabilidade da norma, tornando-a supérflua ou sem efeito, pois, como ensinou Carlos Maximiliano, “devem-se compreender as palavras [da lei] como tendo alguma eficácia”. Só é adequada a interpretação que encontrar significado útil e efetivo para cada expressão, uma vez que a lei [e por analogia, os contratos] não possui palavras inúteis.

51. De qualquer forma, o parágrafo subsequente, constante daquele mesmo Termo Aditivo, dispôs que:

“Se, em razão das obras, ou por qualquer outro motivo superveniente, os berços 15 e/ou 16 forem indisponibilizados para a operação com contêineres, a APPA disponibilizará berços alternativos em substituição aos mesmos”.

52. Não há dúvida de que a intenção do dispositivo foi a de proporcionar uma espécie de “compensação”, de modo que a arrendatária sempre contasse com berços disponíveis para atracação de navios que a tivessem como destinatária. Em outras palavras, o arrendamento garantia à arrendatária a atracação de seus navios em berços específicos.

53. Ademais, de forma a afastar qualquer dúvida, a Cláusula Terceira daquele Aditivo aduziu que passariam a “integrar o arrendamento as instalações portuárias a serem construídas pela ARRENDATÁRIA na forma da Cláusula Segunda” daquele instrumento, “devendo ser discriminadas em Termo Adicional de Transferência de Bens Imóveis, a ser firmado pelas partes previamente ao início da execução das obras”.

54. A partir dos retrocitados dispositivos, ficou expressamente consignado que o berço 216 então denominado apenas de “16”) passou a integrar o arrendamento.

55. Isso fica ainda mais claro quando as disposições do aludido 4º Termo Aditivo são confrontadas com aquelas grafadas no 6º Termo Aditivo, que veio a ser posteriormente firmado para possibilitar a construção de nova ampliação do cais, mediante construção do berço 217. O 6º Termo Aditivo – já analisado e considerado legal por este Tribunal por meio do acórdão 3.159/2014-Plenário (TC 021.121/2013-3) – expressamente dispôs que “A área física do berço de ampliação, denominado 3º cais, contígua aos demais berços de atracação já utilizados (215 e 216) pela Arrendatária, não poderá ser incorporada à área objeto do contrato de arrendamento nº 020/1998 (...)”.

56. Se a intenção do 4º Termo Aditivo não fosse a de incorporar o berço 216 ao arrendamento [o que foi expressamente previsto em sua Cláusula Terceira], teria sido utilizada redação semelhante àquela consignada no 6º Termo Aditivo.

57. Some-se a essas conclusões o apontamento do Ministério Público de que o Plano Mestre do Porto de Paranaguá e o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Paranaguá (PDZPO) consignam que os berços 215 e 216 somente são utilizados pelo TCP. Nos termos utilizados pelo *Parquet*, “a leitura do PDZPO do Porto de Paranaguá (...) mostra que os responsáveis por sua elaboração consideraram que apenas o TCP utilizaria os Berços 215 e 216, o que evidencia que a interpretação por eles conferida foi a de que haveria exclusividade no uso desses berços pelo citado arrendatário”.

58. Do exposto nesta seção do voto, está correta a premissa, adotada pela APPA em seu estudo, de que um novo terminal independente somente disporia de um cais de 535 metros de extensão (315 m do berço 217, de uso compartilhado com o TCP, + 220 m do cais 218, a ser implantado).

59. Com essa configuração, a APPA demonstrou a inviabilidade econômica do empreendimento: (i) considerando a operação do terminal mediante utilização de 02 portêineres colocados no berço 218; (ii) considerando, em um cenário otimista, a utilização de 04 portêineres (02 no berço 218 e outros 02 colocados pela arrendatária no berço 217, compartilhado com o TCP, em que pese as dificuldades operacionais decorrentes desta alternativa). Em ambas as situações, o Valor Presente Líquido (VPL) seria negativo e a Taxa Interna de Retorno (TIR), inferior à taxa de desconto WACC (custo do capital).

