

MUTABILIDADE NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO OPERACIONAL DE ÁREAS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS DE USO PÚBLICO

Luciana Carina Soares Costa
Francisco Giusepe Donato Martins, MSc.
Carla Garcia Protássio, MSc.
Tribunal de Contas da União

RESUMO

O contrato de arrendamento é o instrumento hábil para transferir à iniciativa privada a prestação das operações portuárias. A literatura indica que esses contratos são mais suscetíveis a alterações em comparação aos demais contratos firmados com a Administração Pública. Este artigo analisa, de forma exploratória, mudanças de regras em contratos de arrendamentos, especificamente sobre definição de objeto e ampliação de áreas e instalações portuárias de uso público. Os resultados encontrados inferem que esse instrumento tem natureza de contrato administrativo com regime jurídico de concessão e que ele rege operações portuárias com natureza jurídica de serviço público em regime de direito público. Suas cláusulas estão sujeitas a alterações em função de possível suplementação, aperfeiçoamento, modernização e ampliação de instalações. Essas alterações devem observar os princípios norteadores da prestação de serviço adequado, em especial, continuidade, generalidade e atualidade.

ABSTRACT

A leasing contract is a legal instrument to transfer port operations from state to private companies. Literature indicates that these contracts are more vulnerable to changes, compare to other contracts signed by the Public Administration. This article analyzes, in an exploratory way, rule changes in leasing contracts on port operations for public use, especially amendments on the object of the contract and the expansion of port public areas and facilities. The results indicate that this instrument is an administrative contract under a concession agreement. This contract rules public port operations and its clauses are subject to changes due further additions, expansions, modernization and improvement, characteristics inherent to the public service. This changes should observe the principles of proper service delivery, mainly continuity, generalization, and modernization.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) aloca as atividades econômicas associadas aos portos, assim como outras atividades do setor de infraestrutura (energia, telecomunicações, transporte rodoviário e ferroviário), como sendo de competência da União e passíveis de serem explorados diretamente pelo Poder Público ou mediante autorização, permissão ou concessão. Estabelece, ainda, que a transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, ou seja, a desestatização, será realizada sob o regime de concessão ou permissão e sempre precedida de licitação, na forma da lei. A participação da iniciativa privada na oferta de serviços públicos marcou a transformação de um Estado provedor direto para um Estado regulador da prestação desses serviços por particulares, fato que tomou impulso a partir da década de 90 com a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei 8.031/1990.

No âmbito do setor portuário, a Lei 8.630/1993 prevê a obrigatoriedade de licitação prévia à celebração de contratos de arrendamento de instalações portuárias de uso público restrita à área do porto organizado (Brasil, 1993). Para exercer o papel de órgão regulador do setor portuário foi criada, por meio da Lei 10.233/2001, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que tem a competência legal de supervisionar e fiscalizar as atividades desenvolvidas pelas autoridades portuárias nos portos organizados (Brasil, 2001).

A literatura apresenta várias obras que abordam aspectos relevantes do edital de licitação (Nóbrega, 2005), e tratam sobre os serviços públicos, a concessão e regulação dos serviços públicos delegados (Blanchet, 1999 e 2007; Justen Filho, 2003; Di Pietro, 2006 e 2007; Bacellar Filho, 2007; Silva e Martins, 2007; Aragão, 2008; Meirelles, 2008). Há, ainda,

estudos sobre contrato de arrendamento de instalações portuárias, destacando-se o de Borges (1997) e Marques Neto e Leite (2003) que enfatizam aspectos associados à mutabilidade desse contrato.

Verificou-se, contudo, que apesar de ampla a literatura sobre concessões de serviços públicos e editais de licitação, há poucos estudos abordando a questão da mutabilidade de regras associadas aos contratos de arrendamentos operacionais de áreas e instalações portuárias de uso público. Assim, o presente trabalho visa contribuir, de forma exploratória, com análise teórica e qualitativa de contratos de arrendamentos portuários, com base na legislação e nos normativos que regem a matéria, especificamente quanto à modificação do perfil da carga a ser movimentada e à ampliação das áreas e instalações afetadas, a fim de verificar a aderência dos procedimentos regulatórios adotados à regulamentação legislativa pertinente, aos princípios aplicáveis aos serviços públicos e à doutrina.

Para tanto, este trabalho foi elaborado em cinco seções, incluída esta introdução. A segunda trata do referencial teórico onde são abordados conceitos e princípios aplicáveis ao serviço público e aspectos sobre o setor portuário brasileiro, em especial o arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias de uso público. A terceira apresenta a metodologia adotada. A quarta discute e analisa os procedimentos regulatórios sobre modificações do perfil da carga e ampliação de áreas e instalações no âmbito de arrendamentos portuários. Por fim, na quinta e última seção, são apresentadas as considerações finais.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Serviço público: breve noção, regime jurídico e princípios

O entendimento sobre o conteúdo e a abrangência dos serviços públicos vem mudando ao longo dos anos para acompanhar a evolução do Estado, variando conforme a concepção social, econômica e cultural da sociedade em determinado tempo. A doutrina brasileira divide em três correntes a noção de serviço público (Grotti, 2003; Meirelles, 2008). Para os que defendem uma concepção orgânica ou subjetiva, toda e qualquer atividade prestada pelo Poder Público é considerada serviço público, não sendo levada em conta nenhuma outra característica. A noção material, objetiva ou funcional, por outro lado, tem como cerne o objeto do serviço, ou seja, a própria atividade desempenhada. De acordo com esse critério, toda atividade que tiver por objeto a satisfação das necessidades coletivas deve ser considerada serviço público, independentemente de quem a exerce. Por fim, os que assumem uma perspectiva formal consideram que a noção de serviço público deve ser extraída diretamente do regime jurídico que lhe é aplicado, pois dele dependem os efeitos que surgiram daquela noção.

