



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS



PARECER N.º 015 /2014/DECOR/CGU/AGU

PROCESSO N.º 00400.003219/2013-81

INTERESSADA: Secretaria de Portos da Presidência da República

ASSUNTO: Prorrogação da vigência de arrendamento de áreas e instalações portuárias

ARRENDAMENTO DE ÁREAS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS. PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE VIGÊNCIA. REQUISITOS ESTIPULADOS PELO ART. 49, § 2.º, DA MEDIDA PROVISÓRIA N.º 595, DE 06/12/2012. NÃO ATENDIMENTO QUANDO DA CELEBRAÇÃO DO TERCEIRO TERMO ADITIVO AO CONTRATO DE ARRENDAMENTO N.º 9/98. CORREÇÃO DA TESE DEFENDIDA NO PARECER N.º 73/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU E NA NOTA N.º 62/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU.

I – O art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595, de 06/12/2012, condicionou a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de arrendamento à “revisão dos valores do contrato e ao estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos”.

II – O exame prévio do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica é essencial e deveria ter subsidiado a análise técnica acerca da prorrogação da vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98.

III – O Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98, subscrito em 18/02/2013, desrespeitou o art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595, de 06/12/2012, então vigente, na medida em que prorrogou por mais quinze anos a vigência de contrato de arrendamento sem a comprovação inequívoca da vantagem dessa prorrogação em confronto com a realização de nova licitação pública e também sem a necessária revisão dos valores do contrato e o estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos.

Senhor Coordenador-Geral de Orientação,

1. Versa o processo em epígrafe sobre divergência estabelecida entre a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e a Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República no que diz respeito aos requisitos para a prorrogação da vigência de arrendamento de áreas e instalações portuárias.

2. O conflito foi submetido a esta Consultoria-Geral da União por intermédio do Memorando ASSJUR/AGU/SEP/PR n.º 54/2013 (fl. 01).

3. O caso concreto analisado trata da prorrogação da vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98, celebrado em 19/02/1998 entre a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina e a Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. Tal pacto teve por objeto o arrendamento de uma área de cento e vinte mil metros quadrados destinada à implantação e operação de um terminal especializado na movimentação, armazenagem, distribuição, importação e exportação de veículos, localizada dentro dos limites do Porto de Paranaguá (fls. 09/17).

4. Às fls. 127/128, foi acostada cópia do Primeiro Termo aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98, subscrito em 14/04/1998, que contemplou a prorrogação do prazo para a apresentação dos projetos básicos.

5. O Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98, assinado em 10/07/2012, teve por objeto a readequação do contrato de arrendamento às disposições da Lei n.º 8.630/93, da Lei n.º 8.987/95 e da Resolução n.º 2.240-ANTAQ, de 04/10/2011 (cópia às fls. 28/44).

6. Examinando a possibilidade de prorrogação da vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98 por mais quinze anos, a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários assim se manifestou no Parecer n.º 73/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU, de 15/02/2013 (fls. 100/107):

(...)

5. Registre-se, assim, não constar dos autos o Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), que deveria subsidiar a análise técnica da Agência.

6. Às fls. 72/73, a Nota Técnica n.º 19/2013/GPP/SPO/ANTAQ/IGM, pela qual a Especialista em Regulação que nela subscreve, após relatar o histórico do Contrato de Arrendamento e as diligências junto à APPA, quanto ao procedimento de adequação do Contrato, bem como às tratativas para a eventual prorrogação da avença, conclui pelo encaminhamento do pleito à Secretaria Especial de Portos (SEP), sob a consideração de que o novo marco legal (MP 595/2012) conferira àquela a competência para a celebração dos contratos de arrendamento e, por conseguinte, para a celebração dos termos aditivos.

7. Por seu turno, o Superintendente de Portos Substituto entendeu que a análise regulatória sobre os contratos de arrendamento e as prorrogações de prazo compete à ANTAQ, de modo que recomenda a aprovação do pleito pela Diretoria Geral, condicionada à apresentação, em 180 dias, do EVTE para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, encaminhando-se, em seguida, à SEP para a formalização do instrumento de aditamento contratual.

(...)

9. Conforme consta dos autos, o Contrato de Arrendamento n.º 009/98 foi celebrado em 19/12/1998, com prazo de 15 (quinze) anos, que expirará em 18/02/2013; podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período, com revisão de valores, consoante sua Cláusula Sétima (fl. 07).

10. Consta da minuta do instrumento apresentado uma obrigação condicionante, relacionada à apresentação do Estudo de Viabilidade Técnica Econômica e Ambiental-EVTEA, por parte da Arrendatária, para aprovação na APPA, e após pela ANTAQ (Cláusula Segunda). Bem ainda, que os valores praticados no Contrato serão mantidos até a aprovação do EVTE pela ANTAQ, quando então os novos valores seriam aplicados de forma retroativa à data da assinatura do termo aditivo.

11. A prorrogação do contrato administrativo de concessão de serviço público está relacionada na Constituição Federal na forma de comando ao Poder Público para que discipline a matéria através de lei. Nesse sentido, o art. 175 da Constituição Federal: Art. 175 Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos: Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária; (grifou-se)



17. Em observância à diretriz constitucional, a MP 595/2012, que revogou a Lei nº 8.630/93, ao dispor sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, deliniu um conteúdo mínimo, indispensável aos contratos firmados sob sua égide, considerando cláusula essencial aquela relativa às condições de prorrogação, em seu art. 5º, I e §1º:

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo;

§ 1.º Os contratos de concessão e arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, contado da data da assinatura, prorrogável por no máximo igual período, uma única vez, a critério do poder concedente.

13. Demais disso, acerca dos contratos de arrendamento em vigor na data de sua publicação, foi estipulado que, em caso de opção do Poder Concedente pela prorrogação, esta será condicionada à revisão dos valores do contrato e ao estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimento. Confira-se:

Art. 49. Os contratos de arrendamento em vigor na data de publicação desta Medida Provisória permanecerão vigentes pelos prazos neles estabelecidos, devendo ser licitados com a antecedência mínima de doze meses, contados da data de seu término.

