

GRUPO I – CLASSE I – Plenário

TC 027.419/2012-6

Natureza: Pedido de Reexame (em Desestatização)

Órgãos/Entidades: Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).

Recorrente: Transitária Brasileira Ltda. — Transbrasa (CNPJ 45.557.022/0001-95).

Representação legal: Benjamin Caldas Gallotti Beserra (OAB/DF 14.967) e outros.

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. ACÓRDÃO ORIGINAL MANTIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PEDIDO DE REEXAME. PRORROGAÇÃO DE ARRENDAMENTO POR INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. PRAZO MÁXIMO DA AVENÇA DE DEZ ANOS, SEM PRORROGAÇÃO. CONHECIMENTO. PROVIMENTO. REFORMA DO ACÓRDÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de reexame interposto pela empresa Transitária Brasileira Ltda. — Transbrasa contra o Acórdão nº 648/2014-TCU-Plenário.

2. No âmbito da assessoria da Secretaria de Recursos (Serur) foi produzida instrução técnica, ratificada pelo Secretário, no sentido de conhecer dos pedidos de reexame e, no mérito, dar-lhes provimento, propondo tornar sem efeito os subitens 9.1.1 e 9.1.2 do acórdão recorrido e alterar a redação de outros subitens.

3. A seguir, reproduzo a instrução do auditor da Serur em que historia o processo e procede à análise dos argumentos do recorrente:

“INTRODUÇÃO

Trata-se de processo que cuida de acompanhamento de outorga de arrendamento de área compreendida no perímetro do Porto de Santos, destinada à movimentação de mercadorias de importação e exportação, atualmente objeto do contrato CA 007/91, firmado entre a empresa Transbrasa e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp).

2. Em sede de juízo a quo, esta Corte prolatou o Acórdão 648/2014-Plenário (peça 62), o qual foi mantido pelo Acórdão 1218/2014-Plenário (peça 78), em sede de Embargos de Declaração, na forma a seguir:

‘9.1. dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) de que:

9.1.1. a renovação do Contrato de Arrendamento CA 007/91, firmado entre a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) contraria os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos;

9.1.2. a SEP/PR, no uso de suas competências previstas no art. 16 da Lei 12.815/2013 e no art. 2º, incisos I e II, do Decreto 8.033/2013 pode, excepcionalmente, prorrogar o Contrato de Arrendamento CA 007/91 pelo prazo estritamente necessário à definição do local e à realização do certame para arrendamento portuário, observado um máximo de

cinco anos, caso entenda pertinente dar continuidade às atividades hoje desempenhadas pela empresa Transbrasa em área permitida pela Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos;

9.2. com base no artigo 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, determinar à SEP/PR, em observância às suas competências previstas no art. 16 da Lei 12.815/2013 e no art. 2º, incisos I e II, do Decreto 8.033/2013 que, caso opte por prorrogar o Contrato de Arrendamento 007/91, nos termos do item anterior, apresente a esta Corte, no prazo de 60 (sessenta) dias, plano de ação para definição do local e realização do certame de arrendamento portuário, com cronograma de atividades contendo prazos e órgãos/departamentos responsáveis por sua execução, de forma a devidamente justificar o prazo de prorrogação excepcionalmente autorizado;

9.3. dar ciência desta deliberação à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Codesp e à empresa Transbrasa;

9.4. revogar a medida cautelar adotada no item 9.1 do Acórdão 2.677/2013-TCU-Plenário;

9.5. restituir o processo à SefidTransportes para que monitore a providência determinada no subitem 9.2 deste acórdão.'

3. Irresignada, a empresa Transitária Brasileira Ltda. — Transbrasa interpôs o Pedido de Reexame constante da peça 88, o qual será analisado a seguir.

EXAME DE ADMISSIBILIDADE

4. O exame preliminar de admissibilidade (peças 89, 90 e 91) concluiu pelo não conhecimento do Pedido de Reexame interposto pela Transbrasa, em razão da ausência de interesse recursal, nos termos do artigo 48 da Lei 8443/1992 e artigos 146 e 282 do Regimento Interno/TCU. Ante isso, o Relator ad quem (peça 93) pediu a oitiva do MP/TCU (peça 94), tendo o Parquet especializado concordado com a proposta desta unidade técnica.

5. Por fim, ante o reconhecimento da sucumbência da recorrente, e do conseqüente interesse recursal, o Relator ad quem pronunciou-se pelo conhecimento deste Pedido de Reexame (peça 100), sem efeitos suspensivos, ante a intempestividade de sua interposição, e restituiu o processo a esta unidade técnica, para análise de mérito, a qual será realizada a seguir.

EXAME TÉCNICO

Argumentos

6. Após fazer um breve histórico processual e discorrer acerca da tempestividade do presente pedido de reexame, a recorrente afirma que o seu recurso tem por objeto apenas a discussão acerca do prazo de vigência do contrato de arrendamento. Aduz que, para o particular, o prazo adicional a ser concedido, independentemente de sua natureza jurídica, não traz qualquer reflexo que mereça ser objeto de recurso.

7. Afirma que, quanto ao prazo de cinco anos fixado no acórdão, considera importante fazer a devida analogia aos prazos previstos nos ordenamentos jurídicos de regência do contrato de arrendamento portuário ao longo do tempo.

8. Cita textualmente o art. 27 do Decreto-Lei 5/66 e o art. 111 do Decreto 59.832/66 que o regulamentou, estabelecendo um prazo máximo de 10 anos para o arrendamento portuário. Menciona posteriormente o Decreto 98.139/89 que modificou o mencionado art. 111, alterando o prazo contratual máximo de 10 para 20 anos. Ressalta que, em seu entendimento, o parágrafo único do aludido art. 111 falava de prorrogações e não de uma única prorrogação, as quais deveriam ser precedidas de novas avaliações para atualização dos respectivos valores básicos. Assevera que o espírito dos arrendamentos portuários visava à conquista de novos empreendimentos e não à mera substituição dos

arrendatários. Afirma que, nos termos do contrato de arrendamento em questão, o prazo de vigência era prorrogável por igual período, obedecidas as condições do citado art. 111. 9. Cita o art. 4º, § 4º, inciso XI, da Lei 8.630/1993, tentando harmonizar a única prorrogação contratual possível pelo prazo máximo igual ao originalmente contratado, no caso concreto, de 10 (dez) anos, com a restrição de prazo total máxima de 50 (cinquenta) anos. Salaria que esse período máximo tinha a finalidade de amortizar e depreciar investimentos portuários de vulto. Posteriormente, cita o art. 19 do Decreto 8.033/2013, o qual regulamentou a Lei 12.815/2013, afirmando que o mesmo estabelecia um prazo de arrendamento de até 25 anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado. Faz uma breve análise da evolução do prazo máximo de vigência dos contratos de arrendamento, concluindo que o prazo máximo é de 50 (cinquenta) anos nos dias de hoje, justamente para permitir que os investimentos pudessem ser amortizados dentro da vigência dos contratos.

10. Anota que os investimentos a serem realizados não permitem a amortização e a percepção de justa remuneração com uma prorrogação de prazo feita por período tão exíguo. Pleiteia o reconhecimento de que a fixação do prazo de 10 (dez) anos pela Codesp, Antaq e SEP/PR encontra-se em consonância com as necessidades do objeto da contratação e com o interesse público.

11. Alega que a justificativa do acórdão recorrido, no sentido de que a prorrogação deve ficar circunscrita ao prazo estritamente necessário à definição do local e à realização do certame para arrendamento portuário deixa de considerar a necessidade de amortização dos investimentos realizados pelo arrendatário e ainda não amortizados, bem como de novos investimentos que serão necessários para manter a prestação do serviço adequado aos usuários, nos moldes do art. 6º da Lei 8.987/1995. Anota que a análise restrita à possibilidade de desocupação do imóvel deixa de vislumbrar a exiguidade de áreas para a expansão portuária no Porto de Santos.

12. Argumenta que a eficiência portuária depende da longevidade de seus empreendimentos, em especial no presente caso, onde não haverá a substituição de arrendatários, nem de operadores portuários, pois a área só poderá ser preservada pela recorrente, em face de seu direito adquirido ante o Município de Santos, que não dará alvará para outra empresa operar na referida instalação portuária.

13. Aduz que não é de se lamentar apenas o interesse particular, mas também assegurar ao Porto de Santos a sobrevivência possível a um espaço que será perdido para a região, pois o mencionado porto não possui mais áreas para expansão portuária. Alega que fixar prazo de vigência ao contrato de arrendamento inferior ao que havia sido objeto de análise pelos órgãos competentes gera indesejada redução da capacidade operacional do porto e inviabilidade e insegurança ao contrato.

14. Afirma que a fixação do prazo por esta Corte se deu unicamente sob o enfoque da administração, considerando o tempo necessário para a realização de novo certame licitatório, sem qualquer preocupação com os fundamentos observados pela Codesp, Antaq e SEP/PR que apontavam para um prazo de 10 (dez) anos.

15. Invoca a aplicação do art. 36 da Lei 8.987/1995, no sentido de que a decisão guerreada impediria a devida amortização e depreciação dos investimentos da recorrente, podendo potencialmente gerar prejuízo à União e ao particular, tendo este último o direito à regra de reversão insculpida no mencionado dispositivo legal.

16. Por fim, requer o conhecimento do seu recurso, para que o mesmo seja julgado procedente, a fim de reformar o acórdão guerreado, no sentido de que o prazo de vigência da prorrogação do Contrato 007/91 seja fixado em 10 (dez) anos, a fim de atribuir sobrevivência à atividade portuária local e permitir as devidas amortização e depreciação dos investimentos realizados e a realizar, garantindo-se a manutenção da prestação do serviço

adequado aos usuários e evitando-se a indenização do arrendatário ao final do prazo de vigência.

Análise

17. O tema central do presente pedido de reexame é tão-somente a discussão acerca da possibilidade de uma eventual prorrogação do Contrato 007/91 por meio da contratação por inexigibilidade de licitação. Nesse sentido, em princípio, pode-se admitir tal hipótese, tendo em vista que a Lei 12.815/2013, arts. 4º e 66, e o Decreto 8.033/2013 elencaram, para este tipo de situação, o disposto na Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), a qual, por outro lado, adotou o determinado pelos arts. 24 a 26 da Lei 8.666/1993. Então, passar-se-á a examinar se as características específicas do caso concreto permitem a tipificação da inexigibilidade.

18. Compulsando os autos, verifica-se que o Município de Santos editou, em 1998, uma lei que modificou a destinação do terreno objeto do presente processo para residencial. Contudo, a mesma lei admitiu a permanência das empresas que tivessem licença municipal vigente antes da sua edição, ainda que ditas empresas desempenhassem atividades distintas ao permitido pelo novo zoneamento previsto para a área. Então, é possível fundamentar a inexigibilidade de licitação na impossibilidade de haver disputa pela concessão, pelo simples fato de existir uma única empresa capaz de exercer atividade portuária naquele terreno.

19. Quando foi alterado o uso previsto para a área em questão, o município também permitiu a continuidade da licença à atual ocupante do lote, sem que fosse fixado, pela lei correspondente, o prazo máximo para essa situação, qual forçosamente deveria ser transitória. Como esse prazo máximo não foi legalmente fixado, pode-se concluir que há apenas uma empresa capaz de celebrar um novo contrato de arrendamento para a realização de atividades portuárias no terreno, a saber, a recorrente. Por esse motivo, entende-se que, salvo melhor juízo, poderia ser aplicado ao presente caso o art. 25, caput, da Lei 8.666/1993, tendo em vista a caracterização da inviabilidade de competição, em virtude da condição de exclusividade da Transbrasa gerada pela aludida lei municipal.