A corrente predominante defende uma aceção mais formalista, por considerar serviço público toda atividade que o ordenamento jurídico brasileiro – CF/1988 e leis infraconstitucionais – determina que assim o seja. Segundo Aragão (2008), o conceito de serviço público, além de operacional, deve ser decorrente da CF/1988. Esse é também o entendimento da professora Di Pietro (2007), ao afirmar que “é o Estado, por meio da lei, que escolhe quais as atividades que, em determinado momento, são consideradas serviços públicos; no direito brasileiro, a própria Constituição faz essa indicação nos arts. 21, incisos, X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, § 2º”.

O regime jurídico de cada instituto está fundamentado num conjunto de princípios e regras que juntos formam sua identidade e dão-lhe especificidade e singularidade. Os serviços públicos, prestados diretamente pelo Poder Público ou executados pela iniciativa privada,

submetem-se a um regime jurídico peculiar de direito público, que impõe deveres e atribui direitos, o que os distingue dos demais institutos, inclusive das demais atividades desempenhadas pelo Estado (Grotti, 2003), e a outorga a particulares da execução de serviços públicos não modifica o regime jurídico que preside a sua prestação, pois não transforma o serviço em privado (Bacellar Filho, 2007). Além disso, a CF/1988 delimitou características, princípios e regras especiais que deverão ser observados quando da prestação desses serviços, tal como a necessidade de que esses sejam prestados de modo adequado (Grotti, 2003).

Os princípios do serviço público estão expressos na Lei 8.987/1995, quais sejam: regularidade; continuidade; eficiência; segurança; atualidade; generalidade; cortesia na sua prestação; e modicidade das tarifas (Brasil, 1995). Para o presente trabalho, cumpre examinar os princípios da continuidade, da generalidade ou universalidade e da atualidade, adaptabilidade ou mutabilidade. O princípio da continuidade dos serviços públicos deriva do fato de serem esses serviços essenciais, indispensáveis e do interesse de toda a coletividade. Diante disto, o seu funcionamento deve ocorrer de forma contínua, sem interrupções, a não ser em hipóteses específicas, previstas em lei (art. 6º, §3º, da Lei 8.987/1995) e no contrato. Para garantir a continuidade na prestação do serviço público, os contratos administrativos possuem mecanismos que permitem, por exemplo, a mutabilidade desses contratos mediante a alteração unilateral de cláusulas, tendo em vista a necessidade de serviço, e a aplicação de teorias pertinentes à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tais como a da imprevisão, do fato do príncipe e do fato da administração (Grotti, 2003).

O princípio da generalidade ou da universalidade dos serviços públicos, também conhecido como princípio da igualdade dos usuários perante o serviço público, exprime a obrigação de que todos que satisfaçam as condições de obtenção de um serviço público recebam a sua prestação, indistinta e independentemente do seu poder aquisitivo, bastando que deles necessite (Silva e Martins, 2007). Já o princípio da atualidade, adaptabilidade ou mutabilidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento, das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço (Brasil, 1995). É esse princípio que justifica a alteração unilateral de cláusulas regulamentares dos contratos de concessão pelo Poder Concedente e, por derivar-se do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, exprime a possibilidade e o dever de os serviços públicos serem alterados para se adaptarem às exigências e necessidades do interesse público, que variam de acordo com o tempo e o espaço (Grotti, 2003).

2.2. O setor portuário brasileiro

2.2.1. Contexto histórico e legal

O grau de intervenção estatal adotado ao longo do tempo tem gerado alterações na configuração do sistema portuário brasileiro. Com a abertura dos portos pelo rei D. João VI, em 1808, o Brasil foi inserido no cenário do comércio internacional. Desde esse acontecimento e, principalmente a partir de 1869, a iniciativa privada passou a financiar as obras de expansão nos portos nacionais (Curcino, 2007). Com a criação do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN) durante a Era Vargas, o Estado assumiu o papel de financiador e operador dos portos, hierarquizando o setor em grandes e pequenos portos, reformou a legislação e realizou diversas obras que geraram aumento na movimentação de cargas e na arrecadação portuária (Brasileiro *et al.*, 2001; IPEA, 2010). Com a edição da Lei 6.222/1975, o Estado extinguiu o DNPVN e criou a Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás), vinculada ao Ministério dos Transportes, que passou a administrar os portos de forma centralizada por meio de suas subsidiárias, companhias docas, e por

concessionários privados e estaduais (Tovar e Ferreira, 2006). Essa forma de gestão perdurou até março de 1990 quando a Portobrás foi extinta e, em agosto de 1990, foi editado o Decreto 99.475 que autorizou o Ministério da Infra-Estrutura a descentralizar às sociedades de economia mista subsidiárias da Portobrás em liquidação ou às unidades federadas a administração dos portos, das hidrovias e das eclusas elencados naquele decreto. Após essas alterações institucionais, passaram a existir portos administrados por companhias docas controladas pela União, por Estados e Municípios e por empresas privadas. Em abril de 1990, foi instituído o PND mediante a edição da Lei 8.031.