60. Registro, a esse respeito, que o denunciante afirmou, tanto em sua peça vestibular como em outras que apresentou em complementação, que o estudo da APPA teria incorrido em erro porque assumira que o berço 217 seria de uso exclusivo do TCP. Desta forma, o estudo da APPA teria tomado como possível que o novo terminal utilizasse apenas dois portêineres e que teria, assim, uma capacidade de movimentação de 396 TEU por ano em todo o período do arrendamento. Essa afirmação, no entanto, é inverídica. A uma, porque o estudo da APPA deixa claro que o berço 217 é de utilização compartilhada. A duas, porque o referido estudo fez as projeções de viabilidade econômica para um novo terminal independente considerando o compartilhamento do berço 217, como mencionei.

- V -

61. As considerações já expendidas neste voto, relacionadas à possibilidade dos berços 215 e 216 serem passíveis de utilização por um hipotético terminal independente que venha a ser implantado, impactam diretamente a análise da viabilidade econômica do empreendimento. Existem outras questões, contudo, que não se encontram relacionadas àquela dimensão e que precisam ser analisadas.

62. Nos termos do art. 21, §1º, I, do Decreto 8.033/2013, que regulamentou a Lei 12.815/2013, “A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento do plano de desenvolvimento e zoneamento do porto”. A observância do PDZPO, portanto, não constitui mera regra de conduta, mas requisito legal para validade dos atos administrativos.

63. Sob esse prisma, a unidade técnica afirmou que seu exame seria voltado “para fatores que sejam determinantes à insustentabilidade econômica de um terminal operando de forma independente no local”, desconsiderando “argumentos (...) associados às disposições contidas no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Paranaguá (PDZPO)”.

64. A respeito, observo que a análise efetuada pela unidade técnica se deu à luz do art. 24 do Decreto 8.033/2015, então vigente, que expressava a necessidade da existência de inviabilidade técnica, operacional e econômica para que não fosse realizada a licitação da nova área. Uma vez que a unidade técnica concluiu pela ausência de inviabilidade econômica, seria desnecessária a realização de análise quanto aos demais aspectos, uma vez que era exigida, por aquela norma, a existência concomitante das três dimensões de inviabilidade. Ocorre que, como já mencionei, o Decreto 8.464/2015 alterou aquela redação, para deixar assente que a expansão da área arrendada em favor do atual arrendatário pode ocorrer quando se encontra comprovada a inviabilidade técnica, operacional ou econômica da realização de licitação de novo arrendamento. Portanto, sob esse novo regramento, ainda que não existisse inviabilidade econômica – que já se comprovou existir – seria necessária a verificação da eventual inviabilidade técnica ou operacional.

65. A propósito, este Tribunal já se posicionou, em diversas oportunidades, no sentido de que os arrendamentos portuários devem guardar aderência às disposições dos Planos de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto. Ilustra essa jurisprudência a ementa do acórdão 2.338/2006 – Plenário:

“2. O programa de arrendamento de áreas e instalações portuárias deve ser elaborado atendendo às suas destinações específicas, de acordo com o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto que contém as áreas objeto de arrendamento, nos termos do Decreto 4.391/02”.

66. O PDZPO de Paranaguá não prevê a implantação de um novo terminal para movimentação de contêineres na área em foco. Ao contrário, prevê a expansão do terminal de contêineres já existente (atualmente arrendado ao TCP). Nos termos daquele Plano:

“O fato de expandir a área de pátio e berço onde já se encontra a operação auxilia na consolidação da especialização da localização e no zoneamento da área primária e na área de influência do porto organizado. A expansão junto ao terminal de contêineres promoverá maiores benefícios devido à especialização do local, permitindo que o porto aumente sua capacidade de movimentação, assim como realize uma operação mais eficiente.

A área sugerida permite que o prolongamento de cais, com construção dos novos berços, seja acompanhado pela expansão da área de pátio dentro da área primária do porto. Desse modo, o aterramento sugerido beneficiará tanto a área de cais como a retroárea da área primária.