§ 1º Nos casos em que o prazo remanescente do contrato for inferior a dezoito meses ou em que o prazo esteja vencido, a ANTAQ deverá promover a licitação em no máximo cento e oitenta dias, contados da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 2º A prorrogação dos contratos referidos no caput, desde que prevista expressamente, será condicionada à revisão dos valores do contrato e ao estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos. (grifou-se)

14. O mesmo diploma legal previu, ainda, em seu art. 54, que o inadimplemento da arrendatária, quanto ao recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e à ANTAQ, impossibilita a prorrogação do contrato de arrendamento de que a mesma é titular.

15. Demais disso, o § 1º, do art. 5º, da mesma Medida Provisória, prescreve que os contratos de arrendamento poderão ser prorrogados, por uma única vez e por igual período originalmente contratado, a critério do Poder Concedente.

16. Muito embora não tenham sido estabelecidos os critérios técnicos a serem observados por ocasião da análise de conveniência e oportunidade a ser realizada pelo Poder Concedente quando do exame dos pedidos de prorrogação, é mister relevar que a própria Medida traçou limitações que são insuperáveis e que independem de regulamentação para sua eficácia imediata.

17. Assim, ainda que se decida pela prorrogação, algumas premissas deverão ser necessariamente observadas, quais sejam: i) expressa previsão no Contrato original da possibilidade de prorrogação; ii) revisão dos valores do Contrato; iii) estabelecimento de novas obrigações de movimentação e de investimento; iv) inexistência de situação de inadimplência da arrendatária, no que tange ao recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a Autoridade Portuária e Agência.

18. Como se depreende do quanto acima explanado, das regras pertinentes à prorrogação, verifica-se que os critérios legais dependem de prévio exame técnico do órgão regulador, para que não sejam violadas as vedações nela presentes e seja demonstrada a vantajosidade da prorrogação.

19. In casu, não houve, em decorrência direta da ausência de apresentação do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica, nenhuma análise que assegure a observância das premissas acima referidas, o que, por evidente, impede que seja dado andamento ao pleito da APPA para que sejam os autos dirigidos ao Poder Concedente para exame do pleito de prorrogação.

20. No âmbito da ANTAQ, a Resolução nº 2740 reproduziu a matéria em seu art. 28, tratando o prazo e a possibilidade de prorrogação como cláusulas essenciais (incisos I e XIII). E, em seu art. 30, igualmente, seguiu as balizas fixadas na legislação infraconstitucional, prescrevendo:

Art. 24. O prazo do contrato de arrendamento de áreas e instalações portuárias será de até 25 (vinte e cinco) anos, podendo ser prorrogado, uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista sua possibilidade no edital de licitação, seja devidamente justificado e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a 50 (cinquenta) anos.

§ 1º. A solicitação de prorrogação do contrato de arrendamento de áreas e instalações portuárias deverá ser feita pela arrendatária à Administração do Porto, por escrito, com antecedência mínima de 24 (vinte e quatro) meses em relação à data do término do prazo contratual, sob pena de decadência desse direito.

§ 2º. A solicitação de que trata o § 1º deverá estar acompanhada de estudo de viabilidade, bem como deverá dispor das informações necessárias à avaliação quanto ao equilíbrio econômico-financeiro das novas bases contratuais.

§ 3º. A Administração do Porto procederá à abertura de processo administrativo e analisará a solicitação de prorrogação do contrato de arrendamento de áreas e instalações portuárias em até 4 (quatro) meses, encaminhando sua conclusão à apreciação da ANTAQ.

§ 4º. Estando completa a instrução do processo, a ANTAQ se manifestará no prazo de 4 (quatro) meses, comunicando sua decisão à Administração do Porto, que por sua vez cientificará a arrendatária.

5º. Os novos valores de arrendamento e o prazo da prorrogação serão fixados pela Administração do Porto com base na previsão de novos investimentos e na movimentação de cargas, segundo os critérios da modelagem estabelecidos pela ANTAQ para os estudos de viabilidade de arrendamento.

§ 6º. A decisão da Administração do Porto de deferir a solicitação de que trata o caput deverá ser fundamentada e considerar a adequação do contrato de arrendamento ao interesse público e as condições de prorrogação estabelecidas no instrumento contratual e em novo estudo de viabilidade.

§ 7º. Indeferido o pedido de prorrogação do contrato, ou decaído o direito previsto no § 1º, deverá a Administração do Porto iniciar imediatamente os procedimentos previstos nesta Norma para licitar as áreas e instalações portuárias, salvo se tal medida for incompatível com os motivos que justificaram a não prorrogação do contrato anterior. (grifou-se)

21. Da leitura sistemática da legislação, deflui-se que tanto o legislador infraconstitucional quanto a Agência, no exercício de seu poder regulamentar, trataram de fixar limites temporais, requisitos materiais e toda a processualística a ser seguida para a materialização do pedido de prorrogação do contrato e o seu deferimento ou não pela Administração.

(...)

(...) não há celeuma quanto à possibilidade de prorrogação dos contratos, desde que observados os requisitos legais. Mas, em relação aos contratos de arrendamento portuário, importante levar em conta suas características peculiares em relação aos contratos administrativos comuns regidos pela Lei nº 8.666/93, que exigem uma avaliação atrelada ao estudo de viabilidade técnico, econômica e ambiental-EVTEA para aferir vantagem da continuidade do contrato, em lugar da realização de nova licitação para arrendamento da instalação portuária.

24. E dizer, a prorrogação do prazo contratual não deroga a norma da obrigatoriedade de licitação, apenas a excepciona quando demonstrada que a sua celebração se mostra mais vantajosa ao interesse público envolvido do que a realização de procedimento licitatório. Bem por isso, deve ser utilizada somente quando se apresentar como a melhor alternativa para a boa prestação do serviço público, sob pena de incorrer em ilegalidade com fraude ao dever de licitar.

25. Indiscutível que a prorrogação do prazo é ato discricionário da Administração, condicionada, porém, à justificativa escrita e autorização da autoridade competente, devendo ser fundamentada na demonstração imprescindível da preservação do interesse público e da vantajosidade para a Administração em prorrogar o contrato em vigor, o que é aferido a partir do referido EVTE, no qual são discriminados os investimentos que serão realizados no terminal, os novos valores de outorga e de Movimentação Mínima de Cargas ('MMC'), as formas de amortização, tudo tendente à demonstração da vantajosidade de se renovar o prazo inicialmente contratado, dentro das balizas trazidas pela Agência Reguladora (§5º do art. 24 da Resolução nº 2240-ANTAQ).