A reforma do setor portuário teve o seu ápice com a edição da Lei 8.630/1993 que construiu um novo arcabouço jurídico e institucional para o setor, rompeu com o monopólio estatal e consolidou a passagem, para o setor privado, das atividades de operação portuária, permanecendo o Estado, no entanto, como detentor da infraestrutura dos portos. Segundo Pêgo Filho *et al.* (1999), essa lei incentivou a competição e a parceria público-privado por meio do aumento dos investimentos e de gestão empresarial na operação portuária, de modo a proporcionar ganhos de produtividade e redução de tarifas. Com a promulgação da Lei 9.277/1996, a União também passou a delegar, por meio de convênios, a administração e exploração dos portos para Estados e Municípios, podendo aqueles entes federativos outorgar a exploração à iniciativa privada (Castro, 2000). Assim sendo, os portos brasileiros, em termos de regime de administração, de acordo com Silva *et al.* (2011), podem ser configurados como concessão a governo estadual, delegação a governo estadual ou municipal, autorização a governo estadual, empresas vinculadas à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR) criada pela Lei 11.518/2007, e concessão à iniciativa privada.

Ainda quanto ao aspecto institucional, a Lei 10.233/2001 criou a Antaq, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes, com a finalidade de implementar as políticas públicas traçadas dentro de sua esfera de atuação e, nesse contexto, regular e supervisionar as atividades de prestação dos serviços públicos de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura aquaviária e portuária federal, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores (Brasil, 2001). Quanto às modificações operacionais, as principais alterações constam do Decreto 4.391/2002, complementadas pela Resolução Antaq 55/2002 sobre o arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas, e do Decreto 6.620/2008 acerca de concessão de portos, arrendamento e autorização de instalações portuárias marítimas.

2.2.2. Arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias: obrigatoriedade de licitação, natureza e regime jurídico do contrato e das operações portuárias e alterações

O arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias de uso público restrito ao porto organizado, conforme definido na Lei 8.630/1993 e posteriormente regulamentado no Decreto 6.620/2008, decorre sempre de processo licitatório e é formalizado por meio de contrato (Brasil, 1993 e 2008) firmado entre a autoridade portuária e o arrendatário, por prazo determinado, sendo o instrumento hábil para viabilizar a transferência de operações portuárias ao setor privado. Esse contrato é regido pela Lei 8.630/1993, por preceitos de direito público e subsidiariamente pelas Leis 8.666/1993 e 8.987/1995, bem como por princípios da teoria geral dos contratos e por disposições de direito privado (Brasil, 2008). Nesse mesmo sentido, a Resolução Antaq 55/2002 dispõe que esse instrumento é regulado por suas cláusulas e pelos

preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, as disposições do direito privado. No caso do setor portuário, a licitação de arrendamentos portuários operacionais é regida pela legislação específica do setor, consubstanciada na Lei 8.630/1993 e na Resolução Antaq 55/2002, e subsidiariamente pelas Leis 8.987/1995 e 8.666/1993.

Nesse contexto, deve-se esclarecer que a licitação é um procedimento administrativo que se destina a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ou seja, aquela que apresente as melhores condições para a contratação, e deve permitir a ampla participação de interessados e fornecer aos licitantes a certeza de que as regras estabelecidas não servirão para desigualá-los (Nóbrega, 2005). Por isso, as regras que regerão o processo licitatório devem estar arroladas no edital, que vincula tanto os participantes do certame quanto a própria Administração, exercendo, consoante Justen Filho (2003) e Nóbrega (2005), a função de publicidade, para divulgar a licitação e atrair potenciais interessados, e a normativa, para estabelecer regras e condições que disciplinarão o certame e que constarão do contrato a ser oportunamente firmado.

No caso do arrendamento portuário, o edital de licitação deverá observar a legislação própria do setor (art. 4º, § 4º da Lei 8.630/1993 e arts. 13 e 28 da Resolução Antaq 55/2002), e, no que couber, aos critérios e normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos (arts. 40 e 55 da Lei 8.666/1993) e da legislação que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos (arts. 18 e 23 da Lei 8.987/1995).

Quanto à natureza jurídica do contrato, a Resolução Antaq 55/2002 o caracterizou como uma espécie do gênero contrato administrativo (Antaq, 2002), porém, de acordo com Borges (1997), não de caráter comum porque conjuga, a um só tempo, as naturezas jurídicas de concessão remunerada de uso de bem público imóvel; de concessão do serviço público, pertinente às operações portuárias; e de concessão de obra pública. Há autores, no entanto, que definem o arrendamento portuário como sendo uma subconcessão de serviço público à luz do art. 26 da Lei 8.987/95 (Lobo, 2000) ou como uma subconcessão *sui generis* à luz da semelhança das cláusulas essenciais do contrato de arrendamento, constantes do art. 4º, §4º, da Lei 8.630/1993, com as do contrato de concessão de serviços públicos nos termos do art. 23 da Lei 8.987/1995 (Marques Neto e Leite, 2003). Merece registrar que, na época em que foi publicada a Lei 8.630/1993, o anteprojeto da Lei 8.987/1995 estava em tramitação no Congresso Nacional. Tal fato permite inferir que o legislador ordinário da Lei 8.630/1993 pode ter inserido nessa lei alguns dos dispositivos daquele anteprojeto, além de fazer remissão expressa à lei de concessão e permissão de serviços públicos. Apesar de existirem argumentações doutrinárias caracterizando o contrato de arrendamento como uma subconcessão, na Tabela 1 está representada a natureza e o regime jurídico do contrato de arrendamento e das operações regidas por este instrumento que serão adotados neste trabalho.