20. Nesse diapasão, pode-se concluir que a celebração do contrato com a Transbrasa, sem prévia licitação, não contraria aos arts. 182 e 183 da Constituição Federal, pois a já mencionada lei municipal, ao dispor sobre a destinação das zonas urbanas do Município de Santos, permitiu a renovação das licenças àqueles que já ocupavam anteriormente as áreas, ainda que os referidos usos estivessem em desconformidade com a nova norma legal.

21. No entanto, tal permissão legal teve apenas o condão de conferir segurança jurídica às situações fáticas que existiam à época da promulgação da referida lei. Portanto, a perpetuação dessa avença por período indeterminado seria uma afronta à razoabilidade. Por isso, a aludida contratação direta da Transbrasa por inexigibilidade de licitação, neste momento, deveria ocorrer sem que houvesse qualquer possibilidade de prorrogação de prazo.

22. No que tange ao prazo de vigência a ser adotado na aludida contratação por inexigibilidade de licitação, afigura-se como razoável a adoção de um prazo de 10 (dez) anos para a validade da nova avença, pois foi esse o tempo inicial do contrato anterior. Esse prazo é mais que suficiente para conferir segurança jurídica à questão, resolvendo-a em caráter definitivo ao final do aludido prazo, pois o novo zoneamento urbano determinado pela lei municipal em tela considera inadequado o uso da área em questão para fins distintos ao residencial. Tal solução, caso seja referendada por esta Corte de Contas, permitiria a continuidade de uma operação relevante para o Porto de Santos, possibilitando as necessárias tratativas para identificar um novo terreno, conciliando, assim, os interesses do Município de Santos com os da União.

23. *Por oportuno, deve-se salientar que não há óbice algum para que, durante a vigência desse eventual novo contrato, haja a mudança das instalações e das atividades da Transbrasa para outro terreno que se localize em área distinta, a qual seja adequada às suas atividades de natureza portuária.*

CONCLUSÃO

24. *Por fim, ante todo o exposto, entende-se que o presente Pedido de Reexame deve ser conhecido para que, no mérito, seja-lhe dado provimento, tendo em vista que os argumentos apresentados pela recorrente lograram infirmar os fundamentos do Acórdão 648/2014-Plenário.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

25. *Dado o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

a) *conhecer do presente Pedido de Reexame;*

b) *no mérito, dar-lhe provimento, revogando os subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão 648/2014-Plenário e alterando a redação dos seus subitens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5, como especificado a seguir:*

9.1 revogar a medida cautelar estabelecida no subitem 9.1 do Acórdão 2.677/2013-Plenário;

9.2 dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) acerca da possibilidade excepcional de contratação direta da empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), por inexigibilidade de licitação, pelo período de até 10 (dez) anos, sem previsão de prorrogação, para arrendamento do terreno localizado na Rua Joaquim Távora, 500, Bairro Jabaquara, Santos/SP, nos moldes do Contrato de Arrendamento CA 007/91;

9.3 determinar à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) que, no prazo de 90 (noventa) dias, envie a este Tribunal plano de ação com vistas a que seja definido novo local para a continuidade das atividades portuárias atualmente realizadas no referido local, com cronograma de ações contendo prazos e órgãos responsáveis por sua execução;

9.4 informar a Prefeitura Municipal de Santos – com o envio desta deliberação, acompanhada do Voto e do Relatório que a fundamentam – da importância de se encontrar um novo terreno em local apropriado para a prática de atividades portuárias, para, eventualmente, em acordo com a União, substituir a referida área e, assim, atender ao zoneamento previsto no Plano Diretor local e ao interesse do município;

9.5 notificar desta deliberação a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), a Companhia Docas de São Paulo (Codesp), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e a Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).’

c) *comunicar o teor da decisão que vier a ser proferida à recorrente, à Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR)”.*

4. O Secretário da Serur ratificou, na essência, o exame técnico, pronunciando-se nos termos que reproduzo a seguir, mantendo-se os grifos constantes da peça original:

“Anoto, de saída, que concordo com a instrução precedente, permitindo-me tão somente algumas breves considerações sobre a matéria, com a finalidade de demonstrar que a proposta desta Secretaria se amolda ao conceito de justiça, ao direito aplicável e a realidade fática com que nos deparamos.

2. Em primeiro lugar, dispensa maiores comentários o momento de crise econômica que vive o país, com desinvestimentos, encarecimento do preço do capital, entre outras

mazelas. Recente matéria veiculada pelo jornal **O Estado de São Paulo** (em 15 de julho de 2015), sob o título 'Novas concessões devem ter preço de pedágio mais alto', demonstra que a crise fez elevar o teto do pedágio que poderá ser cobrado de R\$ 7,60 (na primeira etapa do PIL) para R\$ 13,41.

3. De outra, essa mesma crise encarece o custo do dinheiro tomado pelas empresas concessionárias. O **Uol Economia** divulgou, em 10 de setembro de 2015, que diversas concessionárias perderam o chamado grau de investimento, segundo avaliação de risco da **Standard & Poor's** (vide matéria intitulada 'Após país, agência rebaixa empresas').

4. Assim sendo, não podemos dar as costas à realidade, mas, ao contrário, verificar os impactos das decisões deste nosso Tribunal em um cenário econômico de crise. Mais do que antes, os prazos contratuais interferirão nos investimentos, na modicidade e na qualidade do serviço de maneira mais intensa que em época de crescimento econômico.

5. Enquanto os países desenvolvidos modernizam suas instituições e ordenamentos jurídicos, não podemos ficar agarrados a noções decaídas, como se elas fossem um fim em si. O Brasil perde competitividade e eficiência também por força da forma pela qual o direito é aplicado pelos Tribunais. Lembro das palavras de **Bullard**: 'o mal direito' não gera apenas injustiça, mas também subdesenvolvimento. E o TCU tem papel relevante para a saída da crise.

6. Verifica-se, pois, que o momento do país requer a solução pelo critério do razoável, o qual foi adotado pelo **TCU na recente decisão sobre a liberação das licitações no setor de distribuição de energia**. Jungidos pelas condições fáticas, os Ministros foram unânimes em dar prevalência aos princípios envolvidos sobre a norma licitatória, admitindo a renovação das concessões vencidas por mais 30 anos (boa resenha encontra-se no seguinte link: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-09/tcu-autoriza-governo-renovar-concessoes-do-setor-eletrico>).

7. Após essa breve introdução, manifesto minha convicção de que o caso que envolve a Transbrasa é de **inexigibilidade de licitação**. Não me impressiona o argumento de que a Lei Complementar 312/1998, do Município de Santos, substituída pela Lei Complementar 730/2011, criaram uma exclusividade para a concessionária Transbrasa. Isso porque os casos de inexigibilidade da Lei de Licitações, notadamente os incisos I e III do art. 25, são vinculados à exclusividade dos habilitados à contratação pública. Note-se que a lei autoriza a Administração a se submeter à exclusividade por opções do próprio mercado, enquanto, aqui, a legitimidade é maior, pois a União e a Transbrasa foram atingidos por legislação municipal, editada segundo competência constitucional posta no art. 182 (sobre a interpretação dessa competência e das leis santistas escreveremos adiante).

8. Não é por outra razão que o art. 25 da Lei 8.666/1993 (da inexigibilidade de licitação) é exemplificativo, **numerus apertus**, enquanto seu art. 24 (das hipóteses de dispensa) apresenta rol exaustivo, **numerus clausus**. Dito de outra forma, as hipóteses de inexigibilidade são abertas, ilimitadas, pois a realidade condiciona o operador do direito (o fato da inviabilidade de competição), enquanto a dispensa de licitação tem rol exaustivo, pois decorrem de ficção do legislador, autorizada pela Constituição (art. 37, inc. XXI).

9. Este Tribunal tem avançado muito na contenção dessa compulsão do dever de licitar, fundado nos princípios da ordem econômica, tal como consta do Voto condutor do Acórdão 1.514/2013 – Plenário, tomado à unanimidade:

8. Reconheço que esses cuidados são pouco utilizados na prática do direito administrativo brasileiro. **Vasco Pereira da Silva**, consagrado autor português do referido ramo do Direito, nos fala da necessidade de uma psicanálise cultural do Direito Administrativo, capaz de superar os traumas do passado e lidar com as realidades e desafios do presente. Dito de outra forma, estamos no fim da era de

um direito administrativo estatal para um direito administrativo de governança (in Passeando pela Europa do Direito Administrativo. Revista da PGM, n° 21, Porto Alegre, 2007, p. 300) ou Administração Infraestrutural do Estado Pós-Social, acepção de Heiko Faber (Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, 1989, p. 291). A compulsão de ter a licitação como um fim em si, equiparado aos demais princípios constitucionais substantivos, deverá ser substituída pela concepção instrumental de ver a licitação tão somente como meio, entre tantos outros, de administrar a infraestrutura nacional para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Enfim, onde houver possibilidade de licitar que se faça. Por outro lado, devem ser dados espaços discricionários à Administração quando exigidos pela governança ou pelas próprias condições intrínsecas da atividade e pelos caminhos mais eficientes e eficazes conduzidos pela realidade. O que se requer é a implementação do controle por princípios e pela razoabilidade.

10. Lembro, ainda, o modo de olhar as coisas decorrentes da ordem econômica quando do caso da Empresa Brasileira de Projetos, técnicos de Secretaria deste Tribunal deram tom depreciativo às reuniões havidas entre a EBP e membros do governo, as quais redundaram em edição de norma adotando o projeto proposta e abrindo prazo para os interessados apresentarem alternativas. Em síntese, a conotação foi de reuniões inoportunas, como se a iniciativa do setor privado fosse, de **per si**, inidônea. Lembrei-me do caso, pois tal proceder nada mais é que o **promotore** italiano, baseado na cooperação dos setores público e privado, na qual a empresa privada apresenta um caderno de encargo (estudos e projetos) com proposta de investimento, o qual, se aprovado, dá ensejo a abertura de um concurso público para seleção do melhor (**Maria Eduarda Azevedo**. As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governança Pública. Almedina, p. 161/166).

11. Firmada a legitimidade de subsumir o caso concreto à hipótese de inexigibilidade de licitação, mais ainda porque autorizada pela legislação específica (arts. 4º e 66 da Lei 12.815/2013, e o Decreto 8.033/2013), poder seguir na análise do presente caso.

12. Esta Casa de Contas conhece que o Porto de Santos não possui áreas ociosas para expansão, sendo essa a razão para uma área portuária distante do terminal propriamente dito. O **masterplan** de expansão do Porto de Santos identificou apenas áreas em ilhas, poucas localizadas em estuários (e, portanto, nobres e mais vocacionadas a terminais) e terrenos ocupados por 'favelas' (a respeito consulte-se matéria em <http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/porto%26mar/porto-de-santos-conta-com-seis-areas-de-expansao/?cHash=493303fb619d5acc8ee3be1be0671982>).

13. Podemos verificar no sítio do Porto de Santos, que sua expansão operacional se deu a partir de 1888. A partir de então a cidade foi crescendo e sitiando o porto, inclusive com invasões de suas áreas. Daí que, notadamente, áreas como as ocupadas pela Transbrasa são escassas. Dito isso, **o cumprimento, em curto espaço de tempo, da decisão deste Tribunal levaria à inexorável remoção de milhares de pessoas residentes nas favelas mencionadas no item acima, com desordem social mais gravosa que a efetivada pela Codesp, Antaq e Secretaria de Portos, consubstanciada na Resolução Antaq 2.399/2012.** Mais ainda quando consta dos autos, sem rechaço, que a área onde se situa a Transbrasa não é residencial, pois ocupada por pátio para ônibus, stand de tiro, hípica, entre outras. Ou seja, o projeto residencial é para um futuro incerto e distante, não estando a ocupação do espaço pela União a impedir tal planejamento. E transferir pessoas de 'favelas' para conjuntos habitacionais é algo que demanda longo tempo e não requer a disponibilidade da totalidade da área. Situação mais desfavorável em época em que se prevê recessão econômica pelos próximos três anos.

