

Danielle Franco: Inovações regulatórias do Decreto nº 10.672/2021

A minirreforma da Lei de Portos (Lei nº 12.815/2013), implementada a partir da publicação da Lei nº 14.047/2020 trouxe a possibilidade de modernização na gestão dos contratos desse setor que vivencia, nos últimos anos, uma crescente fuga dos investimentos privados em áreas públicas. Parte dessa retração decorre da regulação mais severa incidente sobre esses terminais, situação esta diversa da vivenciada pelos terminais de uso privado, conforme já apontado pelo Tribunal de Contas da União no bojo do TC (Plenário) [\[1\]](#).



O recém-publicado Decreto nº 10.672, de 12 de abril de

2021, ao alterar parte do Decreto nº 8.033/2013, regulamentou as inovações legislativas promovidas no último ano e estabeleceu, entre outras medidas, as diretivas para três modificações sensíveis do setor: 1) a possibilidade de uso temporário de áreas e instalações portuárias localizadas na poligonal do porto organizado para movimentação de cargas não consolidadas; 2) a possibilidade de dispensa de licitação para arrendamento portuário em determinadas situações; e 3) a possibilidade de realização mais célere de investimentos não previstos inicialmente no contrato.

O *contrato de uso temporário*, previsto no artigo 5º-D da Lei nº 12.815/2013 e regulamentado no artigo 25-A do Decreto nº 8.033/2013, é uma figura já conhecida: foi previsto inicialmente na Resolução nº 2.240/2011-Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) (e posteriormente na Resolução Normativa nº 7/2016) como forma de possibilitar a atração de uma carga não consolidada para o porto organizado e, ao mesmo tempo, permitir o uso adequado de áreas ociosas do porto.

A inserção desta figura na Lei de Portos e sua atual regulamentação permitem, novamente [\[2\]](#), a celebração de contratos destinados a atrair novas cadeias econômicas, incrementando as operações do porto organizado e permitindo o aumento de receitas percebidas por parte da autoridade portuária [\[3\]](#). O relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União, adotado pelo ministro Bruno Dantas como fundamento do Acórdão nº 2711/2020-Plenário, destaca, ainda, que a sua utilização permitiria uma rápida adaptação do porto às atuais necessidades mercadológicas, sem precisar passar pelo lento processo licitatório para concessões de longo prazo:

"146 — Quanto à limitação a outras formas de contratação, a Secretário Nacional de Portos e Transportes Aquaviários (SNPTA) afirmou que por se tratar de um setor que requer vultosos investimentos, não há dúvidas de que para os grandes projetos o arrendamento seja a forma de contratação adequada, pois trata-se de um contrato de longo prazo, que proporciona a segurança jurídica necessária para o adequado retorno do capital investido. No entanto, ponderou que o dinamismo da logística de cargas requer às vezes a destinação de áreas portuárias para atender a determinado mercado circunstancial, previamente não incorporado ao portfólio de movimentação do

Nesses casos, apontou que uma licitação para arrendamento se mostra medida extremamente custosa, eivada de critérios subjetivos em relação a mercado ainda em fase potencial de atendimento. Além disso, a necessidade de licitar pode levar o empreendedor perder a oportunidade de atração do negócio, seja por não poder esperar o lapso temporal do processo, seja por não estar disposto a disputar uma licitação para um contrato de longo prazo e grandes investimentos para um negócio que ainda não está bem estruturado".

Os critérios e condições para celebração deste tipo de contrato estão previstos no artigo 25-A do Decreto nº 8.033/2013: 1) carga não movimentada nos últimos cinco anos e que tenha demandado menos de uma atracção mensal neste período; 2) utilização compatível com o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do porto; 3) prazo máximo improrrogável de 48 meses; 4) na hipótese de existir mais de um interessado e, não havendo disponibilidade física para ambos, a administração do porto deverá realizar procedimento licitatório simplificado para escolha do contratado; 5) os investimentos na área correrão às custas do interessado, sem direito a qualquer indenização; e 6) sua utilização implicará o pagamento de tarifas portuárias e arrendamento variável.

Especialmente acerca do primeiro requisito, é válido destacar que a Lei nº 14.047/2020, ao criar a figura do uso temporário, apontou que a definição dos termos, procedimentos e condições para utilização desse instrumento ficaria a cargo do decreto regulamentador [\[4\]](#). Contudo, há de se considerar que a exigência cumulativa de ausência de movimentação da carga nos últimos cinco anos e a procura inferior a uma atracção mensal no mesmo período pode implicar, ao revés, na dificuldade para implantação desta forma de contratação.