Tabela 1: Natureza e regime jurídico do contrato e da operação

	Contrato de Arrendamento	Operações regidas pelo contrato de arrendamento
Natureza	Administrativo	Serviço Público
Regime Jurídico	Concessão	Direito Público

O contrato de arrendamento, de acordo com a Tabela 1, em que pese o legislador ter-lhe atribuído essa nomenclatura diferenciada, possui natureza jurídica de contrato administrativo e segue, no que lhe é cabível, o regime jurídico das concessões de serviços públicos, pois a natureza das relações jurídicas por ele estabelecidas e as consequências dele advindas são idênticas às da concessão regradas pela Lei 8.987/1995. Isso porque as operações portuárias

exploradas mediante esse contrato, conforme se observa na Tabela 1, têm natureza jurídica de serviços públicos e são prestadas no regime de direito público, na medida em que internaliza a reversibilidade dos bens à União ao final da avença, os direitos e deveres dos usuários, a responsabilidade do arrendatário pela inexecução ou deficiente execução dos serviços e os padrões de qualidade e de metas do serviço à luz do previsto na Lei 8.987/1995, bem como podem ser exploradas pela iniciativa privada por até cinquenta anos, já incluído o período de prorrogação, prazo de duração bem maior do que os contratos administrativos regidos apenas pela Lei 8.666/1993.

Em vista disso, o contrato de arrendamento possui a característica de mutabilidade de seu conteúdo, em função do interesse público que lhe inspira desde a formação até a sua execução, ressaltando, em qualquer situação, os interesses patrimoniais do contratante privado (Marques Neto e Leite, 2003). No entanto, nem todas as cláusulas contratuais podem ser alteradas pelo Poder Público unilateralmente, mas tão apenas as cláusulas regulamentares, ou seja, aquelas inerentes ao objeto da concessão e concernentes à operacionalização e à prestação adequada do serviço, haja vista a necessidade de se atender ao interesse público e manter o controle da prestação do serviço uma vez que sua titularidade permanece sob a exclusiva responsabilidade do Estado. Tais modificações unilaterais, consoante Blanchet (2007), destinam-se sempre a assegurar a continuidade da prestação do serviço, sendo que o risco efetivo de interrupção do serviço indicará o momento e a amplitude da alteração ou expansão necessária. De outra maneira, as cláusulas contratuais de natureza econômica devem ser alteradas bilateralmente (Blanchet, 1999) e, conforme ensina Di Pietro (2006), deve ser necessariamente motivada e respeitar algumas limitações, tais como a natureza do objeto, o interesse público e o direito do particular à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Marques Neto e Leite (2003), por sua vez, complementam que a alterabilidade dos contratos não pode descaracterizar o objeto contratado ocasionando uma posição econômica mais ou menos favorável ao particular e tampouco gerar burla ao procedimento licitatório.

Nesse contexto, ressalta-se que consta da doutrina o entendimento de que os limites previstos no art. 65 da Lei 8.666/1993, Lei das Licitações e Contratos, não podem ser utilizados como limites ao aditamento ou à ampliação do objeto contratual que se demonstre necessário fazer nas concessões de serviços públicos ou nos arrendamentos portuários. Isso porque esse dispositivo somente abrange os acréscimos ou as supressões de obras, serviços ou compras, não incluindo a prestação de serviços públicos, que constitui objeto dos contratos de concessão e de arrendamento portuário (Marques Neto e Leite, 2003; Di Pietro, 2006). Marques Neto e Leite (2003) defendem que os contratos de arrendamentos de instalações portuárias demandam uma maior alterabilidade contratual do que os demais contratos administrativos. Inferem que as disposições da Lei 8.630/1993, que determinam a existência de cláusula contratual relacionada com a previsão de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço, decorrem da materialidade dos serviços portuários e da necessidade de se evitar a ociosidade das instalações portuárias. Para Blanchet (1999), o objeto dos contratos de concessões é dinâmico, pois concernente à atividade, à prestação do serviço público, e estático, pois corresponde à área de atuação na qual o concessionário irá executar a atividade cuja prestação lhe foi outorgada.

3. METODOLOGIA

A metodologia se baseia em pesquisa bibliográfica e empírica qualitativa do tipo documental. Na pesquisa bibliográfica, foram consultados artigos científicos disponíveis sobre o tema abordado, destacando-se publicações especializadas de revistas técnicas sobre Direito

Administrativo e Regulatório; teses de mestrado sobre temas do setor portuário; congressos e seminários sobre desestatização e reforma do estado; bem como normativos legais, tais como leis, decretos e resoluções. Além disso, consultou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, sendo para isso pesquisados autores renomados de direito administrativo e regulatório.

A pesquisa documental teve objetivo específico de verificar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) sobre regras editalícias quanto à definição do objeto e à alteração do contrato, bem como para identificar processos administrativos já julgados por aquela Corte de Contas e passíveis de acesso público que trataram sobre expansão de áreas e instalações portuárias e alteração de cargas, tendo sido efetivada mediante pesquisa em formulário disponibilizada no endereço eletrônico do TCU. Na Tabela 2, está representado o resultado dessa pesquisa, especificamente sobre os processos identificados que abordam o tema.