14. Ademais, parece-me assistir razão ao recorrente, no sentido de que o prazo de cinco anos posto no Acórdão recorrido não encontra analogia na legislação e conflita com a própria natureza do serviço público explorado. Os prazos de exploração de serviços portuários, dados seus investimentos, eram de 10 anos, passando a 20, 25, 30 e 50 anos, conforme detalhado nos itens 8 e 9 da instrução desta Secretaria.

15. Relembro, por oportuno, que este nosso Tribunal considerou legal a criação normativa primária da Antaq da modalidade de uso temporário, de curta duração e com inexigibilidade de licitação, de espaços ociosos em portos organizados. Prazo de até 60 meses (5 anos, portanto), porque vinculado a necessidades e prazos contratuais de prestadores de serviços para plataformas da Petrobras. Transcrevo o seguinte excerto do Acórdão 1.515/2013 – Plenário a título informativo:

16. Ora, diante de espaços ociosos dentro dos Portos Organizados, até estrategicamente deixados para fins de suprir necessidades decorrentes da mobilidade dos mercados, seria melhor deixá-los ociosos ao invés de flexibilizar e agilizar normas de ‘uso temporário’ com prazos bastante reduzidos (18 a 60 meses) em relação aos arrendamentos e concessões? Seria necessária uma licitação quando não existem outros interessados manifestos, apenas para cumprir uma formalidade inexigível e fadada ao fracasso? A falta de razoabilidade das questões precedentes, mais ainda quando estamos a falar de Direito Econômico Administrativo, falam a favor da tese dos ‘espaços de legítima discricionariedade’ normativa das agências reguladoras.

16. Como visto, este TCU entendeu legal um prazo de 5 anos, ligado a atividade temporária, que exige baixos investimentos. Ao contrário, a movimentação de contêineres pela Transbrasa requer investimentos relevantes. Em sendo assim, a solução de prazo do TCU (dos cinco anos) atenta contra os princípios da legislação de portos, porquanto inexoravelmente levará a menores investimentos e não atualização tecnológica, ofendendo princípios dos serviços públicos, notadamente o de portos, tais como a modicidade tarifária, eficiência, qualidade e modernização, postos no art. 3º da Lei 12.815/2013.

17. Passo a versar sobre as Leis Complementares do Município de Santos, anotando, com todas as vênias, que não se pode interpretá-las com atenção apenas nas competências postas no art. 182 da Constituição Federal, pois não há liberdade de organização urbanística como decorrência de outras normas constitucionais e do próprio conceito de pacto federativo ou colaboração federativa.

18. Pontuo, desde logo, que o art. 17 da Lei Complementar Municipal 312/1998 foi substituído pelo art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar Municipal 730/2011. A mutação legislativa foi expressiva. Enquanto aquela vedava expressamente a ampliação ou reformas de edificações, esta extirpou a referida vedação, permitindo, assim, licenças complementares à já concedida, vinculando a continuidade da operação não a um determinado contrato de concessão, mas a um licenciamento regularmente concedido, como é o caso da Transbrasa. Daí que, com as vênias de estilo, as premissas postas na decisão recorrida não encontram amparo na legislação superveniente.

19. Ademais, é possível afirmar que o legislador pretendeu não apenas observar a segurança jurídica dos atuais ocupantes das áreas (em caso, terreno da União), mas preservar suas atividades (como o stand de tiros, o pátio de ônibus, etc). Tal como consta no item 2 do Relatório do Acórdão 1.218/2014 – Plenário, a Prefeitura de Santos afirmou ser lícita a manutenção das atividades desenvolvidas pela recorrente. Ora, vinculando o legislador a continuidade da operação à licença, e não ao prazo de contrato de concessão, não se pode ver o prolongamento de operação como ofensa à norma.

20. *Reforça tal interpretação (fundada na opção dos Poderes Legislativo e Executivo do Município de Santos) e própria interpretação da Constituição, a qual, no caso, deve levar em conta a tensão entre normas constitucionais, de modo a não empregar sentido ao texto legal que não seja conforme a Constituição. E como ensina **Jorge Miranda**, cada norma constitucional está ligada a todas as outras, de modo a conferir maior efetividade e sincronia à sua compreensão. Ao que o **Ministro Eros Grau** transformou em alerta hermenêutico: não se interpreta a Constituição em tiras.*

21. *Antes de prosseguir, transcrevemos abaixo os dispositivos constitucionais em tensão com a competência municipal posta no art. 182 da Lei Fundamental:*

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;

VIII - busca do pleno emprego;

22. *E o que temos no caso concreto?*

23. *Um terreno da União, utilizado para a atividade portuária, dita de fundamental importância para a capacidade de operação do Porto de Santos (Ofício 1859/2013/SEP/PR), com destinação desde 1981, vindo em 1998 a ter sua destinação alterada por lei municipal para residencial.*

24. *Caso a legislação santista não colocasse norma versante sobre a possibilidade de continuidade da atividade portuária o texto seria inconstitucional. Isso porque, em verdade, a União teria uma opção: deixar o terreno ocioso. Em sendo assim, e não oferecido terreno pela Municipalidade em permuta, capaz de atender as necessidades portuárias, a norma seria inconstitucional. Pelo que os §§ 1º e 2º do art. 22 da Lei 730/2011 têm a função de constitucionalizar a norma, imprimindo-lhe uma interpretação conforme ou orientada para a Constituição, para afastar qualquer característica de norma excepcional ou de interpretação estrita-restritiva (Rui Medeiros. A Decisão de Inconstitucionalidade. Universidade Católica Portuguesa, p. 305-318).*

25. *Uma vez que a destinação residencial condenaria terreno a União à ociosidade, vale dizer que isso se equipararia a uma desapropriação às avessas. Uma vez que apenas à União compete legislar sobre desapropriação, a lei municipal assim interpretada, redundaria em ato expropriatório pela inutilidade da propriedade. E como está no Decreto-lei 3365/1941 (cuja recepção pela nova Constituição pode ser extraída de decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI 2260 e no RE 115665, e do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1188700):*

Art. 2º Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.

§ 2º Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.

§ 3º É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.

*26. E mais! Uma vez que à União compete **privativamente** legislar sobre o regime de Portos, e o art. 2º, inciso II, da Lei 12.815/2013 estabelece que a área do porto organizado será delimitada por ato do Poder Executivo e compreende as instalações portuárias, a lei complementar municipal invadiria tal competência, sendo inconstitucional caso se reduza a o âmbito de incidência dos §§ 1º e 2º do art. 22 da LC 730/2011, como fez este Tribunal.*

27. Ora, quem não pode tributar bens dos outros entes, mais ainda não pode condenar esse bem à ociosidade, mais ainda quando imprescindível a uma atividade econômica de interesse nacional.

*28. Escassas áreas alternativas, não oferecidas outras áreas em permuta pela municipalidade e presente área ocupada por denso núcleo populacional, a implicar impacto social severo com sua remoção, um terreno fadado a ociosidade e desvirtuado de sua utilização essencial para a operação do Porto de Santos acaba por ofender os princípios constitucionais da ordem econômica enumerados na cabeça e incisos do art. 170. Temos aqui um princípio constitucional não explícito, utilizado nos países desenvolvidos, que é a tutela dos serviços de interesse econômico geral, sendo desproporcional a norma local, se interpretada como nas premissas da decisão vergastada, porquanto dá destinação residencial a área não residencial, ocupada por crematórios, cemitério, bares, pátio de ônibus, stand de tiros, não sendo razoável entender que se deva retirar atividade econômica de interesse geral, antes de outras de menor dignidade constitucional e passíveis de desapropriação pelo Poder Público (a respeito do tema vide **Luís María Díez-Picazo**. Los servicios de interés económico general en el ordenamento comunitario. In Derecho de la Regulación Económica I. Iustel, p. 419 e segs.).*

29. Por outro lado, não vemos nos autos inércia administrativa ilícita. Em realidade, colhidos União e Transbrasa por legislação municipal e por uma realidade fática de: escassez de áreas, pelo longo tempo exigido para mudanças do tipo e pela necessidade de aliar necessidade de prorrogação de prazo com tempo vinculado ao volume de investimentos para cumprir os princípios constitucionais da exploração dos serviços portuários; a solução dos 10 anos mostra-se, a meu sentir, razoável, legal e constitucional.

*30. Segundo a Codesp (em declaração não infirmada por este Tribunal), ‘a área em questão que movimenta 50.000 TEUs/ano é retroárea de fundamental importância ao porto, na medida em que representaria importante auxílio na redução do **dwell time** (tempo de permanência no terminal). Ou seja, a importância não é do terreno **per si**, mas sim da capacidade e do que as atividades da arrendatária significam para o Porto de Santos’. E, data vênua, como afirmado reiteradamente acima, sem olhar para o passado, mas para suas consequências para o futuro, os 5 anos de prazo significam em novo gargalo de infraestrutura, desta feita decorrente de determinação do TCU.*

31. A importância da área transcrita acima nos leva a detectar contradição entre a decisão ora recorrida e o Acórdão 1.077/2015 – Plenário, no qual foi determinado:

9.2. alertar a Secretaria de Portos da Presidência da República e a Antaq que, dada a forma escolhida para o arrendamento de terminais portuários, os critérios e regras do edital relativos aos parâmetros de desempenho e operacional dos terminais a serem arrendados não viabilizam, isoladamente, a consecução dos princípios constitucionais e das diretrizes legais, **competindo ao órgão regulador a expedição de regras complementares tendentes ao devido tratamento das internalidades incidentes sobre o arrendamento de terminais portuários, de modo a minimizar o tempo máximo de parada de carga movimentada em área primária do terminal e mecanismos antitruste para o caso de cadeias verticalizadas;**

9.4. dar ciência à Secretaria de Portos e à Antaq do recomendável desenvolvimento de critérios, em especial: **tarifa-meta a ser utilizada pela Antaq como mecanismo gerencial de monitoramento e consecução de preços compatíveis com o mercado internacional; tempo-meta de espera de embarcações na área de fundeio, ou de caminhões em retro-áreas ou rodovias, para o início das operações de carregamento/descarregamento; eficiência-meta do arrendatário no embarque/desembarque de cargas; satisfação-meta dos usuários dos terminais arrendados;**

32. Por todo o exposto, concordo com a proposta constante do item 25 da instrução desta Secretaria de Recursos, sugerindo tão somente, que dada a complexidade da matéria, a exigir interação entre Entes da Federação, e diante do quadro excepcional vivido pelo maior porto do país em termos de área e de problemas logísticos, que o prazo posto no item 9.3 seja dilatado para 180 (cento e oitenta) dias.

Com essas breves considerações, submeto os autos ao Exmo. Sr. Ministro Relator”.

É o relatório.

VOTO

Tratam os autos, originariamente, de acompanhamento, nos termos da Instrução Normativa-TCU nº 27/1998, de outorga de arrendamento de área da União compreendida no perímetro do Porto de Santos, destinada à movimentação de mercadorias de importação e exportação, atualmente objeto do contrato CA 007/91, firmado entre a empresa Transitária Brasileira Ltda. - Transbrasa e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp).