O aumento de movimentação de cargas devido à ampliação do TCP provocaria maior fluxo (...). Nesse sentido, recomenda-se a construção de um novo acesso rodoviário (...) (grifo nosso).

67. Como forma de possibilitar a existência da concorrência intraporto e da expansão das movimentações de contêineres, aquele PDZ previu a implantação de novos terminais portuários nas áreas do Embocuí e de Pontal do Paraná.

68. Dessa forma, em conclusão, o PDZPO listou como “Ações recomendadas ao Porto de Paranaguá”, em relação ao segmento “contêineres”, duas vertentes distintas: (i) “Expansão do Terminal de Contêineres”; e (ii) “Ampliação do segmento de contêineres, promoção da concorrência intraporto, diversificação da oferta de serviços e melhoria dos níveis de serviços oferecidos”.

69. A expansão do atual terminal de contêineres defendida no PDZ somente pode ocorrer de duas maneiras: (i) mediante expansão da área utilizada pelo TCP, que é o atual arrendatário do terminal de contêineres; ou (ii) realização de uma nova licitação, com adensamento de áreas e incorporação da área discutida nestes autos à área atualmente utilizada pelo TCP. Esta solução, no entanto, só poderia ser levada a efeito no final do ano de 2023, quando expirará o contrato de arrendamento atualmente firmado com o TCP.

70. Em sintonia com o PDZ, o Plano Mestre do Porto de Paranaguá dispôs:

“Por último, para aumentar a capacidade de movimentação de contêineres, recomenda-se a implantação de um novo terminal, com dois berços de atracação. Uma possibilidade a ser considerada é instalar este novo terminal em Pontal do Paraná, que consiste em uma área de expansão portuária do Porto de Paranaguá prevista em seu PDZPO (2012)”.

71. Ainda em relação a este tópico, friso que o Plano Mestre e o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto constituem elementos de planejamento do setor portuário nacional, nos termos da Portaria SEP/PR 03/2014, que, em seu art. 16, prevê que cabe às autoridades portuárias “subsidiar as definições do Plano Geral de Outorgas – PGO, quanto às ações dentro das áreas de porto organizado, refletidas nas respectivas propostas de arrendamento, constantes do PDZ”. Não é demais lembrar que a autoridade portuária, no caso específico do Porto de Paranaguá, é a APPA, que, já em seu primeiro exame, destacou que a implantação de um novo terminal independente na área em questão iria de encontro às disposições do PDZ.

- VI -

72. A título de informação, registro que, por ocasião da Audiência Pública 6/2013, realizada por SEP e Antaq na cidade de Paranaguá em outubro de 2013, no âmbito do denominado “grupo 2” dos arrendamentos portuários passíveis de serem licitados, foi debatida a licitação da área em questão

para implantação de um novo terminal independente de contêineres. O novo arrendamento, que havia sido concebido a partir dos estudos então formulados pela Estruturadora Brasileira de Projetos – EBP, foi rejeitado naquela oportunidade, em síntese, pelos seguintes motivos: (i) limitações no acesso terrestre, fazendo necessárias a construção de novas vias de acesso rodoviário e ferroviário; (ii) dificuldades e possíveis conflitos operacionais e logísticos com o TCP e com os operadores de terminais de veículos; (iii) a criação de terminais de pequeno porte iria de encontro às diretrizes estabelecidas pela Lei dos Portos, que pretendeu o incremento na eficiência das atividades prestada.

73. Em face dos resultados da audiência pública, os estudos para a implantação do terminal independente foram interrompidos.

- VII -

74. Esgotadas as discussões relacionadas ao mérito do processo, abordo, por fim, uma questão de natureza processual.

75. Como já assinalei anteriormente neste voto, o denunciante foi admitido como parte do processo, em oportunidade anterior.

76. Não obstante, apresento nova reflexão acerca de seu reconhecimento como interessado, condição necessária para que figure como parte no processo, nos termos do art. 144 do Regimento Interno.