Tabela 2: Processos sobre expansão de áreas e instalações e alteração de cargas

Processo	Natureza	Porto	Deliberação	Situação	Assunto
027.415/2006-3	REPR	Santos	AC 3.865/2010-TCU-1ª Câmara	Encerrado	Ampliação de áreas e instalações
018.403/2008-0	REPR	Itaguaí	AC 4.273/2010-TCU-1ª Câmara	Encerrado	Ampliação de área e instalações e alteração do perfil da carga
021.253/2008-2	RA	Diversos	AC 2.896/2009-TCU-Plenário	Encerrado	Ampliação de área e instalações e alteração do perfil da carga

REPR = Representação; RA = Relatório de Auditoria; AC = Acórdão.

Fonte: TCU (2009, 2010a e 2010b).

Ressalta-se que todos os três processos constantes da Tabela 2 são acessíveis ao público e que as informações contidas nos relatórios, votos e acórdãos proferidos no âmbito daqueles processos foram imprescindíveis para a análise desenvolvida. Assim, procedeu-se, com base no referencial teórico adotado, à análise das informações obtidas confrontando-as com a legislação aplicável ao setor portuário, conforme tópico seguinte, a fim de atingir o objetivo proposto para este trabalho.

4. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO OPERACIONAL: ALTERAÇÃO DO PERFIL DA CARGA E EXPANSÃO DE ÁREA E INSTALAÇÃO PORTUÁRIA

4.1. Regras editalícias e contratuais sobre definição do objeto e ampliação de áreas e instalações portuárias de uso público em arrendamentos operacionais

O edital é o instrumento convocatório do processo licitatório, que além de dar publicidade, fixa as regras e condições que disciplinarão o certame e que constarão do contrato a ser firmado. A Tabela 3 apresenta a legislação que rege o procedimento licitatório dos arrendamentos operacionais de áreas e instalações portuárias de uso público, e aponta os dispositivos que determinam a obrigatoriedade de o edital e a minuta de contrato incluir em regras quanto à definição do objeto, o qual indica a carga a ser movimentada, e à previsão de alteração e expansão a serem realizadas no futuro.

Tabela 3: Legislação sobre licitação de arrendamentos de áreas e instalações portuárias

Definição / Previsão	Lei 8.630/1993		Lei 8.666/1993		Lei 8.987/1995		Resolução Antaq 55/2002	
	Edital	MC	Edital	MC	Edital	MC	Edital	MC
Objeto e área		Art. 4º, § 4º, I	Art. 40, I	Art. 55, I	Art. 18, I	Art. 23, I	Art. 13, I	Art. 28, I
Ampliação de área e instalações		Art. 4º, § 4º, VIII	-	-	Art. 18, VII	Art. 23, V	-	Art. 28, X

MC = Minuta Contratual.

Observa-se da Tabela 3, à exceção da Lei 8.630/1993 por não tratar de conteúdo do edital de licitação, que todas as demais normas determinam que a definição do objeto e da área de prestação do serviço a ser contratado deve constar tanto no edital quanto na minuta de contrato, a fim de delimitar a atividade e a amplitude das obrigações e dos direitos das partes.

Constata-se, também, da Tabela 3, que, no caso dos arrendamentos operacionais de áreas e instalações portuárias de uso público, a Lei 8.630/1993, a Lei 8.987/1995 e a Resolução Antaq 55/2002 determinam que a autoridade portuária faça constar, no edital e na minuta de contrato, as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações, a fim de garantir a continuidade da prestação do serviço. A necessidade de que conste do instrumento convocatório precisa definição do objeto contratado e a previsão de possíveis alterações de serviços e ampliações de áreas e instalações, decorre dos princípios da continuidade, da universalidade e da mutabilidade que caracterizam o regime jurídico especial de direito público que é aplicável aos contratos de arrendamentos portuários operacionais de uso público por abrangerem a prestação de operações portuárias, que possuem natureza de serviços públicos e, por conseguinte, estão sujeitas aos princípios da continuidade, generalidade e atualidade no sentido apresentado por Grotti (2003) e Silva e Martins (2007).

4.2. Alteração do perfil da carga

O contrato de arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias de uso público, segundo TCU (2009), ao restringir o objeto, quando fixa o produto a ser movimentado, ou ao flexibilizá-lo, quando prevê a movimentação indistinta de cargas, tem conduzido os arrendatários a pleitear alterações ou ampliações dos tipos de cargas contidas na definição do objeto contratual. Importa frisar que o objeto do arrendamento está definido no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) de cada porto, ao estabelecer a destinação do terminal a ser licitado, de modo que a mudança solicitada deve ser compatível com o PDZ, não podendo alterar a afetação do terminal sem que haja prévia aprovação de um novo PDZ. Na prática, o arrendatário, ao se dar conta de que não conseguirá cumprir com seu compromisso de Movimentação Mínima Contratual (MMC), cria um novo fato com relação à carga que se comprometeu contratualmente a movimentar, cumulando o pedido de alteração com o de redução da MMC. Nesse contexto, a modificação do perfil da carga pode ser autorizada, desde que guarde relação com a previsão do PDZ, ou seja, com a destinação do terminal licitado. Por outro lado, o pedido de alteração de MMC deve ser rejeitado porque caracteriza burla ao edital de licitação, além de garantir a receita mínima para o porto.