2. Por meio do Acórdão nº 648/2014-TCU-Plenário este Tribunal decidiu:

“9.1. dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) de que:

9.1.1. a renovação do Contrato de Arrendamento CA 007/91, firmado entre a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) contraria os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos;

9.1.2. a SEP/PR, no uso de suas competências previstas no art. 16 da Lei 12.815/2013 e no art. 2º, incisos I e II, do Decreto 8.033/2013 pode, excepcionalmente, prorrogar o Contrato de Arrendamento CA 007/91 pelo prazo estritamente necessário à definição do local e à realização do certame para arrendamento portuário, observado um máximo de cinco anos, caso entenda pertinente dar continuidade às atividades hoje desempenhadas pela empresa Transbrasa em área permitida pela Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos;

9.2. com base no artigo 43, inciso I, da Lei 8.443/1992, determinar à SEP/PR, em observância às suas competências previstas no art. 16 da Lei 12.815/2013 e no art. 2º, incisos I e II, do Decreto 8.033/2013 que, caso opte por prorrogar o Contrato de Arrendamento 007/91, nos termos do item anterior, apresente a esta Corte, no prazo de 60 (sessenta) dias, plano de ação para definição do local e realização do certame de arrendamento portuário, com cronograma de atividades contendo prazos e órgãos/departamentos responsáveis por sua execução, de forma a devidamente justificar o prazo de prorrogação excepcionalmente autorizado;

9.3. dar ciência desta deliberação à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, à Codesp e à empresa Transbrasa;

9.4. revogar a medida cautelar adotada no item 9.1 do Acórdão 2.677/2013-TCU-Plenário;

9.5. restituir o processo à SefidTransportes para que monitore a providência determinada no subitem 9.2 deste acórdão”.

3. Relembro que o retro mencionado acórdão foi redigido pela eminente Ministra Ana Arraes, na condição de revisora, vencido o voto do Ministro José Múcio, relator original do feito.

4. O acórdão recorrido foi ratificado, em sede de embargos de declaração, pelo Acórdão 1.218/2014-TCU-Plenário, quando este colegiado decidiu acolher parcialmente o recurso *“para aclarar a deliberação recorrida, sem alteração da parte dispositiva, e esclarecer à embargante que a prorrogação excepcional permitida pelo item 9.1.2 do acórdão 648/2014-Plenário, circunscrita ao prazo estritamente necessário à definição do local e à realização do certame para arrendamento portuário, encontra amparo jurídico no interesse público associado à necessidade de continuidade e estabilidade das atividades portuárias”.*

5. Desta feita, a empresa Transitária Brasileira Ltda. - Transbrasa insurge-se contra o referido Acórdão por meio do recurso de pedido de reexame, em suma para que o *“recurso seja conhecido e julgado procedente para o fim de reformar o acórdão recorrido, no sentido de que o prazo de vigência da prorrogação do Contrato de Arrendamento nº 007/914, firmado entre a União e a recorrente seja fixado em 10 anos, a fim de atribuir sobrevida à atividade portuária local e permitir a devida*

amortização e a depreciação dos investimentos realizados e a realizar, garantindo-se a manutenção da prestação de serviço adequado aos usuários e evitando-se a indenização do arrendatário pela União ao final do prazo de vigência”.

6. Em exame das razões recursais, a Serur, em pronunciamentos essencialmente uniformes do auditor e do Secretário, propõe dar provimento ao recurso para revogar os subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão 648/2014-TCU-Plenário e alterar a redação dos subitens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5, nestes termos:

“9.1 revogar a medida cautelar estabelecida no subitem 9.1 do Acórdão 2.677/2013-Plenário;

9.2 dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) acerca da possibilidade excepcional de contratação direta da empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), por inexigibilidade de licitação, pelo período de até 10 (dez) anos, sem previsão de prorrogação, para arrendamento do terreno localizado na Rua Joaquim Távora, 500, Bairro Jabaquara, Santos/SP, nos moldes do Contrato de Arrendamento CA 007/91;

9.3 determinar à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, envie a este Tribunal plano de ação com vistas a que seja definido novo local para a continuidade das atividades portuárias atualmente realizadas no referido local, com cronograma de ações contendo prazos e órgãos responsáveis por sua execução;

9.4 informar a Prefeitura Municipal de Santos – com o envio desta deliberação, acompanhada do Voto e do Relatório que a fundamentam – da importância de se encontrar um novo terreno em local apropriado para a prática de atividades portuárias, para, eventualmente, em acordo com a União, substituir a referida área e, assim, atender ao zoneamento previsto no Plano Diretor local e ao interesse do município;

9.5 notificar desta deliberação a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), a Companhia Docas de São Paulo (Codesp), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e a Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR)”.

7. Preliminarmente, registro que atuo nos autos por força do art. 152 do Regimento Interno do Tribunal, tendo assumido a relatoria desse processo que fora anteriormente sorteado para o Ministro Aroldo Cedraz, que me sucedeu na presidência da Casa.

8. No tocante à admissibilidade do recurso, entendo deva ser conhecido, uma vez que preenche os pressupostos constantes do art. 48, **caput**, e parágrafo único, da Lei nº 8.443, de 1992, c/c o art. 286 do Regimento Interno do TCU.

9. No mérito, manifesto concordância com os argumentos oferecidos no parecer do Secretário da Serur (peça 106) e na instrução de peça 105 – quando propõem conhecer do presente recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, nos termos que reproduzi no parágrafo 6º, acima, os quais incorporo às minhas razões para decidir, sem prejuízo das considerações a seguir e de ajuste redacional no texto da proposta formulada.

10. Inicialmente, acompanho a Serur quando conclui que a situação factual posta nos autos subsume-se ao disposto no art. 25, **caput**, da Lei de Licitações, a caracterizar situação de inviabilidade de competição e conseqüentemente de inexigibilidade de licitação, visto que a Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos admitiu a permanência das empresas que tivessem licença municipal vigente antes de sua edição, circunstância em que se encontra a empresa recorrente.

11. Resgato, portanto, o juízo expresso pelo Ministro José Múcio ao relatar originalmente o feito, nesse mesmo sentido:

“15. Como esse termo não foi estipulado, a interpretação da legislação leva à inevitável conclusão de que há, de fato, apenas uma empresa capaz de celebrar novo contrato de arrendamento para a realização de atividades portuárias no terreno.

16. De acordo com a legislação citada acima, aplica-se, para a situação em análise, a Lei 8.666/1993, que, na cabeça do seu art. 25, traz a ‘inviabilidade de competição’ como única

condição para que se considere inexigível a licitação, considerando que os incisos desse artigo contêm rol meramente exemplificativo. Dessa forma, tendo em vista a condição de exclusividade da Transbrasa, gerada pela norma local, entendo que está caracterizada a impossibilidade de disputa pela contratação”.

12. Tal posicionamento leva-me a divergir da eminente Ministra Ana Arraes, cujo voto revisor foi lavrado nos seguintes termos:

“2. Creio, no caso, que o comando inserido no art. 17 da Lei Complementar Municipal 312/1998, do município de Santos, deve ser analisado de forma restritiva. Assim, a continuidade dos ‘usos desconformes’, assim definidos como as ocupações regularmente licenciadas antes de sua vigência e que não se enquadrem nas categorias de uso por ela definidas, somente deveria ser admitida até a expiração dos prazos contratuais então vigentes.

3. A situação descrita nos autos configura anomalia que não deve ser admitida: a prorrogação sucessiva do contrato, para ‘uso desconforme’, sob o argumento de que não poderia ser emitido novo licenciamento para que outra empresa prestasse o mesmo serviço, na mesma área. Tal interpretação conduz, de forma equivocada, à premissa de que a licitação seria inexigível porque apenas uma empresa – aquela que já vem prestando os serviços ‘desconformes’ – poderia continuar a prestá-los.

4. Parece-me razoável supor que se não pode ser emitido novo licenciamento é porque aqueles serviços, de fato, não deveriam continuar a ser prestados naquela área. A lei, no entanto, apenas objetivando a preservação da segurança jurídica em face da existência de contrato ainda válido, permitiu sua continuidade, logicamente em caráter provisório, tanto assim que vedou expressamente a concessão de novas licenças para ampliações ou reformas de edificações, instalações ou equipamentos utilizados.

5. Penso que a solução que vem sendo adotada pelo poder concedente se calca em interpretação contrária à lei, na medida em que busca a utilização de subterfúgio para permitir a continuidade de serviços portuários em área de uso habitacional, de forma contrária ao que almejou aquela Lei Complementar. Como agravante, traz benefício inequívoco à empresa Transitária Brasileira Ltda. - Transbrasa, ao considerá-la como a única que estaria ‘licenciada’ para prestar os serviços em questão, realizando sua contratação direta”.

13. Em uma primeira leitura, assiste razão à Ministra quando considera que o art. 17 da Lei Complementar nº 312/1998 do Município de Santos deve ser analisado de forma restritiva. Isso se depreende do seu conteúdo literal, sem maiores esforços hermenêuticos:

*“Art. 17. São considerados desconformes os usos regularmente licenciados antes da vigência desta lei complementar e que não se enquadrem nas categorias de uso estabelecidas por esta.
§ 1º - VETADO.*

§ 2º - Não serão concedidas licenças para ampliações ou reformas de edificações, instalações ou equipamentos utilizados para usos desconformes.

§ 3º - O uso desconforme deverá adequar-se aos níveis de ruídos e de poluição ambiental exigíveis para a zona em que esteja localizada, bem como obedecerá aos horários de funcionamento disciplinados pela legislação pertinente. (grifei)

14. No entanto, nesse ínterim, sobreveio a Lei Complementar nº 731, igualmente do Município de Santos, de 11 de julho de 2011, que expressamente revogou o mencionado dispositivo, **ve rbis** :

“Art. 95. Esta Lei Complementar entra em vigor na data da publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial:

(...)

VII – os artigos 1º a 40, 42 a 112 da Lei Complementar nº 312, de 23 de novembro de 1998”.

15. Rememoro, por oportuno, que o ato em discussão, Resolução Antaq nº 2.399, de 16 de fevereiro de 2012, que autorizou a celebração do contrato de arrendamento entre a Codesp e a Transbrasa pelo prazo de dez anos, por inexigibilidade de licitação, foi publicada no Diário Oficial da União em 22/2/2012, data de sua vigência.

16. Outrossim, verifico que os estudos encaminhados originalmente ao Tribunal, inicialmente reportando-se à Lei Complementar nº 312/1998, do Município de Santos, passa a referir-se a essa nova legislação de regência, conforme consta de pronunciamento da Prefeitura de Santos (peça 1, fls. 12/13), vazado nos seguintes termos:

“Visando atender o questionamento da ANTAQ através do ofício nº 001/2011- PORT 155-2011, datado de 16 de setembro de 2011, informo que conforme a legislação referente ao ordenamento do uso e da ocupação do solo e da área insular - Lei Complementar nº 730, de 11 de julho de 2011, os usos de Operações de Terminais, Pátio para Armazenamento de Contêineres, Transporte Rodoviário de Carga, desenvolvidos pela empresa TRANSBRASA, na Rua Joaquim Távora, nº 498 (inclui nº 500), no Bairro do Jabaquara, situada na Zona Intermediária - ZI, em via Arterial Classe 1 - A1, são classificados como CSPI, não permitidos para local.

Porém, conforme artigo 22 da referida legislação, são considerados desconformes os usos regularmente licenciados antes de sua vigência e que não se enquadrem nas categorias de uso permitidas na zona e classificação viária.

A empresa TRANSBRASA possui licença municipal para funcionamento das atividades emitida anteriormente à publicação da Lei Complementar nº 730/2011, e portanto, as atividades desenvolvidas são permitidas para o local como uso desconforme.

Ainda em relação ao artigo 22, § 2º ‘É vedada a reabertura ou concessão de novo licenciamento de uso desconforme caso, por qualquer motivo, seja baixada a licença regularmente concedida’.

Portanto, a Lei Complementar nº 730/2011, estabelece que após encerramento das atividades portuárias desenvolvidas pela empresa TRANSBRASA na referida área, não poderão ser exercidas atividades portuárias neste mesmo local por qualquer outra empresa”.