Isso porque o critério "*número de atracções nos últimos cinco anos*" pode induzir ao pressuposto de que uma demanda, ainda que não tão expressiva, mas que possua uma certa regularidade (como, por exemplo, a atracção de uma linha de navegação a cada dois meses nos últimos dois anos), seria um indicativo de consolidação de mercado daquela carga, o que não necessariamente corresponde à realidade.

Por sua vez, a *dispensa de licitação* para ocupação de áreas ociosas nas quais, comprovadamente, exista somente um interessado (artigo 5º-B da Lei nº 12.815/2013 e artigo 7º-A do Decreto nº 8.033/2013), veio como resposta a um dos temas abordados pela equipe de auditoria do Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 2711/2020-Plenário: o crescente investimento em áreas fora do porto organizado (em terminais de uso privado) em contraposição à queda de investimentos em áreas públicas. A auditoria constatou que essa fuga decorre, em parte, da complexidade e do tempo necessário para efetivação dos procedimentos licitatórios [\[5\]](#).

Com efeito, o prazo estimado para conclusão dos procedimentos licitatórios para arrendamento de áreas portuárias gira em torno de 28 meses e, nos casos em que ocorre judicialização do tema, pode levar até cinco anos para o contrato vir a ser celebrado.

Ainda que a realização de um procedimento licitatório seja o meio mais adequado para assegurar a participação isonômica do maior número possível de interessados, nem sempre existirá competição efetiva para a operação daquele ativo (prova disso é o número de licitações que contaram com uma única proposta), problema este que pode ser resolvido pela contratação direta do único interessado em operar a área, como apontado pela Secretaria Nacional de Portos à auditoria do Tribunal de Contas da União:

"145 — Em resumo, a SNPTA mencionou que o controle e a regulação do setor precisam ter um olhar voltado ao dinamismo e à adaptabilidade às mudanças que ocorrem nos fluxos de comércio. Afirmou que é de amplo conhecimento que o processo de arrendamento 'demanda demasiado tempo desde a elaboração do estudo econômico-financeiro até a efetiva entrega da área'. Também concordou que a necessidade de se licitar em qualquer situação, mesmo quando há apenas um interessado, pode ocasionar a frustração de oportunidades de negócio que seriam do interesse do porto. Sugeriu que, em se tratando de áreas ociosas e com um único interessado, poder-se-ia realizar a dispensa de licitação como medida para a destinação da área de forma mais ágil e eficiente, ainda que o ato de dispensa fosse alvo de apreciação pelo controle".

Essa contratação direta dependerá da compatibilidade do projeto com o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (artigo 7º-A, §1º do Decreto nº 8.033/2013) e a comprovação da existência de um único interessado será realizada por chamamento público pela autoridade portuária (artigo 7º-A, §2º do Decreto nº 8.033/2013), cujo edital deverá conter as informações mínimas elencadas no artigo 7º-B, parágrafo único do Decreto nº 8.033/2013 (área licitada, condições para sua exploração, investimentos mínimos, cargas a serem movimentadas e suas capacidades, o respectivo Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Socioambiental (EVTEA) e a minuta do contrato).

Os particulares interessados em atender o chamamento público para ocupação de áreas deverão manifestar-se formalmente junto à autoridade portuária (artigo 7º-C do Decreto nº 8.033/2013), manifestação esta que, além de ser acompanhada de garantia da proposta (artigo 7º-C, §2º do Decreto nº 8.033/2013), pressupõe o interesse na celebração de contrato (caso exista um único interessado) ou na apresentação de proposta para a operação da área (caso exista mais de um interessado).

Recebida a manifestação de interesse pela autoridade portuária, caberá ao poder concedente adotar as providências necessárias para celebração do contrato de arrendamento, caso exista um único interessado, ou promover certame licitatório, caso exista mais de um (artigo 7º-D do Decreto nº 8.033/2013).

Por fim, o decreto recém-publicado resolveu outra questão que contribuía para a assimetria entre terminais de uso público e de uso privado: as *dificuldades para realização de novos investimentos* não previstos inicialmente no fluxo de caixa dos contratos.

A dinâmica veloz do comércio internacional exige a possibilidade de adaptação das condições do serviço prestado, o que implica a realização de investimentos que, na maioria das vezes, não foram previstos inicialmente. Com efeito, não só os avanços tecnológicos na prestação de serviços portuários, como também a constante mudança na demanda de movimentação de mercadorias, exigem do arrendatário a capacidade de se adaptar constantemente para poder competir adequadamente com os demais portos do mundo.