A mudança do perfil da carga movimentada pode ocorrer por diversos motivos, por exemplo (TCU, 2009): a não consolidação de uma carga esperada; a modificação de uma rota de exportação; o surgimento de nova carga ainda não consolidada; sendo que, qualquer que seja a motivação, a descontinuidade ou a inoperância da prestação do serviço público acarreta prejuízo para todos os envolvidos, na medida em que além de não atender aos princípios do serviço adequado, gera subutilização do terminal arrendado. Assim, a alteração do perfil da carga pode viabilizar a manutenção do negócio durante a vigência do contrato. Caso essa alteração descaracterize o processo licitatório que gerou o contrato, deverá ser realizada a rescisão contratual, com o pagamento das multas ou indenizações cabíveis. Além disso, essa alteração deve estar condicionada, necessariamente, à manutenção dos parâmetros de rentabilidade do contrato, sob pena de ser classificada como burla ao processo licitatório (TCU, 2009).

Percebe-se, então, que os procedimentos regulatórios que tratam da modificação do perfil da carga devem estar de acordo com o princípio da continuidade e da mutabilidade do serviço público, visando à alteração do objeto para garantir a manutenção do contrato e evitando que as áreas fiquem subutilizadas, o que iria também de encontro ao interesse público expresso no PDZ. Ainda, deve-se assegurar que tais alterações, de acordo com Marques Neto e Leite (2003), Di Pietro (2006) e Blanchet (2007), não descaracterizem a essência do objeto contratado, isto é, a destinação do terminal licitado, e à manutenção dos parâmetros de rentabilidade do contrato, pois podem gerar burla ao processo licitatório.

A Tabela 4 apresenta exemplo de alteração de carga ocorrida no Porto de Itaguaí, consoante informações obtidas na pesquisa documental e resumidas na Tabela 2.

Tabela 4: Processo sobre alteração de carga em contrato de arrendamento portuário.

Processo	Ano do evento	Porto	Relatório/TCU
018.403/2008-0	2004	Itaguaí	-Edital, contrato e projeto de referência dispõem quanto à possibilidade de subsidiariamente, em caráter complementar às operações portuárias principais, haver a movimentação e armazenagem de outros granéis sólidos, desde que não prejudique a realização das operações principais; -PDZ do Porto de Itaguaí dispõe que a destinação do Terminal de Carvão é para descarga de carvão, coque e outros granéis sólidos, bem como embarque de minério de ferro.

PDZ = Plano de Desenvolvimento e Zoneamento.

Fonte: TCU (2010b).

Nota-se da Tabela 4 que o evento ocorreu no ano de 2004 no Porto de Itaguaí, administrado pela Companhia Docas do Rio de Janeiro S.A. (CDRJ). Por meio do 3º Termo Aditivo, foram incluídas novas cargas ao Contrato C-DEPJUR 54/1997, que previa originalmente a movimentação de carvão e de coque, tendo sido acrescentados o minério de ferro e outros granéis sólidos. O Edital de Licitação CI-003/1996 e o citado contrato possuem cláusulas prevendo a possibilidade de movimentação de outras cargas, em caráter complementar às operações portuárias principais, desde que essas não prejudiquem a realização das operações contratadas. A análise da carga movimentada pelo Terminal de Carvão do Porto de Itaguaí, no período de 2004 a 2009, indicou que mesmo depois de começar a movimentação de outras cargas, em 2007, a arrendatária continuou a cumprir a MMC para carvão e coque (TCU, 2010b). Além disso, o planejamento do porto destinava o referido terminal para descarga de carvão, coque e outros granéis sólidos e para embarque de minério de ferro (TCU, 2010b).

Assim sendo, a alteração contratual do perfil de carga atende ao princípio da continuidade do serviço público e está de acordo com a legislação que rege o contrato, cabendo, no entanto, conforme TCU (2009), disciplinar as situações em que se justifica a revisão do tipo de carga prevista nos contratos de arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias de uso público e os pré-requisitos a serem observados nesses casos, em especial, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4.3. Ampliação de áreas e instalações portuárias

Outro aspecto importante no contrato de arrendamento diz respeito à ampliação de áreas e instalações portuárias de uso público associadas ao terminal licitado. A Tabela 5 apresenta dois exemplos desse tipo ocorridos no Porto de Santos e de Itaguaí, conforme informações oriundas da pesquisa documental e resumidas na Tabela 2.

Tabela 5: Processos sobre ampliação de áreas e instalações portuárias

Processos	Ano do evento	Porto	Relatório/TCU
027.415/2006-3	2006	Santos	- Cláusula Segunda do Contrato PRES/69.97 prevê futuras expansões; - Ausência, à época, de normatização delimitando requisitos para incorporações.
018.403/2008-0	2004	Itaguaí	- Cláusula Trigésima-Quinta do Contrato C-DEPJUR 54/1997 prevê futuras expansões; - Ausência, à época, de normatização delimitando requisitos para incorporações.

Fonte: TCU (2010a e 2010b).