17. Com efeito, é o entendimento que se extrai da leitura do art. 22 da Lei Complementar nº 731, de 11 de julho de 2011, do Município de Santos, **verbis**:

“Seção II

Dos Usos Desconformes

Art. 22. Serão considerados desconformes os usos regularmente licenciados antes da vigência desta lei complementar e que não se enquadrem nas categorias de uso permitidas na zona e classificação viária.

§ 1.º Será permitida a utilização de imóveis aprovados para uso comercial, prestação de serviços, industrial ou que tenham sido ocupados em atividades desconformes antes da vigência desta lei complementar, observados os seguintes critérios:

I - em vias locais, somente serão permitidas as atividades classificadas como CS1, CS2, CS3, CS4 e CS5, desde que enquadradas na atividade do projeto aprovado ou da atividade da última licença de funcionamento, antes da vigência desta lei complementar;

II – em vias coletoras – C, arterial 1 – A1, arterial 2 – A2, corredores de desenvolvimento e renovação urbana – CDRU, circulação de pedestres – CP, corredores de proteção cultural – CPC e trânsito rápido – TR, somente as enquadradas na mesma atividade do projeto aprovado ou da atividade da última licença de funcionamento, antes da vigência desta lei Complementar.

§ 2º É vedada a reabertura ou a concessão de novo licenciamento de uso desconforme caso, por qualquer motivo, seja baixada a licença regularmente concedida.

§3º Não serão concedidas licenças para ampliações de edificações utilizadas para usos desconformes, exceto:

I – para atividades classificadas como CS1 e CS2, com pagamento de outorga onerosa;

II – para hospitais, maternidades, cemitérios e necrotérios, sem cobrança de outorga;

III – para atividades CSP1 de operação de granéis sólidos na Zona Portuária II – ZPII, instaladas na área compreendida entre o prolongamento da Rua Octávio Corrêa até o prolongamento da Rua Conselheiro Nébias, em seu limite norte, desde que, autorizado previamente pela autoridade municipal competente, com pagamento de outorga onerosa”. (AC) (Incluído pela Lei Complementar nº 813, de 29 de novembro de 2013)”.

18. E, a ratificar essa circunstância, identifico nos autos (peça 76, recurso de embargos de declaração) a seguinte informação:

“7. A Prefeitura Municipal de Santos se manifestou em 09 de dezembro de 2011, nos autos processo nº 107157/2011-09, informando que apesar de o local da empresa Transbrasa estar atualmente classificado como uma Zona Intermediária - ZI, em via Arterial Classe I- A1 a Lei Complementar nº 730/2011, em seu art. 22, permite a manutenção da atividade de vez que se trata de atividade que se encontrava regularmente licenciada antes da vigência do normativo de regência, neste sentido: ‘A empresa **TRANSBRASA possui licença municipal para o funcionamento das atividades emitida anteriormente a publicação do Lei Complementar nº 730/2011, e portanto as atividades desenvolvidas são permitidas para o local como uso desconforme.**’” (grifos no original).

19. Ademais, verifico que o ofício acima reportado encontra-se às fls. 12/13 da peça 1 dos autos, cujo teor reproduzi no parágrafo 16 deste voto, a caracterizar que a situação fática da Transbrasa subsume-se ao dispositivo legal municipal de ordenamento de uso e da ocupação do solo do Município de Santos.

20. Essas considerações me levam a divergir, também, da assertiva expressa no acórdão recorrido de que “9.1.1. a renovação do Contrato de Arrendamento CA 007/91, firmado entre a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) contraria os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos”.

21. Para consolidar essa minha percepção, inicialmente, revisito as disposições constitucionais alegadamente contrariadas, a teor do acórdão recorrido:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

22. O mencionado art. 183 da Constituição Federal, como se observa, cuida da usucapião urbana, matéria da qual não se cogita no processo em questão.

23. No que tange ao art. 182, a cuidar da política de desenvolvimento urbano, competência constitucionalmente atribuída ao município, considero, em linha com a Serur, que a celebração do contrato em questão, sem prévia licitação, conforme assentado na instrução técnica, não o contraria, “pois a já mencionada lei municipal, ao dispor sobre a destinação das zonas urbanas do Município de Santos, permitiu a renovação das licenças àqueles que já ocupavam anteriormente as áreas, ainda que

os referidos usos estivessem em desconformidade com a nova norma legal” (parágrafo 20 da instrução de peça nº 105).

24. Da leitura desses dispositivos e ponderada a situação fática, concluo que a contratação em discussão não fere, nos termos consignados no acórdão recorrido, os arts. 182 e 183 da Constituição Federal tampouco a Lei Complementar 730/2011, do Município de Santos, que expressamente, em seu art. 22, excetuou situação específica, tal qual se encontra a recorrente.

25. Passo agora a discutir o prazo desse novo contrato, cuja prorrogação o acórdão recorrido estabeleceu, excepcionalmente, em um máximo de cinco anos, prazo estritamente necessário à definição do local e à realização do certame de arrendamento portuário, caso a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR) entenda pertinente dar continuidade às atividades hoje desempenhadas pela empresa Transbrasa em área permitida pela Lei Complementar 730/2011, do Município de Santos, contra o qual se insurge o recorrente.

26. Inicialmente, verifico que o Ministro José Múcio, relator original do feito, pugnou pelo prazo de dez anos sob os seguintes argumentos, conforme consta do seu voto:

“19. No tocante ao tempo de vigência a ser adotado, deve-se ter em conta que, para o novo período, a empresa terá que realizar novos investimentos em equipamentos, pois já opera há mais de 20 anos no local, em razão das prorrogações. Além disso, é racionável afirmar que é necessário um lapso temporal adequado para que esses investimentos sejam amortizados. Esse contexto leva-me a concluir ser apropriada a adoção de 10 anos para a validade máxima da nova avença (mesmo tempo inicial do pacto anterior), caso seja de interesse das partes celebrá-lo.

20. Creio também que um decênio é prazo mais que suficiente para que se logre a desejada solução definitiva da questão. De fato, é inadequada a atual utilização da área em discussão, por estar cercada por residências e em local distante do porto organizado. Em face disso, é indispensável a ação efetiva da SEP/PR – o poder concedente, conforme a nova legislação do setor – na tentativa de localizar novo terreno, próximo às demais instalações do porto, para a continuidade das atividades realizadas pela arrendatária. Essa propriedade poderia ser, por exemplo, pertencente ao município, podendo até haver permuta com o terreno de Jabaquara”.

27. De outra parte, naquela assentada, a Senhora Ministra Revisora, em voto que recebeu apoio da maioria do colegiado pugnou que o prazo máximo para a prorrogação excepcional do contrato, até que seja realizado novo certame, não ultrapasse cinco anos.

28. Ocorre que, **in casu**, tal prazo foi estabelecido a partir da premissa de que a prorrogação se daria em caráter excepcional, diria até excepcionalíssimo, visto que tal renovação contrariaria os artigos 182 e 183 da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 730/2011, do Município de Santos, situação que efetivamente não se configurou, conforme demonstram os elementos consignados neste voto.

29. Nesse contexto, considero de melhor alvitre, resgatando a posição do Ministro José Múcio Monteiro, que o Tribunal pondere, conforme argumenta o recorrente, não apenas o tempo necessário para a realização de um novo certame, mas, também, um período que seja considerado compatível com a necessidade de amortizar e depreciar os investimentos a serem realizados, típico nos contratos do gênero, que a excepcionalidade da situação não nos permite descaracterizar.

30. Assim, adoto a proposição da Serur de que *“afigura-se como razoável a adoção de um prazo de 10 (dez) anos para a validade da nova avença, pois foi esse o tempo inicial do contrato anterior. Esse prazo é mais que suficiente para conferir segurança jurídica à questão, resolvendo-a em caráter definitivo ao final do aludido prazo, pois o novo zoneamento urbano determinado pela lei municipal em tela considera inadequado o uso da área em questão para fins distintos ao residencial. Tal solução, caso seja referendada por esta Corte de Contas, permitiria a continuidade de uma*

operação relevante para o Porto de Santos, possibilitando as necessárias tratativas para identificar um novo terreno, conciliando, assim, os interesses do Município de Santos com os da União”.

31. Reforça esse meu juízo o fato de o referido prazo, autorizado pela Antaq ante a demanda original da arrendatária de prazo de 25 (vinte e cinco) anos, encontrar amparo na legislação de regência da matéria e, portanto, nesses limites, situar-se no juízo de discricionariedade dos gestores públicos intervenientes e haver sido consensualmente estabelecido pela administração portuária brasileira, a saber: Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR (peça 54), Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (peça 1, fl. 25) e Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp (peça 1, fl. 107). Pronunciou-se, também, a Prefeitura Municipal de Santos (peça 1, fls. 12/13).

32. Explico-me revisitando a legislação federal relativa à matéria em discussão, a qual serviu de fundamento para a autorização de prorrogação do contrato de arrendamento em questão, nos termos da Resolução Antaq nº 2.399/2012 (peça 1, fl. 25), reportando-me inicialmente ao art. 4º da Lei nº 8.630/1993, vigente por ocasião do ato em discussão, que estabelece:

“Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;

(...)

§ 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas:

I - ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo”;

(...)

XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos”.

33. A regulamentação do prazo encontrava-se, então, no Decreto nº 6.620/2008, nos seguintes termos:

“Art. 28. Os contratos de arrendamento de instalações portuárias serão de até vinte e cinco anos, podendo, mediante justificativa, ser prorrogados uma única vez, por prazo máximo igual ao período originalmente contratado”.

34. Iguais disposições encontram-se na legislação atualmente vigente, à qual deve conformar-se o eventual novo ajuste, a saber: art. 5º da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 e art. 19 do Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, esclarecido que, conforme parágrafo único do art. 1º desse Decreto, o poder concedente será exercido por intermédio da Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR):

“Lei nº 12.815/2013

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

I - ao objeto, à área e ao prazo;

(...)

Decreto nº 8.033/2013

Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente”.

35. Em continuidade, reproduzo abordagem da peça recursal, na qual o recorrente faz retrospectiva dos prazos previstos nos ordenamentos jurídicos de regência do Contrato de Arrendamento Portuário ao longo do tempo para, alfim, pleitear “o reconhecimento de que a fixação do prazo de 10 anos indicado pela CODESP, ANTAQ e SEP/PR encontra-se em consonância com as necessidades do objeto da contratação e com o interesse público portuário de preservar pelo maior tempo possível as instalações portuárias em Santos”:

“9. Quanto ao prazo de cinco anos fixado no acórdão, consideramos importante fazer a devida analogia aos prazos previstos nos ordenamentos jurídicos de regência do Contrato de Arrendamento Portuário ao longo do tempo.

10. O Decreto-lei nº 5/66, que estabelecia as normas para a recuperação das atividades de Marinha Mercante, dos Portos Nacionais e da Rede Ferroviária Federal S/A, previa:

Art. 27. Poderão ser locados ou **arrendados** a seus usuários ou a outrem os terrenos, armazéns e outras **instalações portuárias**, tendo preferência na locação ou arrendamento a longo prazo os que se dispuserem a investir para completar, expandir ou aparelhar as instalações, ressalvados os interesses da segurança nacional.

11. O Decreto nº 59.832/66, ao regulamentar o Decreto-lei nº 5/66, assim dispôs sobre o prazo de vigência dos arrendamentos portuários, verbis:

Decreto nº 59.832, de 21 de dezembro de 1966.

Art. 111. A locação não poderá ser contratada por prazo superior a 5 (cinco) anos e o **arrendamento por mais de dez (10) anos**.

Parágrafo único. As prorrogações serão precedidas de novas avaliações para atualização dos respectivos valores básicos.