26. Aprofundando-se acerca da discricionariedade do exame da prorrogação, conferida ao Poder Concedente, impende assinalar que qualquer decisão, seja no sentido de deferir ou de denegar o pedido, dependerá da indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que motivam a escolha.

27. Na hipótese vertente, é certo que os elementos de valoração, a serem considerados pelo Poder Concedente na conformação do ato decisório, dependem de constatações de ordem técnica anteriormente investigadas pelo órgão regulador, em seu trabalho de instrução. A esse respeito ensina o professor Marçal Justen Filho, senão veja se:

Alude-se à discricionariedade técnica para indicar que determinadas decisões administrativas se fundam em critérios técnico-científicos, os quais não são incorporados no corpo normativo produzido legislativamente. (...)

Nos casos de discricionariedade técnica, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador. O silêncio legislativo sobre a solução cabível





resulta de outras razões. A norma legal estabelece parâmetros normativos gerais. A Administração disporá de autonomia para decidir, mas a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos. Será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução a ser adotada. (grifou-se)

28. Nesse caminhar, evidencia-se que, mesmo quando a norma confere certo grau de discricionariedade ao agente público, este não se desvincula da obrigação de apresentar as razões que pautaram sua conclusão. E, mais que isso, tais razões devem corresponder à realidade dos fatos, de acordo com a teoria dos motivos determinantes.

29. No caso em apreço, pleiteia-se a prorrogação antes de se aferir, pelo EVTE, a efetiva vantagem que justificaria a exceção ao dever de licitar. De se concluir, assim, que a condicionante aposta no instrumento (apresentação do EVTE para aprovação posterior) não atende aos ditames legais outrora referidos.

30. Lado outro, observa-se que a área técnica da ANTAQ entendeu estar presente a justa causa para a prorrogação dos contratos, ainda que à mingua dos elementos técnicos que devem compor o EVTE, opinando favoravelmente à aprovação da prorrogação do Contrato, acrescentando a necessidade de imposição do prazo de 180 dias para que a Autoridade Portuária apresente o EVTE.

31. Entretanto, incumbe assentar que todas as alterações nas cláusulas regulamentares devem assegurar a intangibilidade das cláusulas econômico-financeiras (preço) e monetárias (atinentes à correção e reajustes), caso essas alterações desequilibrem a relação encargo/remuneração inicialmente estabelecida.

32. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro de parte a parte não pode ser tishado sequer por força de lei, dado ser esta submissa, necessariamente, ao art. 37, XXI, da Constituição da República, segundo o qual obras, serviços e compras serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, ou seja, assiste às partes o direito à manutenção da equação econômico-financeira inicial.

33. Por ser assim, é imperativo que o estudo técnico reflita fielmente os parâmetros aptos a abalzar o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato, não sendo lícito permitir seja estendido o prazo de duração de contrato de arrendamento em dissonância com o esquadro do interesse público ligado à prestação do serviço público adequado. Bem por isso, havendo desequilíbrio nas bases do contrato, imperativo o seu restabelecimento, cabendo à Administração proceder nesse sentido.

34. Noutra quadra, entende-se que a superveniente legislação que instaurou novo regime de repartição de competência entre os órgãos públicos do setor portuário não retirou a competência da Agência Reguladora para avaliar a alhures mencionada situação de vantajosidade e regularidade dos procedimentos de prorrogação dos contratos de arrendamento, como exceção ao dever de licitar. Nessa linha, incumbe à ANTAQ, por decorrência do poder regulatório e fiscalizatório conferido pelo art. 27 da Lei nº 10.233/01, analisar os estudos técnicos que embasam os pleitos e, se entender consentâneo com o interesse público primário, isto é, a prestação do serviço público, encaminhar a questão ao Poder Concedente para a formalização do instrumento contratual, por força do art. 12, inc. III, da MP 595/2012.

35. Pelo exposto, entende-se que a aprovação do pleito de prorrogação do Contrato de Arrendamento nº 009-98 está condicionada ao requisito essencial correspondente à prévia análise, por meio do EVTE, da situação de vantajosidade para a administração (interesse público primário na prestação do serviço), sob pena de violação ao dever de licitar. Essa análise incumbe à ANTAQ, por decorrência da sua competência regulatória e fiscalizatória, insculpida no art. 27 da Lei nº 10.233/2012; ao passo que a eventual formalização da avença (aditivo) deve ser operada pelo Poder Concedente, a teor do art. 12, II, da MP 595/2012.

7. Entretanto, em 18/02/2013, foi editada a Resolução n.º 2.785-ANTAQ, que aprovou a prorrogação do Contrato de Arrendamento n.º 9/98 mesmo sem a apresentação do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (fls. 112):

O DIRETOR-GERAL SUBSTITUTO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ, no uso da competência que lhe é conferida pelo inciso IV, do art. 54, do Regimento Interno, e considerando a que consta no processo nº 50300.000236/2013-62, *ad referendum*,

Resolve:

Art. 1.º Aprovar a prorrogação do Contrato nº 09/98, celebrado entre a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA e a empresa Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

Art. 2º Fica a prorrogação condicionada a apresentação, em 180 dias, do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica - EVTE do Contrato.

Art. 30 Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

8. Por seu turno, a Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República emitiu o Parecer n.º 19/2013/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU, de 18/02/2013, que assim admitiu a prorrogação da vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98 (fls. 135/143):

(...)