Percebe-se da Tabela 5 que expansões de áreas foram realizadas no Porto de Santos, administrado pela Companhia Docas de São Paulo (Codesp) e no Porto de Itaguaí, administrado pela CDRJ. Tais expansões ocorreram em 2004 e 2006 estando, portanto, sob a égide da Lei 8.630/1993, que dispõe sobre a necessidade de haver cláusula contratual que preveja as futuras suplementações, alterações e expansões do serviço, e subsidiariamente, sob a regência da Lei 8.987/1995, que estabelece a obrigatoriedade de o contrato prever as necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações (ver Tabela 3).

Nos dois casos, conforme se observa da Tabela 5, existem cláusulas contratuais prevendo futuras expansões de áreas e instalações portuárias de uso público que nortearam a incorporação de áreas não licitadas após a assinatura do contrato de arrendamento. Apesar de não terem sido licitadas, a incorporação em um dos casos foi justificada em virtude de terem sido constatadas vantagens técnicas, operacionais e econômicas robustas (TCU, 2010a). No outro, verificou-se que se tratava de áreas encravadas, sem acesso terrestre por meio da infraestrutura básica do Porto e, por isso, devido à sua localização peculiar e à reduzida dimensão da área incorporada, ficou caracterizada a dispensa de licitação prevista no art. 17 da Lei 8.666/1993, c/c art. 54 da Resolução Antaq 55/2002 (TCU, 2010b). Nos dois casos apresentados na Tabela 5, as ampliações de áreas foram consideradas aderentes às normas aplicáveis à época, cabendo, todavia, a repactuação desses contratos por meio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, na medida em que as incorporações de terreno posteriormente à celebração do contrato constituem fato novo que altera as projeções de receitas, investimentos e custos operacionais do operador do terminal.

A legislação específica do setor portuário não faz menção a limites para essa expansão de áreas. Apesar dessa lacuna, entende-se inaplicável os limites previstos no art. 65 da Lei 8.666/1993 aos casos de incorporações de novas áreas a contratos de arrendamento vigentes, estando tal posicionamento de acordo com o que defende Marques Neto e Leite (2003) e Di Pietro (2006). A inaplicabilidade desses limites se deve a que o regime jurídico de direito público dos contratos de arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias de uso público, possibilita uma maior alterabilidade do conteúdo desses instrumentos, com previsão de futuras alterações dos serviços e ampliações de áreas e instalações no próprio edital e na minuta de contrato, no intuito de garantir a otimização do emprego das áreas portuárias e a continuidade dos serviços públicos nela prestados, conforme defendem Marques Neto e Leite (2003) e Di Pietro (2006). Nesse contexto, observa-se que a Lei 8.630/1993 permite a expansão da área arrendada, desde que haja previsão no contrato, todavia, a referida lei não estabeleceu qualquer critério ou limite para essa ampliação. O Decreto 6.620/2008 conferiu maior clareza a essa questão ao determinar que os contratos de arrendamento de instalações portuárias deverão conter cláusula dispondo sobre a possibilidade de ampliação das instalações e que essa só será permitida se atendidos dois pré-requisitos: a área deverá ser contígua à arrendada e deverá ser comprovada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação para novo arrendamento.

Há que se mencionar que, conquanto a localização das áreas seja de fácil aferição, faltam critérios para a avaliação da inviabilidade técnica, operacional e econômica de novos arrendamentos. Portanto, embora seja imprescindível que editais e minutas de contrato sejam bem estruturados e prevejam a possibilidade de expansão de áreas, é necessário regulamentar o modo como será avaliada pela autoridade portuária a inviabilidade de arrendamento de áreas contíguas, para não restar dúvida quanto à utilização desse critério (TCU, 2009), devendo ser observado o princípio da mutabilidade que exprime a possibilidade de modificação do serviço público em função das exigências e necessidades do interesse público.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise exploratória sobre alterações da definição do objeto e ampliação de áreas e instalações portuárias de uso público no âmbito de contratos de arrendamentos operacionais realizada no presente estudo possui caráter preliminar e restrito às informações obtidas por meio de pesquisa documental realizada no endereço eletrônico do Tribunal de Contas da União.

O resultado da análise fundamentada no referencial adotado, todavia, permite assegurar que o contrato de arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias de uso público tem natureza de contrato administrativo e regime jurídico de concessão e rege operações portuárias com natureza jurídica de serviços públicos em regime de direito público. Em vista disso, suas cláusulas estão sujeitas a alterações que atingem o perfil de carga e a ampliação de áreas e instalações em função da necessidade de futuras suplementações, alterações e expansões inerentes ao serviço público e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações, em observância aos princípios norteadores da prestação de serviço adequado, em especial, o da continuidade, generalidade e atualidade.

No tocante à modificação do perfil de carga, conclui-se que essa alteração não pode desconstituir a afetação do terminal licitado inicialmente expressa no PDZ sem que haja prévia aprovação de novo PDZ, tampouco pode alterar a movimentação mínima contratual (MMC), pois caracterizaria burla ao processo licitatório na medida em que essa movimentação garante a receita mínima do porto. Além disso, a alteração contratual do perfil da carga requer o disciplinamento das situações que justifiquem tal revisão, em especial, quando se trata de não consolidação de uma carga esperada, de modificação de uma rota de exportação, de surgimento de nova carga ainda não consolidada, de maneira a evitar a descontinuidade da prestação do serviço público ou a subutilização do terminal arrendado, cabendo manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No que tange à ampliação de áreas e instalações portuárias de uso público, concluiu-se pela inaplicabilidade ao contrato de arrendamento dos limites quantitativos e qualitativos das alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei 8.666/1993, pois esse dispositivo somente abrange os acréscimos ou as supressões de obras, serviços ou compras, não incluindo a prestação de serviços públicos, que constitui objeto do contrato de arrendamento, e pela observância ao princípio da mutabilidade que exprime a possibilidade de modificação do serviço público em função das exigências e necessidades do interesse público, em especial, as expressas no PDZ de cada porto.