12. Posteriormente, o prazo de 10 (dez) anos foi alterado para 20 (vinte) anos pelo Decreto nº 98.139/89, que teve por objetivo unicamente alterar a redação do art. 111, do Decreto nº 59.832/66, a fim de se permitir a viabilidade de investimentos de elevada monta, verbis:

Decreto nº 98.139, de 13 de setembro de 1989 (Dá nova redação ao art. 111 do Decreto nº 59.832, de 21 de dezembro de 1966, que regulamenta o Decreto-lei nº 5, de 4 de abril de 1966).

Art. 111. A locação não será contratada por prazo superior a 5 anos, nem o **arrendamento por mais de 20 anos**.

13. De outro lado, a redação do parágrafo único do art. 111, ao dispor que ‘As prorrogações serão precedidas de novas avaliações (...)’ não deixou dúvida de que a lei não limitava o número de prorrogações do contrato de arrendamento portuário, visto que o legislador teve o cuidado de utilizar a expressão ‘prorrogações’, no plural.

14. Os arrendamentos portuários eram então contratados com prazo determinado de 10 (dez) ou 20 (vinte) anos, prorrogáveis sucessivamente por iguais períodos, sendo que a única exigência para as prorrogações a realização de ‘novas avaliações’, procedendo-se aos termos aditivos de prorrogação, a fim de se atualizar os valores nos novos períodos contratuais. O espírito dos arrendamentos portuários visava a conquista de novos empreendimentos, visando a expansão das atividades portuárias e não a mera substituição de arrendatários, sem nenhuma conquista de novas instalações portuárias.

15. Com efeito, nos termos do Contrato de Arrendamento nº 011/92, seu prazo de vigência era prorrogável por igual período, obedecidas as condições do art. 111, do Decreto nº 59.832/66, que por sua vez, assegurava as prorrogações desde que precedidas de novas avaliações para reajuste dos valores básicos.

16. A Lei nº 8.630/1993, também conhecida como a Lei dos Portos, que passou então a dispor sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, passou a prever:

Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

(...)

§ 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas:

(...)

XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a **cinquenta anos**;

17. As novidades trazidas pela Lei nº 8.630/1993, foram: (i) a definição da limitação para a prorrogação do prazo do contrato a uma única oportunidade, pelo prazo máximo ao originalmente contratado; e (ii) o estabelecimento da restrição do prazo total do arrendamento, incluído o da prorrogação, a **50 (cinquenta) anos**.

18. Saliente-se que a Lei nº 8.630/1993 fixou um período que considerava compatível com a necessidade de amortizar e deprecidar investimentos portuários de vulto.

19. Da mesma forma, o novo marco regulatório do Setor Portuário, a Lei 12.815/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013, deixou expresso em seu regulamento:

Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até **vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado**, a critério do poder concedente.

20. O que se demonstra pela evolução normativa é que o prazo de vigência do contrato de arrendamento veio sendo alterado ao longo do tempo, iniciando em 10 (dez) anos na década de 60, ampliando-se para 20 anos em 1989 e culminando em 50 (cinquenta) anos de prazo desde a década de 90, prazo este mantido até os dias de hoje, justamente para permitir que os investimentos, cada vez mais expressivos e onerosos, pudessem ser amortizados dentro do prazo de vigência do instrumento contratual.

21. O fato é que os investimentos a serem realizados não permitem a amortização e a percepção de justa remuneração com uma prorrogação de prazo feita por período tão exíguo”.

36. Ratificados os termos da legislação reproduzida, verifico que o contrato original - nº 007/91 - datado de 29/7/1991 (peça 1, fls. 27/42), nasceu sob a égide do Decreto-lei nº 5/66, regulamentado pelo Decreto nº 58.832/66, posteriormente alterado pelo Decreto nº 98.139/89, dispondo ao fim sobre o prazo de vigência dos arrendamentos portuários nos seguintes termos:

“Art. 111. A locação não será contratada por prazo superior a 5 anos, nem o arrendamento por mais de 20 anos.

Parágrafo único. As prorrogações serão precedidas de novas avaliações para atualização dos respectivos valores básicos”.

37. Donde concluo que assiste razão ao recorrente quando indica que o prazo de 10 (dez) anos propugnado para a prorrogação do arrendamento encontra-se em consonância com a legislação de regência, uma vez que compatível com o limite de prazo de 20 (vinte) anos legalmente definido à época do contrato para o arrendamento e com a possibilidade de prorrogações, igualmente assente na norma.

38. A título de contraponto, registro que o referido contrato assim dispõe sobre o prazo e sobre a prorrogação contratual:

“CLÁUSULA QUARTA – PRAZO

O prazo do arrendamento, objeto deste Contrato, é de 10 (dez) anos, contados a partir de 1º (primeiro) de junho de 1991.

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Findo o prazo prevista nesta cláusula, poderá o presente Contrato ser prorrogado, por igual período, nas condições estabelecidas no parágrafo único do artigo 111 do Decreto nº 59.832,

de 21/12/1966, após renegociação de condições e valores, desde que haja interesse de ambas as partes”.

39. E esse contrato teve o prazo prorrogado em 15/4/1999, por mais 10 (dez) anos, conforme consta do Quarto Instrumento de Aditamento, peça 1, fls. 55, e, em seguida, por mais 36 (trinta e seis) meses, em 1/6/2011, Instrumento de Retificação, Ratificação e Aditamento às fls. 68/69, peça 1, perfazendo um período de vigência de 23 (vinte e três) anos.

40. Tal contraponto, entretanto, que registro apenas para melhor fundamentar a decisão deste Colegiado, não prejudica o meu juízo sobre a matéria, tendo em vista que a legislação vigente estabelece prazo máximo de 25 (anos) para o contrato de arrendamento, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente, nos termos do Decreto nº 8.033/2014.

41. O ajuste redacional que promovo no encaminhamento proposto pela Serur resume-se na exclusão à referência ao Contrato 007/91, na parte final do subitem 9.2 da proposta. Tal referência teria por objetivo indicar que o novo contrato deveria se dar nos mesmos moldes do antigo (contrato de arrendamento 007/91). Entendo que tal indicação invade à esfera discricionário do ente regulador e do poder concedente. Além disso, substituo as menções específicas das condições de realização da avença pela referência à Resolução Antaq nº 2.399/2012, documento que autoriza a celebração do referido contrato de arrendamento.

42. Aliás, repiso que, conforme entendimento amplamente adotado nesse colegiado, o controle do Tribunal sobre essas instituições deve se focar na verificação da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos seus atos discricionários em conformidade com as normas pertinentes e aos princípios que devem reger a administração pública, sem avançar na definição primária das variáveis regulatórias e contratuais. A legislação delega ao poder concedente a às agências a fixação dessas variáveis, tais como objeto, área, prazo e a possibilidade de prorrogação dos contratos de arrendamento.

43. Neste aspecto, resgato a lição do Ministro Benjamin Zymler, expressa no Acórdão nº 1.945/2008-TCU-Plenário:

“57. A linha pela qual venho me pautando na fiscalização das atividades regulatórias é de todos conhecida. Qual seja, em relação às agências reguladoras o Tribunal exerce um controle de segundo grau, de forma a conferir ampla liberdade ao ente regulador para que, nos limites de sua competência discricionária escolha as alternativas que se lhe são postas em sua atuação.

58. A ação repressiva desta Corte se dá apenas quando verificada ilegalidades flagrantes, ou mesmo vícios na atuação discricionária do agente regulador, hipótese na qual pode, inclusive, aplicar-lhe sanção.

59. Em não se verificando estas hipóteses, cabe ao Tribunal apenas recomendar a implementação das medidas consideradas oportunas e convenientes, de molde a contribuir com a atuação finalística e discricionária das agências reguladoras”.

44. A reforma do acórdão recorrido, nos termos que proponho, vem ao encontro desta diretriz do Tribunal pois avaliou-se ato da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e, uma vez verificada a pertinência da decisão dentro do mandato a ela conferido, respeita o prazo e o desenho do contrato fixados pelo ente regulador e pelo poder concedente.

45. Por fim, tendo em conta cuidar-se de processo de natureza Desestatização, a ser tratado pelo Tribunal nos moldes da Instrução Normativa-TCU nº 27/1998, devem os presentes autos ser encaminhados à SeinfraHidroferrovia para a continuidade das análises dos documentos e informações apresentados em cumprimento ao retro mencionado normativo e para as demais providências processuais a seu cargo.

Pelas razões expostas, entendendo pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento, VOTO no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à deliberação deste Colegiado:

“9.1. com fundamento no art. 48, **caput** e parágrafo único, da Lei nº 8.443, de 1992, conhecer do recurso interposto pela empresa Transitária Brasileira Ltda. – Transbrasa para, no mérito dar-lhe provimento, tornando insubsistentes os subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão nº 648/2014-Plenário e alterando a redação dos seus subitens 9.1, 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5, como a seguir especificado:

“9.1. revogar a medida cautelar estabelecida no subitem 9.1 do Acórdão 2.677/2013-Plenário;

9.2. dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) acerca da possibilidade excepcional de contratação da empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), nos termos da Resolução nº 2.399-Antaq, de 16 de fevereiro de 2012, sem previsão de prorrogação, para arrendamento do terreno localizado na Rua Joaquim Távora, 500, Bairro Jabaquara, Santos/SP;

9.3. determinar à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) que, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, envie a este Tribunal plano de ação com vistas a que seja definido novo local para a continuidade das atividades portuárias atualmente realizadas no referido local, com cronograma de ações contendo prazos e órgãos responsáveis por sua execução;

9.4. informar a Prefeitura Municipal de Santos – com o envio desta deliberação, acompanhada do Voto e do Relatório que a fundamentam – da importância de se encontrar um novo terreno em local apropriado para a prática de atividades portuárias, para, eventualmente, em acordo com a União, substituir a referida área e, assim, atender ao zoneamento previsto no Plano Diretor local e ao interesse do município;

9.5. notificar desta deliberação a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), a Companhia Docas de São Paulo (Codesp), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e a Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR)”.

9.2. encaminhar o processo à SeinfraHidroferrovia para as providências a seu cargo.”

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 11 de novembro de 2015.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

GRUPO II – CLASSE I – Plenário

TC 027.419/2012-6

Natureza: Pedido de Reexame (em Desestatização)

Órgãos/Entidades: Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).

Recorrente: Transitária Brasileira Ltda. - Transbrasa (CNPJ 45.557.022/0001-95).

Representação legal: Benjamin Caldas Gallotti Beserra (OAB/DF 14.967) e outros.

SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO CELEBRADO COM INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LITERAL VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEI FEDERAL. UTILIZAÇÃO DE LEI MUNICIPAL, TENDENTE A PROMOVER O ZONEAMENTO DA CIDADE, COMO ARTIFÍCIO PARA INVIABILIZAR O CURSO REGULAR DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. INTERVENÇÃO DO MUNICÍPIO EM SERVIÇO PÚBLICO, DE QUE A UNIÃO É TITULAR, COM A DETERMINAÇÃO DA EMPRESA CONCESSIONÁRIA. EXISTÊNCIA DE NÍTIDO CONFLITO FEDERATIVO. IRREGULARIDADE GRAVÍSSIMA. LEI MUNICIPAL RESTRITIVA E EXORBITANTE DAS COMPETÊNCIAS DO ENTE FEDERADO. SERVIÇO PORTUÁRIO COMO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL POR EXPRESSA DICÇÃO CONSTITUCIONAL. REGIME DOS PORTOS. COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA UNIÃO (CF 21, XII, f). VIOLAÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E DO PACTO FEDERATIVO. ABSOLUTA INCOMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO DE SANTOS PARA PROVER SOBRE ÁREA DESTINADA A SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. DESNECESSIDADE DE LICENCIAMENTO MUNICIPAL PARA A REGULAR OPERAÇÃO DE CONCESSIONÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. QUEBRA DA ISONOMIA, COM A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO INCONDIZENTE COM A LEGISLAÇÃO À EMPRESA PRIVADA, MEDIANTE ARTIFÍCIO. DESPROVIMENTO. CIÊNCIA. REMESSA DE CÓPIA AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

- Contraria a Constituição e toda a legislação federal a edição de lei por município que, a pretexto de promover o zoneamento local, restringe o âmbito de ação de serviço público federal, especialmente as operações comerciais em área portuária - com o resultado concreto de indevidamente privilegiar uma única empresa privada - ante a expressa competência da União Federal para, privativamente, legislar sobre o regime dos portos e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, essas especiais atividades (ADPF 316).