5. A Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Portuário, por meio da Nota Técnica nº 01/2013, de 18 de fevereiro de 2013, manifesta-se favoravelmente pelo prosseguimento do feito, conforme se vê nos trechos da referida nota técnica trazida à colação, 'ipsis litteris':

Por fim, abstendo-se de considerar as questões jurídicas a serem melhor analisadas pela área competente, e levando-se em consideração:

1) a relevância do empreendimento para o Porto de Paranaguá, para a região de influência do porto e para o Setor Automobilístico como um todo; e

2) a possibilidade de prorrogação prevista em contrato, conclui-se pela recomendação favorável pelo prosseguimento do feito no âmbito desta Secretaria de Portos, com as seguintes recomendações:

1) A Minuta do Contrato deverá ser analisada pela Assessoria jurídica desta Secretaria de Portos e, eventualmente, ajustada;

2) Deverá ser observada pela Agência Reguladora a adequação do EVTEA apresentado pela interessada ao novo modelo prescrito pela M.P. nº 595/2012, notadamente com relação ao que prevê o §2º do Art. 49 que versa sobre o equilíbrio contratual, verificando se novos valores de outorga, movimentação e investimentos mínimos no terminal, conforme prazo estipulado na Minuta do Contrato.

6. É importante ressaltar que na nota técnica em comento, a área técnica da SEP/PR registra que a não aprovação do Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) antes do advento do termo contratual é resultante do processo de discussão do novo marco legal, ocorrido ao longo do exercício de 2012. veja-se:

Cumprir lembrar, por relevante, que o pleito de prorrogação do contrato em análise sofreu impacto resultante do processo de discussão do novo marco legal, ocorrido ao longo do exercício de 2012, o que ocasionou a inviabilidade da aprovação do Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) de responsabilidade da empresa postulante, antes do advento do termo contratual, já que a Medida Provisória foi publicada apenas em 07 de dezembro de 2012.

(...)

18. No que pertine a legalidade da prorrogação do Contrato de Arrendamento nº 009/98 é salutar revisar a legislação de regência.

19. Com efeito, a Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012, em seu art. 49, 'caput', estabelece que os contratos de arrendamentos em vigor na data da sua publicação permanecerão vigentes pelos prazos neles estabelecidos, devendo ser licitados com a antecedência mínima de doze meses, contados da data de seu término.

20. Todavia, no § 2º do referido dispositivo legal, permite a prorrogação de tais contratos, desde que atendidas as seguintes condições, a saber:

a) existência de previsão expressa;

b) revisão dos valores do contrato; e

c) estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos.

21. Além disso, o art. 54 da Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012, veda a prorrogação dos contratos de arrendamentos, cujas arrendatárias estejam inadimplentes com o recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a ANTAQ.

22. Na hipótese versada nos autos observa-se que a primeira condição (previsão expressa da possibilidade de prorrogação) está contemplada na Cláusula Sétima - Prazo do instrumento original, a qual restou mantida pela Cláusula Sexta - Do Prazo do 2º Termo Aditivo, senão vejamos:

CLAUSULA SEXTA - DO PRAZO

O prazo original do Contrato de Arrendamento nº 009/98 é de 15 (quinze) anos. A vigência do prazo iniciou-se em 19/02/1998 e terá seu término em 18/02/2013.

23. Entretanto as condições as demais condições previstas no § 2º do art. 49 e art. 54, ambos da Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012, salvo melhor juízo não foram atendidas.



24. Às fls. 91/92 dos autos a Superintendência de Portos da ANTAQ, assim justifica o não atendimento de tais condições:

(...) Nota-se que o contrato chega a termo em 19/02/2013, ou seja, daqui a cinco dias e o pedido da empresa foi protocolado nesta Agência em 06/02/2013, treze dias antes de o contrato chegar a termo.

Ademais, esta SPO tem oficiado à APPA desde 17/10/2011 (fls. 76 a 79) solicitando manifestação sobre a prorrogação do contrato. Esses ofícios e as respostas não objetivas da autoridade portuária estão historiadas na Nota Técnica nº 19/2013/GPP/SPO/ANTAQ/IGM (fls. 72 e 73).

Sobre o tema a Gerência de Portos Públicos, com base na já citada Nota Técnica concluiu por encaminhar os autos à Secretaria de Portos – SLP, em face das novas competências daquela Pasta com a edição da Medida Provisória – MP nº 595/2012.

Pois bem, como cediço, é competência da SEP a celebração de contrato de arrendamentos, conforme o disposto no Art. 12, III da citada MP. Porém, no entender deste signatário, essa nova competência da SEP não afasta a atribuição desta Agência em tutelar pela regulação dos contratos de arrendamentos, aprovando ou não e sugerindo ou não à SEP a celebração/prorrogação do contrato de arrendamento.

Nesse diapasão, a solicitação da empresa Volkswagen deverá ser submetida no Colegiado desta Agência para apreciação e posteriormente ser submetido à SEP.

Quanto ao aspecto regulatório, antes da aprovação desta Agência, dever-se-ia elaborar um ETVE para reequilíbrio contratual nos ditames do § 2º do Art. 49 da MP 595/2012, verificando-se novos valores de autoriza, movimentação e minio e investimentos no terminal.

Contudo, considerando a recente edição da MP, considerando que ainda não há regulamento editada da MP e não pouco (sic) norma de reequilíbrio da Agência considerado o exíguo lapso temporal até a extinção do contrato, sugiro a APROVAÇÃO da prorrogação contratual condicionada à elaboração de reequilíbrio contratual no prazo não superior a 180 dias.

Outrossim, informo que há Acórdão do Tribunal de Contas, que determina esta ANTAQ a somente autorize a prorrogação de contratos “após a elaboração, análise e aprovação do respectivo fluxo de caixa que demonstre o novo equilíbrio econômico-financeira do contrato”.

Porém, como o novo marco regulatório portuário e com todas as considerações elencadas anteriormente, no meu entendimento, esta Agência tem grandes dificuldades para elaborar o reequilíbrio do contrato, mesmo que tivéssemos tempo hábil para fazê-lo.

25. Ao final da sua manifestação, ressalta o Superintendente de Portos Substituto: Por fim, importante ressaltar o interesse público na operação do terminal em tela. Hoje a instalação portuária movimenta veículos fabricados no país para consumo interno (cabotagem), importação e exportação (longo curso). A paralisação das atividades do terminal ocasionaria um nó na logística do país que acarretaria sem sombras de dúvida grandes perdas ao setor brasileiro”.

26. Corroborando com as justificativas apresentadas pela ANTAQ, tem-se a NOTA TÉCNICA Nº 01/2013, de 18 de fevereiro de 2013 (fls. 108/113), cujo trecho foi transcrito alhures.