Sugere-se, por fim, para futuros estudos, análise com maior profundidade e ampliação das informações, inclusive abrangendo outras modificações e alterações implementadas durante a execução de contratos de arrendamento operacional de áreas e instalações portuárias de uso público, em especial as referentes aos critérios de reajuste e revisão dos valores do arrendamento, bem como à avaliação de alocação de riscos no âmbito desses contratos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antaq (2002) *Resolução Antaq 55, de 16 de dezembro de 2002*. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/pdfSistema/publicacao/0000000605.pdf>> Acesso em: 12 ago. 2010.
- Aragão, A. S. (2008) *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense.
- Bacellar Filho, R. F. (2007) A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: Bacellar Filho, R. F.; L. A. Blanchet. *Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, p. 11-46.
- Blanchet, L. A. (1999) *Concessão de Serviços Públicos*. 2ª ed. Curitiba: Juruá.
- Blanchet, L. A. (2007) Alterabilidade unilateral do contrato de concessão. In: Bacellar Filho, R. F e L. A. Blanchet. *Serviços Públicos: estudos dirigidos*. Belo Horizonte: Fórum, p. 47-64.
- Borges, A. G. (1997) *Instalações Portuárias – Contratos de Arrendamento*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Renovar, out. a dez., vol. 210, p. 337-351.
- Brasil (1993) *Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm> Acesso em: 16 ago. 2010.
- Brasil (1995) *Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm> Acesso em: 3 ago. 2010.
- Brasil (2001) *Lei 10.233, de 5 de junho de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10233cons.htm> Acesso em: 3 ago. 2010.
- Brasil (2008) *Decreto 6.620, de 29 de outubro de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm> Acesso em: 16 ago. 2010.
- Brasileiro, A.; E. M. Santos; J. J. G. Aragão; J. M. Senna, O. Lima Neto e R. D. Orrico Filho (2001) *Transporte no Brasil: história e reflexões*. Coord.: Lima Neto, O. Brasília: Ed. Universitária da UFPE, Geipot.
- Castro, N. (2000) *Os Desafios da Regulação do Setor de Transportes no Brasil*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 34, n.5, p.119-141, Set-Out.
- Curcino, G. A. (2007) *Análise de Adequabilidade de Portos às novas Teorias e Práticas Portuárias: um estudo de caso no porto de Belém*. Dissertação de Mestrado, Publicação T. DM-003ª/2007, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, 140p.
- Di Pietro, M. S. Z. (2006) *Parceria na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas.
- Di Pietro, M. S. Z. (2007) *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas.
- Grotti, D. A. M. (2003) *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1998*. São Paulo: Malheiros.
- Justen Filho, M. A. (2003) *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética.
- Lobo, C. A. S. (2000) *Os Terminais Portuários Privativos na Lei nº 8.666/1993*. Revista de Direito Administrativo nº 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun., pp. 19-34.
- Marques Neto, F. A. e F. B. Leite (2003) *Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário*. Revista de Direito Administrativo, v. 231, p. 269-295.
- Meirelles, H. L. (2008) *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros.
- Nóbrega, A. R. (2005) *Questões relevantes nas licitações públicas*. Brasília: Fortium.
- Pêgo Filho, B.; J. O. Cândido Júnior e F. Pereira (1999) *Investimento e Financiamento da Infra-Estrutura no Brasil: 1990/2002*. Texto para Discussão n.º 680. Brasília: IPEA.
- Silva, J. A. B. e F. G. D. Martins (2007) Uma Análise Conceitual da Essencialidade e da Equidade no Âmbito da Regulação dos Serviços Públicos de Transporte Rodoviário Interestadual de Passageiros. *Anais do XXI Congresso de Ensino e Pesquisa em Transportes*, ANPET [CD-ROM], Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
- Silva, F. G. F. da; F. G. D. Martins; C. H. Rocha e C. E. F. Araújo (2011) *Análise Exploratória da Eficiência Produtiva dos Portos Brasileiros*. Revista Transportes (ISSN: 2237-1346), v.19, n.1, p. 5–12.
- Tovar, A. C. A. e G. C. M. Ferreira (2006) *A Infra-Estrutura Portuária Brasileira: o modelo atual e perspectivas para seu desenvolvimento sustentado*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 209-230, jun.
- TCU (2009) *Processo TC 021.253/2008-2, Acórdão 2.896/2009-Plenário*. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>> Acesso em 9 fev. 2011.
- TCU (2010a) *Processo TC 027.415/2006-3, Acórdão 3.865/2010-1ª Câmara*. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>> Acesso em: 9 fev. 2011.
- TCU (2010b) *Processo TC 018.403/2008-0, Acórdão 4.273/2010-1ª Câmara*. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>> Acesso em: 9 fev. 2011.
-
- Luciana Carina Soares Costa (costalc@tcu.gov.br);
Francisco Giuseppe Donato Martins (franciscogd@tcu.gov.br);
Carla Garcia Protássio (carlagp@tcu.gov.br).