- Perspectiva de grave irregularidade, no caso concreto, a partir da interpretação de que, com a edição da lei de zoneamento, apenas a empresa Transbrasa poderia livremente continuar a utilizar a área portuária federal que ocupa, há mais de quarenta anos, sem licitação.
- Ilegalidade da exegese que contempla o fato de que todos os futuros contratos, referente a essa área, apenas poderão ser celebrados com a empresa Transbrasa, com dispensa de licitação, bem como da ação da câmara municipal de Santos, no sentido de proibir, mediante intervenção legislativa, em área portuária federal, a continuidade da regular operação do porto organizado de Santos, expressamente considerando apenas a empresa Transbrasa, que já ocupava a área concedida, como legitimada à continuidade da operação, razão de sua nova contratação, por dispensa de licitação, em detrimento de todas as demais empresas interessadas, que já não poderiam livremente competir, segundo as leis do mercado, em concorrência pública regular, pelo serviço federal.
- O contrato celebrado pelas entidades responsáveis apresenta irregularidades absolutas, cujo teor determina sua imediata anulação e a tomada de providências para que os órgãos responsáveis promovam, em caráter imediato, o novo procedimento licitatório.
- Hipótese de encaminhamento de cópia ao Ministério Público Federal para acompanhamento e apuração das responsabilidades cíveis e penais dos envolvidos, caso entenda cabível.

VOTO REVISOR

Pedi vistas dos autos para reexaminar a proposta trazida ao Plenário pelo E. Ministro Augusto Nardes, em relação ao pedido de reexame da presente concessão de serviço público federal à empresa privada Transbrasa, já ocupante, há mais de quarenta anos, de área privilegiada no Porto de Santos, sem que jamais se tenha submetido a procedimento licitatório.

A Relatora original do feito permitiu a continuidade da excepcional contratação por até cinco anos, tempo que está a ser elevado para dez anos, por proposta do Relator do recurso.

Chamou-me a atenção o fato de que empresa concessionária Transbrasa obteve nova concessão da área portuária ocupada, desta feita, por dispensa de licitação, e está em vias de, com o exposto respaldo do Tribunal de Contas da União – já que já há três votos proferidos neste sentido - por meio de artificios que considero inaceitáveis, obter a eterna ocupação da área portuária concedida, criando, como situação de fato, figura nova, inexistente no orbe jurídico pátrio, a das empresas que, sem se submeterem a processo licitatório regular, obtêm a concessão de serviço público federal, para sempre, pois, de acordo com a tese que se está a esposar, somente a empresa Transbrasa, no caso concreto, apresentaria os requisitos exigidos para a ocupação da área pública portuária federal, o que implicaria, em seu favor, a desnecessidade de licitação, como, de fato, está a ocorrer.

Considerarei a existência de artifício, consistente na obtenção da aprovação pelo município, no caso o de Santos, de lei municipal, tendente a promover novo zoneamento da área, ocupada pelo porto, de forma que apenas aquela empresa Transbrasa, já ocupante daquela área, possa continuar a ocupá-la, uma vez que apenas ela teve os seus direitos ressaltados na norma municipal.

Segundo os defensores da medida, a empresa Transbrasa, que nunca se submeteu à licitação, já dela poderia prescindir, para a continuidade da ocupação da área pública e para o exercício

do serviço público federal, uma vez que somente ela teria o alvará do município a salvaguardá-la, como ocupante anterior à lei municipal. Tal alvará não poderia ser concedido a nenhuma outra empresa, apenas a Transbrasa, privilegiada pela restritíssima interpretação.

Esta lei municipal conteria, pois, por forma do salientado artifício, expungir da possibilidade de disputa tanto aquela área privilegiada do porto, como o próprio serviço público federal, uma vez que nenhuma outra empresa poderia obter tal alvará e, com isso, a Transbrasa, ora beneficiada, poderia perpetuar indefinidamente a sua permanência, não só no local, mas como titular do serviço público. Seria quase como atribuir à empresa predicados da propriedade, não apenas em relação à área, mas ao serviço público.

Sempre estive atento à antiga regra de hermenêutica no sentido de que, na aplicação do Direito, não devem ser acolhidas interpretações que produzam resultados absurdos ou teratológicos. Carlos Maximiliano já prelecionava que o direito deve ser interpretado “inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”. Mesmo em face de lei que tenderia a conduzir a resultado desastroso, a voz de um bom juiz pode conduzir a resultado aceitável, perante o ordenamento jurídico. E mais vale um bom juiz, no exame de má legislação, do que um mau juiz, em face de ótima legislação.

No caso concreto, a questão se apresenta inusitada, porquanto nele se alberga interpretação que ocasionaria a eternização de um único e privilegiado arrendatário privado, na exploração de atividade portuária, titularizada pela União, a partir da ação concertada com o município de Santos, claramente impeditiva do livre trânsito e exercício do serviço público federal.

O município de Santos editou a Lei Complementar 730/2011 que, a pretexto de estabelecer o zoneamento urbano, estaria a vedar tradicionais atividades portuárias na região, especialmente no local onde opera a empresa Transbrasa. Com isso, a partir dessa norma, ficaria impedida a concessão de novas licenças a outras empresas, sendo mantidas, apenas, em obséquio às regras de direito intertemporal, as licenças anteriormente emitidas, como a da empresa Transbrasa. Assim, somente tal empresa poderia lá continuar a desenvolver suas atividades indefinidamente e, independentemente de licitação, por dispensa, obter os futuros contratos processados pela Codesp e Antaq.

O artifício se revela pelo fato incontestável de que as mesmas atividades portuárias de sempre continuariam a ocorrer na região, mesmo com a lei proibitiva, mas apenas poderiam ser desempenhadas por uma única empresa, a Transbrasa.

Os muitos pareceres dos órgãos técnicos, constantes dos autos, defendem, no entanto, a tese que ora reputo disparatada da absoluta impossibilidade de realização de nova licitação para a outorga de novo arrendamento portuário, com a perpetuação da única empresa no serviço público, haja vista que, em caso de encerramento das atividades portuárias da atual arrendatária, nenhuma outra empresa poderia exercer essas atividades naquele local.

Aduzem, ainda, que a única possibilidade de continuação das atividades portuárias de movimentação e armazenamento de cargas de importação e exportação seria por meio de novos arrendamentos, a serem celebrados sempre e unicamente com a mesma empresa Transbrasa, mediante inexigibilidade de licitação.

Nessa linha de proceder, sequer a Codesp, sociedade de economia mista federal, titular do porto de Santos, poderia, se assim o desejasse, retomar o serviço público federal e assumir a movimentação de cargas portuárias no local hoje ocupado pela Transbrasa. Argumentando, ainda, pelo absurdo, sequer a União Federal, se pretendesse retomar o serviço público de que é titular, para executá-lo diretamente, como expressamente lhe faculta a Constituição, poderia fazê-lo, porque o Município de Santos estaria “impedido de conceder licença de funcionamento” para uso desconforme ao que estabeleceu na sua lei de zoneamento.

Entendo – *data venia* desses pareceres - que não há necessidade de licença municipal para a operação de concessionário de serviço público federal. No caso concreto, há nítidos contornos de grave conflito federativo, em que o Município, por via legislativa, intervém em tradicional área portuária, definindo, a final, o único concessionário possível e evitando, por meio de legislação artificiosa, o processamento da regular licitação, sem nenhuma oposição dos órgãos responsáveis que já endossaram tal tese.

A empresa privada Transbrasa é arrendatária de área privilegiada no porto de Santos desde 1981 e vem logrando seguidas repactuações e prorrogações, **sem jamais ter sido a área arrendada por meio de licitação**, como exige a Constituição Federal.

O contrato CA 07/1991, celebrado por ela e a Codesp, para disciplinar o “arrendamento de áreas de terrenos do porto de Santos”, visava a substituir outros contratos celebrados anteriormente, os Contratos Pres/97.88, Pres/10.89 e Pres/15.89, conforme consta da peça 1, páginas 27 e 28 destes autos. O contrato foi prorrogado em 1999, tendo sua vigência se encerrado em 31/5/2011.

Desde então o correr do processo se embargava nos escaninhos da Administração Federal, mediante prorrogações de legalidade questionável, até a outorga da concessão por dispensa de licitação.

Consoante já discorrido anteriormente, tendo em vista o vencimento do contrato CA 07/1991, a Antaq, por meio da Resolução 2.079, de 30/5/2011, novamente autorizou, **provisoriamente**, a prorrogação do contrato, com amparo na Resolução 525/2005, pelo **período máximo de 36 meses**, até que fosse avaliado ‘o interesse público em realizar o certame licitatório na área’.

Assim, em 01/6/2011, foi firmado o 9º aditamento ao contrato CA 07/91, permitindo-se a **permanência precária** da Transbrasa na área, por até 36 meses, **condicionada à conclusão do certame licitatório**.

Posteriormente, já como se esperava, a Antaq adotou a nova tese da inviabilidade de licitação e autorizou a celebração de novo contrato de arrendamento, por mais 10 anos, prorrogável por igual período, o que resultaria no prazo total de **mais de 50 anos de arrendamento, obtidos sem a realização de certame licitatório**.

Terminado este arrendamento, a partir da tese defendida pela Antaq, o consectário lógico é que a empresa passaria a obter, sem licitação, todos os subseqüentes arrendamentos, uma vez que somente ela ali poderia contratar, por estar configurada a hipótese de dispensa de licitação. E não venha se argumentar que o TCU só está a admitir a contratação por dez anos. Depois desses dez anos, dispensa-se novamente a licitação e celebra-se novo contrato.

Na sua atividade de fiscalização, o Tribunal de Contas da União obistou inicialmente a celebração da nova avença por medida cautelar e, posteriormente, mediante o Acórdão 648/2014 – TCU – Plenário. Na ocasião, o Tribunal entendeu que o arrendamento deveria ser licitado, mas em outra área, de forma a assegurar o cumprimento da Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos.

Nesse sentido o seguinte trecho do referido *decisum*:

9.1. dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) de que:

9.1.1. **a renovação do Contrato de Arrendamento CA 007/91**, firmado entre a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) **contraria os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos**;

9.1.2. a SEP/PR, no uso de suas competências previstas no art. 16 da Lei 12.815/2013 e no art. 2º, incisos I e II, do Decreto 8.033/2013 pode, **excepcionalmente**, prorrogar o Contrato de Arrendamento CA 007/91 pelo **prazo estritamente necessário à de finição do local e à realização**

do certame para arrendamento portuário, observado um máximo de cinco anos, caso entenda pertinente dar continuidade às atividades hoje desempenhadas pela empresa Transbrasa em área permitida pela Lei Complementar 730/2011 do Município de Santos; (grifou-se).

No presente pedido de reexame, são formuladas pela Secretaria do TCU novas e uniformes propostas, acolhidas pelo Relator do recurso, no sentido de tornar insubsistentes os subitens 9.1.1 e 9.1.2 acima transcritos da decisão recorrida, para admitir a celebração do novo contrato por 10 anos, em vez de até cinco anos, bem como para determinar a realização de esforços para encontrar novo terreno, em local apropriado, para a prática de atividades portuárias e, assim, atender ao zoneamento previsto no Plano Diretor local e ao interesse do município.