27. Nesse cenário, a fim de evitar a descontinuidade da operação no terminal arrendado, optou-se por incluir no aditivo em questão, uma cláusula resolutive que obriga as partes a firmar, no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, novo Termo Aditivo, no qual deverão ser revistos os valores cobrados no contrato e estabelecidas novas obrigações de movimentações mínimas, sob pena de rescisão do Contrato de Arrendamento nº 0009/98 e de seus respectivos aditivos.

28. Consoante o disposto nos arts. 475 e 476 do Código Civil Brasileiro, a condição resolutive ou cláusula resolutive está subentendida em todos os contratos bilaterais ou sinalagmáticos, mas apesar disto, nada impede que os contraentes a ajustem expressamente, para reforçar o efeito da condição, conforme preleciona a Prof.ª Maria Helena Diniz :

Apesar de todo contrato sinalagmático conter implicitamente cláusula resolutive, nada obsta que os contratantes a ajustem expressamente, para reforçar o efeito da condição, de tal forma que a inexecução da prestação por qualquer um deles importe na rescisão do contrato, de pleno direito, sujeitando o faltoso às perdas e danos, sem necessidade de interpelação judicial (CC, arts. 474, 1ª parte, 127 e 128). Uma vez convencionalmente condição resolutive expressa, o contrato rescindir-se-á automaticamente, fundando-se no princípio da obrigatoriedade dos contratos, justificando-se quando o devedor estiver em mora. A cláusula resolutive expressa produz efeitos extintivos independentemente

de pronunciamento judicial" (Enunciado nº 435 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil).

29. É de se ver, pois, que embora não seja adequado postergar o cumprimento das disposições contidas no art. 49, § 2º da Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012, não se pode deixar de reconhecer que a inclusão da cláusula resolutiva é suficiente para garantir a rescisão do Contrato de Arrendamento nº 009/98, independentemente de interpelação judicial - caso não seja providenciado a celebração de novo termo aditivo em conformidade ao disposto na norma legal vigente.

30. Ademais releva considerar que de acordo com as justificativas apresentadas pela ANTAQ e SEP/PR, neste momento a não prorrogação do pacto pode ser mais prejudicial ao interesse público do que sua manutenção.

31. De sorte que, diante das controvérsias jurídicas que pairam sobre a implementação das disposições contidas na Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012, decorrentes das inovações por ela introduzidas, bem como das incertezas geradas pela grande quantidade de emendas apresentadas pelos parlamentares no Congresso Nacional (645), reputa-se como razoável as justificativas apresentadas pela ANTAQ e SEP/PR para postergar, em até 180 (cento e oitenta dias), o atendimento das condições previstas no art. 49, § 2º da medida provisória em comento, para depois retroagir os seus efeitos jurídicos a 18/02/2013.

32. A respeito da inclusão de cláusula resolutiva no aditivo em questão, impende registrar que a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, por meio do PARECER Nº 73/2013/AAMCA/PR-ANTAQ/PGF/AGU, não se pronunciou sobre tema, mas deixou registrado o seu posicionamento quanto à eficácia imediata das disposições contidas no art. 49, § 2º da Medida Provisória, bem como pugnou pela inadequação da inclusão de cláusula que admite a apresentação do EVTE, a posteriori pela Autoridade Portuária à sistemática normativa de rescisão e, ainda, condicionou à aprovação do pleito de prorrogação do Contrato de Arrendamento nº 009/98 à análise prévia, por meio do EVTE, da situação de vantajosidade para a Administração.

33. Assim, caso se entenda que está caracterizado a divergência de entendimento entre este e aquele órgão de assessoramento jurídico, a submissão da eventual controvérsia ao Advogado-Geral da União, conforme previsto no art. 4º, inciso XI da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, é medida que se impõe.

(...)

37. Sintetizando tudo o que fora dito, ressalvados os aspectos técnicos e econômicos que refogem à competência da Assessoria Jurídica, opina-se pela viabilidade da celebração do 3º Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento nº 009/98, desde que a ANTAQ e/ou a SEP/PR:

a) providencie no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias, a celebração de novo termo aditivo, no qual deverão ser revistos os valores cobrados no contrato e estabelecidas novas obrigações de movimentações mínimas e investimentos, cujos efeitos jurídicos retroagirão à 18/02/2012, sob pena de rescisão do Contrato de Arrendamento nº 009/98 e de seus respectivos aditivos, independentemente de regulamentação da Medida Provisória pelo Poder Executivo ou a Agência Reguladora;

b) junte aos autos declaração da Administradora do Porto Organizado de Paranaguá e da ANTAQ, atestando que a Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda., está adimplente com o recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras; conforme previsto no art. 54 da Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012;

c) verifique, antes da celebração do aditivo de prorrogação, se a arrendatária continua mantendo as condições de habilitação e qualificação exigidas no Edital da Concorrência nº 12/97, promovida pela APPA.

(...)


9. O Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98 foi subscrito em 18/02/2013 (fls. 199/201). Eis suas principais cláusulas:

(...)

2) DA FINALIDADE: Este Termo Aditivo tem por finalidade prorrogar o prazo de vigência do Contrato de Arrendamento n.º 09/98.

3) DO FUNDAMENTO LEGAL:

Este Termo Aditivo tem fundamento legal no art. 12, inciso III c/c o art. 49, § 2º e 61, todos da Medida Provisória n.º 595, de 06 de dezembro de 2012, na Cláusula Sétima do Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 0009/98, no art. 24 da





Resolução n.º 2240/2011-ANTAQ e no art. 474, 1.ª parte, c/c os arts. 127 e 128 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Cláusula Primeira – Do Objeto: O presente Termo Aditivo tem por objeto prorrogar o prazo de vigência do Contrato de Arrendamento n.º 09/98, por mais 15 (quinze) anos, transferindo o seu término de 18 de fevereiro de 2013 para 18 de fevereiro de 2028.

Cláusula Segunda – Do Pagamento do Valor do Arrendamento e das Demais Prestações Pecuniárias – O valor do arrendamento e das demais prestações pecuniárias devidas pela arrendatária continuarão a ser pagas à Administradora do Porto Organizado de Paranaguá – PR.