77. Não vejo, em princípio, razões legítimas para que uma pessoa física que se apresente na condição de denunciante possa interferir no processo e, assim, ter seu reconhecimento como parte processual. No caso específico destes autos, não é crível que um indivíduo, na qualidade de denunciante, no simples exercício de sua cidadania e na pretensa defesa de interesses difusos, constitua advogado para acompanhar os autos; apresente recursos contra cautelares indeferidas; requeira vista e cópia dos autos toda vez que uma nova peça é juntada ou que o processo apresente movimentação; apresente, de forma reiterada, em inúmeras oportunidades, documentos buscando reforçar seus pontos de vista; e ainda elabore EVTEA (documento de aproximadamente 80 páginas) em contraponto ao estudo anteriormente efetuado pela APPA.

78. O comportamento apresentado extrapola os limites da razoabilidade aceitáveis para um cidadão comum e remete à possibilidade de que a pessoa física do denunciante esteja, na realidade, representando interesses de pessoa jurídica que pretende permanecer no anonimato e que, de forma dissimulada, se tenta utilizar deste Tribunal para alcance de objetivos potencialmente escusos.

79. Revejo, portanto, o posicionamento anteriormente adotado, que conferiu ao denunciante a condição de interessado, para que, doravante, não mais lhe seja oferecido o exercício de qualquer prerrogativa processual.

Ante o exposto, manifesto-me de acordo com as conclusões do Ministério Público e voto por que seja adotado o acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 16 de setembro de 2015.

ANA ARRAES
Relatora



ACÓRDÃO Nº 2338/2015 – TCU – Plenário

1. Processo TC 032.951/2014-0.
2. Grupo II – Classe VII – Denúncia.
3. Denunciante: Identidade preservada (art. 55, *caput*, da Lei 8.443/1992).
4. Unidades: Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq.
5. Relatora: ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: procurador Sérgio Ricardo Costa Caribé.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária – SeinfraHidroFerrovia.
8. Representação legal: Rodrigo Molina Resende Silva (OAB/DF 28.438), Thiago Groszewicz Brito (OAB/DF 31.762), Valéria Bittar Elber (OAB/DF 35.733), Marçal Justen Filho (OAB/PR 7.468), Cesar Augusto Guimarães Pereira (OAB/PR 18.662), Maria Augusta Rost (OAB/DF 37.017), Ricardo Barreto de Andrade (OAB/DF 32.136) e outros.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta denúncia constituída em apartado do TC 021.121/2013-3, em cumprimento ao item 9.4 do acórdão 3.159/2014-Plenário, que tratou de possíveis irregularidades na renovação antecipada de arrendamento portuário, com acréscimo de área, em favor da empresa Terminal de Contêineres de Paranaguá S.A. (TCP), naquele Porto.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão extraordinária reservada do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade dos arts. 234, 235 e 289 do Regimento Interno, em:

- 9.1. revogar a medida cautelar concedida em 20/01/2015;
- 9.2. considerar prejudicado, por perda de objeto, o agravo interposto pelo Terminal de Contêineres de Paranaguá;
- 9.3. conhecer da denúncia e considerá-la improcedente;
- 9.4. não admitir o denunciante como interessado nestes autos;
- 9.5. retirar a chancela de sigilo dos autos e determinar a publicação da íntegra deste acórdão, bem como do relatório e do voto que o fundamentaram;
- 9.6. dar ciência desta deliberação, assim como do relatório e do voto que a fundamentaram:
 - 9.6.1. ao denunciante;
 - 9.6.2. ao Terminal de Contêineres de Paranaguá;
 - 9.6.3. à Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR;
 - 9.6.4. à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq; e
 - 9.6.5. à Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA.

10. Ata nº 33/2015 – Plenário.
11. Data da Sessão: 16/9/2015 – Extraordinária de Caráter Reservado.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2338-33/15-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, José Múcio Monteiro e Ana Arraes (Relatora).

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

RAIMUNDO CARREIRO

Vice-Presidente, no exercício da Presidência

(Assinado Eletronicamente)

ANA ARRAES

Relatora

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN

Procurador-Geral