O rito atual impõe a necessidade de aprovação prévia do poder concedente para que novos investimentos não previstos possam ser realizados. A inclusão dos §§9º e 10 ao artigo 42 do Decreto nº 8.033/2013 possibilita a sua realização através de um procedimento mais célere: basta a prévia autorização da autoridade portuária e comunicação ao poder concedente, desde que o investimento corra por conta do arrendatário e sem qualquer reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O setor portuário aguardava desde a publicação da Lei nº 14.047/2020 a regulamentação destes três temas que, de certa maneira, flexibilizam as regras para utilização de áreas portuárias e aproximam o regime de concessão de áreas localizadas no porto organizado do regime privado aplicado aos terminais de uso privado. Essa flexibilização possibilitará a atração de novos interessados, que vislumbrarão maior segurança jurídica para investir no desenvolvimento de áreas no porto organizado.

[1] Auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União no setor de infraestrutura portuária apontou que os investimentos realizados em terminais arrendados, nos últimos anos, foram consideravelmente inferiores aos realizados em terminais de uso privado, cenário este decorrente das seguintes questões: *"I – Apesar de ter apresentado avanços, o processo licitatório para arrendamento portuário é complexo, rígido e moroso, incompatível com a agilidade necessária para a otimização do espaço público; II – O modelo de contrato de arrendamento portuário não confere aos terminais arrendados e à autoridade portuária a flexibilidade necessária para permitir adaptações das operações ao dinamismo dos fluxos de comércio e geram consequências negativas durante e após a execução contratual; III – O monopólio do OGMO sobre o fornecimento de mão de obra constitui uma limitação imposta aos terminais arrendados; IV – A dificuldade de contratar e a falta de recursos das autoridades portuárias públicas prejudicam a prestação de serviços adequados ao complexo portuário; e V – Nomeações de gestores sem qualificação técnica ou gerencial representam obstáculo à gestão profissional, orientada a resultados, transparente e eficiente de autoridades portuárias públicas. Como conclusão, verificou-se que as limitações identificadas na presente auditoria afastam investidores dos portos públicos, com prejuízos à União e ao setor portuário, com impactos negativos no comércio exterior e no custo Brasil".*

[2] Por força de decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 0039522-15.2016.4.02.5001, que tramitou perante a 3ª Vara Federal Cível da Subseção Judiciária do Espírito Santo, foi declarada a nulidade dos artigos 2º, XXVII e 25 a 35 da Resolução Normativa nº 7-ANTAQ de 2016 e proibida a celebração de novos contratos de uso temporário com fundamento neste instrumento normativo, dado

que "os dispositivos ora impugnados da Resolução nº 2.220/2011, **não cuidam de matéria técnica, mas de tema de teoria geral de direito administrativo, qual seja, contrato e licitação, não havendo, portanto, essa discricionariedade técnica para regulamentar o assunto.** [...] Na verdade, os dispositivos atacados da referida Resolução não só regulamentaram matéria que não fosse técnica, assim como regulamentaram matéria expressamente contrária à Lei, que preconiza a obrigatoriedade de processo licitatório nesta hipótese, bem como não prevê a hipótese de contrato de uso temporário em tema portuário".

[3] No passado, ao analisar a Resolução nº 2240/2011-ANTAQ, o TCU já apontou a necessidade de uma melhor utilização de espaços públicos ociosos para atender às necessidades mercadológicas: "Ora, diante de espaços ociosos dentro dos Portos Organizados, até estrategicamente deixados para fins de suprir necessidades decorrentes da mobilidade dos mercados, seria melhor deixá-los ociosos ao invés de flexibilizar e agilizar normas de "uso temporário" com prazos bastante reduzidos (18 a 60 meses) em relação aos arrendamentos e concessões? Seria necessária uma licitação quando não existem outros interessados manifestos, apenas para cumprir uma formalidade inexigível e fadada ao fracasso? A falta de razoabilidade das questões precedentes, mais ainda quando estamos a falar de Direito Econômico Administrativo, falam a favor da tese dos "espaços de legítima discricionariedade" normativa das agências reguladoras" (Acórdão nº 1514/2013-Plenário).

[4] "Artigo 5º-D – A administração do porto organizado poderá pactuar com o interessado na movimentação de cargas com mercado não consolidado o uso temporário de áreas e instalações portuárias localizadas na poligonal do porto organizado, dispensada a realização de licitação. [...]"

§ 5º Decreto regulamentador disporá sobre os termos, os procedimentos e as condições para o uso temporário de áreas e instalações portuárias localizadas na poligonal do porto organizado".

[5] "Apesar de ter apresentado avanços, **o processo licitatório para arrendamento portuário é complexo, rígido e moroso, incompatível com a agilidade necessária para a otimização do espaço público**".

Date Created

29/04/2021