Cláusula Terceira – Da Condição Resolutiva: As partes se obrigam no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias firmar novo Termo Aditivo, no qual deverá constar a revisão do valor do arrendamento e estabelecidas novas obrigações de movimentações mínimas e investimentos, cujos efeitos jurídicos retroagirão à data de início da vigência do presente Termo Aditivo, conforme previsto no art. 49, § 2.º da medida Provisória n.º 595, de 06 de dezembro de 2012, sob pena de rescisão do Contrato de Arrendamento n.º 09/98 e de seus respectivos aditivos, independentemente de interpelação judicial.

(...)

10. Por fim, a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários ratificou seu posicionamento pela necessidade da demonstração prévia da vantajosidade da prorrogação para a Administração na Nota n.º 62/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU, de 12/03/2013 (fls. 211/214):

4. De início, ratificam-se os termos do PARECER Nº 73/2013/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/AGF/AGU, no que se refere à obrigatoriedade de demonstração prévia das condições de vantajosidade da prorrogação do contrato em detrimento de nova licitação para o arrendamento da instalação portuária, através do mecanismo adequado de avaliação desse contexto, qual seja, o estudo de viabilidade no qual constarão as informações referentes às novas bases contratuais; descabendo a oposição de cláusula resolutiva com tal conteúdo, porquanto se trata de suporte fático (motivo) essencial à validade do ato. Senão vejamos.

5. Conforme já apontado, embora a prorrogação do prazo contratual seja ato discricionário da Administração, deve ser materializar mediante justificativa escrita e autorização da autoridade competente, devidamente fundamentada na demonstração imprescindível da preservação do interesse público e da vantajosidade para a Administração.

6. E cediço que a demonstração de vantajosidade é princípio basilar da atividade administrativa e sua relação jurídica com os particulares em todo e qualquer procedimento licitatório. Por conseguinte, deve estar presente, com a mesma ênfase, no momento de renovação do vínculo jurídico contratual, sob o regime público, uma vez que esse ato envolve, implicitamente, a prescindibilidade do procedimento de licitação.

7. Sobre o tema, pertinente o apontamento do mestre Marçal Justen Filho :

(...) Também se pode afirmar que os conceitos e princípios gerais delineados a propósito do que se poderia denominar de teoria geral das licitações aplicam-se ao âmbito de concessão e permissão. Vale dizer, as licitações para concessão e permissão subordinam-se aos princípios fundamentais constitucionais e infra-constitucionais consagrados à propósito das contratações em geral. Assim, os princípios da legalidade, da moralidade, da objetividade, da vantajosidade, da vinculação ao ato convocatório – consagrados expressamente no art. 3º da Lei nº 8666/93 – incidem de modo pleno e ilimitado às concessões promovidas no âmbito de concessões e permissões.

8. Portanto, a vantajosidade, consectário do princípio da licitação, é mandamento que se impõe sobre as normas que regem os contratos administrativos.

9. Nesse sentir, observa-se que o conteúdo do art. 49, §2º da Medida Provisória nº 595/2012, ao condicionar a prorrogação à 'revisão dos valores do contrato e ao estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos', nada mais fez do que reforçar a necessidade de aferição pela administração, a partir desses elementos valorativos, da condição de vantajosidade na manutenção da relação contratual.

10. Entretanto, entende-se que o dispositivo não é exaustivo, e sim exemplificativo, devendo o Poder Público avaliar outros critérios de valoração, notadamente sob o prisma dos caracteres indicadores do serviço público adequado (modicidade, atualidade, continuidade, eficiência, segurança...).

11. Dito isto, tem-se que o estudo de viabilidade técnico, econômica e ambiental-EVTEA foi o instrumento formal erigido pela própria Agência Reguladora, nos termos do art. 24, §2º da Resolução nº 2240-ANTAQ, como meio capaz de demonstrar tal contexto de

 9

vantajosidade para a administração, à luz da modelagem regulatória eleita em compasso com as diretrizes do setor.

12. Insc se que a Resolução nº 2240-ANTAQ, naquilo que não conflita com a MP nº 595/2012, permanece hígida, ao menos enquanto não revisada/revogada. Esse é o caso do art. 24 que trata dos limites temporais, dos requisitos materiais e toda a processualística a ser seguida para a materialização do pedido de prorrogação do contrato e sua análise pela Agência Reguladora, a qual guarda a competência decisória no bojo da avaliação técnico-regulatória em testilha. Não há, ao menos à primeira vista, incongruência desses comandos regulamentares com a Medida Provisória. Antes, pode haver necessidade de adequação da modelagem regulatória e critérios de aferição, em face, por exemplo, dos novos critérios de julgamento da licitação (menor tarifa e maior movimentação), mas não dispensa de estudos técnicos.

13. Dessarte, entende-se que as condições para a prorrogação dos contratos, dentre as quais aquelas trazidas no art. 49, §2º da MP, devem ser esmiuçadas em Instrumento Técnico pertinente. Ou seja, os novos valores de arrendamento, as previsões de novos investimentos e de movimentação de cargas, devem constar de um estudo de viabilidade específico, segundo os critérios de modelagem estabelecidos pela ANTAQ, ludo a ser avaliado em fase anterior à decisão administrativa.

14. Não é bastante a mera proposição do interessado, como ocorrente no presente caso. Essas condições quantitativas e qualitativas deveriam ser submetidas ao esquadro da modelagem ditada pela Agência Reguladora, de modo a extrair a conclusão favorável (ou não) à prorrogação e, nesse sentido, fixar os parâmetros para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

15. Com efeito, a procedimentalização administrativa constitui meio de limitação do poder estatal e garantia de respeito aos valores democráticos. Nessa trilha, a decisão administrativa quanto à prorrogação de um contrato administrativo pressupõe uma fase anterior de avaliação e motivação que confere legitimidade a essa etapa subsequente. (...)

17. O ato administrativo tem pressupostos de existência e validade que não podem ser suplantados pela administração, sob pena de invalidade do ato. Dentre esses, figura o motivo, compreendido como o 'pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato', e, como tal, deve anteceder e servir de suporte para a sua expedição.

18. Como ensina o professor Celso Antônio, para a análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar:

- a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato;
- b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei

19. No caso, a análise a ser desenvolvida a partir do estudo de viabilidade tem por objetivo alcançar a 'situação fática de vantajosidade', o motivo que embasará a decisão de prorrogação do contrato de arrendamento, sendo, por isso, seu pressuposto de validade.

20. Sob esse enfoque, ratifica-se o entendimento de desconformidade com a ordem legal da prorrogação do contrato em discussão, sem o cumprimento da fase anterior e indispensável de análise de estudo de viabilidade, no qual devem ser avaliados os elementos das novas bases contratuais (demonstrativas da vantajosidade), dentre os quais, mas não somente, os valores do contrato e as novas obrigações de movimentação mínima e investimentos, elencados no art. 49, §2º da MP.

21. Ainda nessa toada, entende-se descabido invocar os arts. 475 e 476 do Código Civil Brasileiro para legitimar a aposição de cláusula resolutiva no instrumento de aditivo, quando o conteúdo é exatamente o cumprimento de requisito de validade do ato. É dizer, não poderia ser objeto de acordo entre as partes o adiamento do atendimento de requisito, cujo teor é definir a continuidade ou não do vínculo jurídico, portanto, essencial ao aperfeiçoamento do ato administrativo.

22. Por imperativo do regime jurídico administrativo que se alicerça nos princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado, não está ao alvedrio das partes criar regras e obrigações, senão aquelas decorrentes do regime público de regência. Ademais, compreende-se que a aplicação de regras de direito privado na esfera dos contratos administrativos somente encontra espaço, por exceção, na hipótese de omissão da legislação especial sobre a matéria, como forma de suprir lacunas. E, ainda assim, para tratar de aspecto não determinante para a conformação do fato jurídico ao escopo legal.

(...)

24. Feitos os esclarecimentos pertinentes, impede consignar que não se vislumbra divergência jurídica apta a ensejar a medida contida no art. 4º, inciso XI, da LC nº





73/1993. Isto porque, ao que se deflui do Parecer nº 19/2013/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU, não houve discordância quanto à inadequação, sob o ponto de vista legal, da postergação do cumprimento das condições impostas no art. 49, §2º da Medida Provisória. Antes, percebe-se que a concordância da parecerista com a medida administrativa de exceção transcendeu à análise jurídica, na medida em que ponderou, como justa causa para a prorrogação condicionada, os riscos de prejuízo ao interesse público com a descontinuidade do serviço público e a situação de transição legislativa (vide itens 29 e 30 daquele parecer). Por certo que não se descarta do contexto acima narrado, porém, essa análise refoge à competência jurídica dessa Procuradoria, adstrita à análise jurídico-formal do feito; e compõe o juízo valorativo da administração no seu múnus de adotar medidas de urgência para a preservação do interesse público envolvido.

É o relatório. Passa-se a opinar.

11. Como visto no relatório, os autos vieram a este Departamento para solução de conflito jurídico estabelecido entre a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e a Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República no que diz respeito aos requisitos para a prorrogação da vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98, celebrado em 19/02/1998 entre a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina e a Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda.

12. Em síntese, a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários sustentou que o deferimento do pedido de prorrogação deveria depender da demonstração da vantagem para a Administração a partir da análise prévia de estudo de viabilidade, sob pena de violação do princípio constitucional da licitação. A prorrogação da vigência do contrato de arrendamento antes da elaboração e análise do estudo de viabilidade pelos órgãos competentes feriria o art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595, de 06/12/2012, bem como o art. 24, § 2.º, da Resolução n.º 2.240-ANTAQ, de 04/10/2011 (Parecer n.º 73/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU). Posteriormente, na Nota n.º 62/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU, a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários ratificou seu entendimento inicial, questionou a legalidade do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98 por admitir a prorrogação antes da apresentação e análise do estudo de viabilidade e conseqüente aferição da vantagem para a Administração, bem como sugeriu não haver divergência jurídica a ser dirimida na medida em que consignou que a própria Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República, de certo modo, admitiu a contrariedade da prorrogação aos termos do art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595/2012.

13. Já a Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República aceitou a prorrogação da vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98 por mais quinze anos antes da demonstração inequívoca da vantajosidade para a Administração. É verdade que ressaltou a necessidade da inclusão de cláusula resolutiva no Terceiro Termo Aditivo, a fim de que o reequilíbrio financeiro e o estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos fossem garantidos em até cento e oitenta dias após a celebração de tal aditivo, sob pena de rescisão. Todavia, superou o art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595/2012, com fundamento na necessidade de continuidade do serviço e na insegurança gerada pelo momento de transição legislativa (Parecer n.º 19/2013/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU).

14. Desde logo, adere-se à tese desenvolvida pela Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários no sentido da obrigatoriedade da revisão dos valores do contrato e do estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e

investimentos antes da prorrogação da vigência do contrato de arrendamento, eis que apoiada em argumentos mais robustos.

15. A prorrogação da vigência do contrato de arrendamento não é direito do arrendatário, mas sim alternativa posta à apreciação da Administração e submetida a requisitos legais. Se demonstrada a vantajosidade da prorrogação para a Administração e o atendimento dos demais requisitos legais, aí sim o princípio da licitação pode ser excepcionado.

16. *In casu*, sem estudo de viabilidade, a demonstração inequívoca da vantajosidade da prorrogação para a Administração fica prejudicada.

17. O art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595, de 06/12/2012 era bastante claro:

Art. 49. Os contratos de arrendamento em vigor na data de publicação desta Medida Provisória permanecerão vigentes pelos prazos neles estabelecidos, devendo ser licitados com a antecedência mínima de doze meses, contados da data de seu término.
§ 1.º Nos casos em que o prazo remanescente do contrato for inferior a dezoito meses ou em que o prazo esteja vencido, a ANTAQ deverá promover a licitação em no máximo cento e oitenta dias, contados da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 2.º A prorrogação dos contratos referidos no caput, desde que prevista expressamente, será condicionada à revisão dos valores do contrato e ao estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos.

18. E no momento da celebração do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98 (18/02/2013) ainda vigia o art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595/2012.

19. É bom esclarecer que o teor do § 2.º do art. 49 da Medida Provisória n.º 595, de 06/12/2012, não foi reproduzido quando da conversão daquela norma na Lei n.º 12.815, de 05/06/2013. Contudo, não se pode olvidar que o art. 62, § 12, da Constituição da República é expresso ao proclamar a vigência do texto original de medida provisória até que seja sancionado o projeto de lei de conversão.

20. Assim, a prorrogação do prazo de vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98 deveria ter observado a regra inscrita no citado art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595/2012.

21. De fato, o estudo de viabilidade foi o meio escolhido pela Resolução n.º 2.240-ANTAQ, de 04/10/2011, para garantir que a prorrogação representasse a alternativa apropriada à preservação do interesse público.

22. Vale enfatizar que inicialmente o Contrato de Arrendamento n.º 9/98 previra a possibilidade de prorrogação nos seguintes termos: "Cláusula Sétima – Prazo: O prazo do arrendamento é de 15 (quinze) anos, com interveniência da União através do Ministério dos Transportes, contados da data da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado por igual período, com revisão dos valores". Nota-se que a prorrogação da vigência só poderia ocorrer com a revisão de valores.

23. Posteriormente, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98 foi expresso ao exigir estudo de viabilidade:

(...)
Cláusula Sexta – Do Prazo
(...)
Parágrafo Terceiro

Os novos valores de arrendamento e o prazo da prorrogação serão fixados pela APPA com base na previsão de novos investimentos e na movimentação de cargas, segundo os critérios da modelagem estabelecidos pela ANTAQ para os estudos de viabilidade de arrendamento, e a decisão da APPA de deferir a solicitação de prorrogação de prazo deverá ser fundamentada e considerar a adequação do contrato de arrendamento ao



interesse público e as condições de prorrogação estabelecidas no instrumento contratual e em novo estudo de viabilidade.

(...)

24. Destarte, a exigência de Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica EVTE prévio é plenamente compatível com o que estatuiu a Medida Provisória n.º 595/2012, a Resolução n.º 2.240-ANTAQ, de 04/10/2011, e o Segundo Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98.

25. A apresentação e análise do estudo de viabilidade antes da decisão pela prorrogação do prazo de vigência do contrato de arrendamento não é mera formalidade superável. Pelo contrário, acredita-se que seja essencial. É com base em seus elementos que o administrador deverá escolher entre a prorrogação e a realização de nova licitação.

26. Nesse sentido, vale transcrever as lições da jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre a essencialidade ou não das formas do ato administrativo:

Encontram-se na doutrina duas concepções da forma como elemento do ato administrativo:

1. uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;

2. uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.

(...)

No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração: é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado.

(...) Normalmente, as formas mais rigorosas são exigidas quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar.

(...)

Finalmente, ainda quanto à forma, pode-se aplicar ao ato administrativo a classificação das formas em essenciais e não essenciais, consoante afetem ou não a existência e a validade do ato; no entanto, a distinção tem sido repelida, por não existirem critérios seguros para distinguir umas e outras; às vezes, decorre da própria lei essa distinção, tal como se verifica no processo disciplinar, em que a ampla defesa é essencial, sob pena de nulidade da punição; também o edital, na concorrência, ou o decreto, na expropriação. A ausência dessas formalidades invalida irremediavelmente todo o procedimento e o ato final oblivido pela Administração, sem possibilidade de convalidação.

Em outras hipóteses, em que a decisão administrativa não afeta direitos individuais, mas é imposta apenas para o ordenamento interno ou para facilitar o andamento do serviço, a forma não é essencial; por exemplo, a lei estabelece requisitos para que o administrado exerça o seu direito de petição, mas a sua inobservância nem sempre tem o condão de impedir o seu recebimento pela Administração, já que esta tem, de ofício, o dever de observar a lei e de exercer a tutela sobre os próprios atos; assim, nada impede que conheça do pedido se verificar que assiste razão ao requerente.

É só o exame de cada caso concreto que permite concluir se a forma é ou não essencial; terá essa qualidade necessariamente quando for estabelecida como garantia de respeito aos direitos individuais.¹

27. No caso em tela, a apresentação e análise prévia do estudo de viabilidade é indispensável por força da legislação em vigor no momento da celebração do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98.

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20.ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 192-194.

28. Aceitar a prorrogação condicionada seria desconsiderar o teor do art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595/2012. A apresentação e análise do estudo de viabilidade é essencial. Não pode ser sanada *a posteriori*.

29. Por fim, não se pode deixar de registrar, assim como fez a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que a própria Assessoria Jurídica junto à Secretaria de Portos da Presidência da República reconheceu, com sutileza, o descumprimento da legislação de regência no Parecer n.º 19/2013/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU:

29. É de se ver, pois, que embora não seja adequado postergar o cumprimento das disposições contidas no art. 49, § 2º da Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012, não se pode deixar de reconhecer que a inclusão da cláusula resolutiva é suficiente para garantir a rescisão do Contrato de Arrendamento nº 009/98, independentemente de interpelação judicial - caso não seja providenciado à celebração de novo termo aditivo em conformidade ao disposto na norma legal vigente.

30. Ante o exposto, seguindo a tese defendida no Parecer n.º 73/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU e na Nota n.º 62/2013/AAMCA/PF-ANTAQ/PGF/AGU, entende-se que:


a) o art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595, de 06/12/2012, condicionou a prorrogação do prazo de vigência dos contratos de arrendamento à “revisão dos valores do contrato e ao estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos”;

b) o exame prévio do Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica é essencial e deveria ter subsidiado a análise técnica acerca da prorrogação da vigência do Contrato de Arrendamento n.º 9/98; e

c) o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento n.º 9/98, subscrito em 18/02/2013, desrespeitou o art. 49, § 2.º, da Medida Provisória n.º 595, de 06/12/2012, então vigente, na medida em que prorrogou por mais quinze anos a vigência de contrato de arrendamento sem a comprovação inequívoca da vantagem dessa prorrogação em confronto com a realização de nova licitação pública e também sem a necessária revisão dos valores do contrato e o estabelecimento de novas obrigações de movimentação mínima e investimentos.

À consideração superior.

Brasília, 09 de janeiro de 2014.


Antonio dos Santos Neto
Advogado da União
Matrícula SIAPE n.º 1507736
OAB/DF n.º 24.052