A partir da literalidade da Constituição Federal, tenho reparos a fazer na deliberação proposta. O imóvel portuário, público, federal, arrendado, para a realização das atividades portuárias da Transbrasa, encontra-se em área pertencente à União Federal, integra o porto organizado de Santos, cujos limites encontram-se traçados em norma federal e está afetado a serviço público federal.

O fato de a área ser considerada integrante do porto organizado de Santos, por norma legal expressa, é fundamental para o deslinde deste caso, não havendo dúvidas, pela expressa dicção do texto da lei, de que o imóvel ora ocupado, pela empresa privada Transbrasa, integra a área do porto. Imóvel portuário não é, portanto, o imóvel ribeirinho ao mar, mas o imóvel que a norma diz que é.

Os termos do Decreto 4.333/2002, que regulamenta a delimitação das áreas do Porto Organizado de Fortaleza, Santos e Vitória, suas instalações, infraestrutura e plantas geográficas dizem o seguinte:

Art. 2º A área do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, é constituída:

*I - pelas instalações portuárias terrestres existentes na margem direita do estuário formado pelas Ilhas de São Vicente e de Santo Amaro, desde a Ponta da Praia até a Alamoia e, na margem esquerda, desde as Ilhas de Barnabé até a embocadura do Rio Santo Amaro, abrangendo todos os cais, docas, pontes, piers de atracação e de acostagem, **armazéns, pátios, edificações em geral**, vias internas de circulação rodoviárias e ferroviárias e, ainda, os **terrenos** ao longo dessas faixas marginais e **em suas adjacências, pertencentes à União**, incorporados ou não ao patrimônio do Porto de Santos, ou sob sua guarda e responsabilidade, incluindo-se também a Usina Hidrelétrica de Itatinga e a faixa de domínio de suas linhas de transmissão;*

II - pela infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário, tais como áreas de fundeio, bacias de evolução, canal de acesso até o paralelo 23º 54' 48"S e áreas adjacentes a este até as margens das instalações terrestres do porto organizado, conforme definido no inciso I deste artigo, existentes ou que venham a ser construídas e mantidas pela Administração do Porto ou por órgão do Poder Público.

Parágrafo único. A Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP fará a demarcação em planta da área definida neste artigo.

No Ofício nº 1859/2013/SEP/PR (peça 54), a Secretaria Especial dos Portos assim responde aos questionamentos do TCU:

*7. Verifica-se, destarte, que **tal área é de fundamental importância para a capacidade de operação do Porto de Santos**. Além dos aspectos técnicos verificados e as vantagens de natureza socioeconômicas, coma geração de empregos e pagamento de impostos, este contrato de arrendamento trará uma vantajosa rentabilidade com a exploração da área ao Porto.*

Portanto, em atenção aos questionamentos descritos acima e no sentido de subsidiar resposta aquela distinta Corte, informa-se que:

*A) A área em questão movimenta 50.000 TEUs/ano da movimentação de contêineres do Porto Organizado de Santos e é considerada **uma retroárea de fundamental importância ao Porto**.*

Verifica-se, portanto, a importância de continuidade das atividades portuárias na área em questão pelo prazo já analisado e autorizado pela ANTAQ;

[...]

*B2) O ofício 053/2013-PSU/STS-JUR, entende que "o arrendamento da área objeto do presente ofício não deve ser autorizado até que regularizada a legitimidade do CODESP para exploração da área aqui tratada". Em relação a este posicionamento, a **CODESP** prestou esclarecimentos que a área está dentro do polígono do Porto Organizado, sendo legítima sua exploração. Cabe destacar que com o fulcro no novo marco regulatório, a União, por intermédio do SEP, será a signatária do contrato de arrendamento.*

Os termos do ofício e os objetivos com ele colimados tornam ainda mais abusivos os propósitos do município de Santos, tendentes a limitar, mediante a edição de legislação municipal, o exercício de serviço público federal, na área portuária, em benefício da empresa nominada.

Considero juridicamente falhos os termos da tese jurídica defendida pela Antaq e por todos que a secundaram, no sentido de reconhecer ao Município de Santos competência para legislar sobre áreas afetas à atividade portuária, especificamente sobre “**áreas federais integrantes do porto organizado**”, com a conclusão de que tais áreas, titularizadas pela União, estariam “sujeitas ao disciplinamento empreendido pelo poder público municipal” (peça 1, p. 114) e não da União Federal.

Não há dúvida, a partir da documentação apresentada pela Codesp, de que o imóvel em questão se encontra em área da União, dentro do polígono do porto organizado, sendo voltado imemorialmente à atividade portuária, conforme se verifica, por exemplo, na correspondência constante da peça 1, p. 183.

Basta ver a poligonal do Porto de Santos, apresentada pela Secretaria Especial de Portos, onde se percebe a existência de outras áreas descontínuas na zona do porto organizado:

Área da Poligonal do Porto de Santos – SP



No regime jurídico pátrio, a exploração portuária constitui imemorialmente serviço público federal. Portos marítimos são atividade inerentes à União (CF 21, XII, f), cabendo-lhe explorá-los diretamente ou por concessão, permissão ou autorização.

Sobre o tema, notadamente sobre o regime jurídico a reger as atividades portuárias, a competência legislativa é privativa da União (CF, 22, X), não podendo sobre elas dispor estados ou municípios, sob pena de inconstitucionalidade.

Quando pedi vista dos autos, não me pareceu, com a devida vênia, razoável que imóvel de propriedade da União, afetado à prestação de serviço público, submetido ao regime do porto organizado de Santos, consoante a legislação federal, adequado à realização da atividade portuária, mediante arrendamento – modalidade de subconcessão – ou por execução direta, pudesse ter sua utilização regular, dentro de sua função social, obstada por norma de zoneamento local.

Não é raro, aliás, que Municípios e Estados, sob pretextos diversos, por exemplo, a título de regular relações de consumo, de proteger o meio-ambiente ou de implementar política de zoneamento urbano, ou, mesmo por razões menores de política local, ou outros motivos, venham a adentrar indevidamente na competência privativa da União, turbando a regular execução do serviço público.

No caso concreto, a indevida intervenção do ente federado gera consequências ainda mais desastrosas, como ocasionar a eterna concessão de serviço público à uma única empresa, incontestável beneficiária dos termos da legislação municipal, com ruptura do regime de legalidade instituído pela Constituição.

Segundo a interpretação de meus Pares, em votos já proferidos, sequer a União, ou a Codesp, poderiam prestar os serviços portuários, caso a arrendatária Transbrasa viesse a cessar suas atividades. Até mesmo em caso de caducidade ou rescisão por falha de desempenho, ou outra forma de intervenção, não poderia a União prestar diretamente os serviços portuários, de sua titularidade, explorando o seu próprio patrimônio, diretamente ou por meio da Codesp, uma vez que o Município de Santos lhe negaria licença para operar.

Tal conclusão não condiz com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade da Administração. A outorga de licença pelo município de Santos é absolutamente prescindível, desnecessária, uma vez que se trata de serviço público federal, concedido em área integrante do patrimônio da União. Opor-se a tal conclusão significaria endossar a tese de que, na realidade, o município de Santos é que seria o verdadeiro *dominus*, o senhor do serviço público federal, e ele e apenas ele poderia autorizar a prestação dos serviços portuários, no caso concreto, estranhamente, para uma única empresa, a Transbrasa, que nem mesmo precisaria submeter-se a licitação, podendo lá perdurar suas atividades, com o aval de todos os interessados, até o fim dos tempos, uma vez que ela seria a única licenciada pelo município. E a cada termo final de contrato, somente ela poderia firmar novo contrato, sempre com dispensa de licitação, porque ela foi a única galardoada com a licença do município de Santos, não sendo possível, pois, a competição.

Data venia, mais uma vez, imaginem se o Rio de Janeiro ou São Paulo alterassem a legislação de zoneamento urbano para proibir a atividade aeroportuária na região do Aeroporto do Galeão e de Congonhas, declarando tais zonas residenciais, proibindo a concessão de novas licenças e admitindo apenas a continuidade daqueles que exerciam as atividades anteriormente à edição da lei. Com isso, apenas o atual concessionário poderia explorar tais aeroportos.

Ou, mesmo, agora, no aeroporto de Salvador, tendo o município declarada toda a área circunvizinha, de propriedade da União, de proteção ambiental, o que impediria a construção da segunda pista, essencial para o adequado desempenho do serviço público aeroportuário e para atender a população local.

Nesse caso, se houvesse necessidade de o governo federal retomar as concessões, por exemplo, em razão de declaração de caducidade, seria razoável condicionar a ação da União à obtenção de tal licença municipal, ou que o município recusasse sua expedição? É realmente necessária a licença para a União ou para seus concessionários? A União, titular do serviço e proprietária do aeroporto, como ficaria? Ficaria a União obrigada a eternamente contratar por inexigibilidade o concessionário que administrava o aeroporto apenas porque ele estava lá antes da nova lei municipal, que de forma assim tão plena lhe preservou os direitos? Em havendo necessidade de reformas de ampliação ou para aumento de segurança, decorrentes até mesmo de normas internacionais, poderia o município negar licença para ampliação e construção em razão do uso desconforme à norma local?

Tais perguntas demonstram o naipe das questões em debate, a imensurável e lastimável força dos interesses em jogo e a situação dramática em que tal conduta é respaldada, não só pela Codesp, como pela Antaq e, até mesmo, pelos órgãos de fiscalização.

A Jurisprudência dos Tribunais mostra, no entanto, que a questão não é nova.

O TRF da 1ª Região decidiu que as licenças municipais não são necessárias quando em questão serviço público, a propósito: “(...) parece-me evidente que a aprovação, pela INFRAERO, de um projeto de construção de marquise no Aeroporto de Santa Genoveva/GO, com a finalidade de propiciar maior conforto aos usuários do aeroporto, insere-se na esfera de sua competência delegada pelo Poder Público. A obra ameaçada pela fiscalização municipal está localizada em área abrangida por aeroporto (art. 39, Lei 7.565/86), por isso, sua construção dependerá das instruções, coordenação e controle da autoridade aeronáutica, não do Município, uma vez que este não possui

competência constitucional para interferir na política aeroportuária nacional. O poder de polícia municipal é indiscutível, entretanto, deve ficar adstrito à sua área de competência. O sítio aeroportuário pertence à União, cabendo a INFRAERO, na qualidade de sua legítima representante, a administração do aeroporto, o que inclui a aprovação de projetos de construções na sua área” (TRF 1ª Região em apelação em MS nº 20000100062675-2/GO).

Nessa linha julgou o TJPR, na Apelação Cível nº 106339-2, processo nº 0106339-2: “(...) É bem verdade que a União deve obediência às normas locais de limitação administrativa, no que tange ao plano diretor do município, devendo se comportar, nesse aspecto, como qualquer particular. Assim, deverá observar as restrições quanto a altura dos prédios, recuos, dimensões mínimas das edificações etc. Mas, por outro lado, **o Município não pode interferir sobre serviços desenvolvidos pela União, pois nesse caso, em havendo interesse público, prevalece o interesse do ente público nacional, em detrimento do periférico local. Os aeroportos e os serviços de infra-estrutura que os suportam, sem dúvida alguma, destinam-se a fornecer serviços de relevância pública, que superam os lindes estreitos do Município, à evidência, não estão abrangidos na competência legislativa do ente periférico, que, com primazia, só pode legislar restritivamente sobre assuntos de interesse local (...)**”.

O Acórdão em questão restou assim ementado:

EMENTA: AÇÃO DE PRECEITO COMINATÓRIO - MUNICÍPIO QUE SE NEGA A CONCEDER ALVARÁ PARA POSTO DE GASOLINA, EM VIRTUDE DE LEI MUNICIPAL - DISTÂNCIA MÍNIMA DE 500M - SÍTIO AEROPORTUÁRIO - COMPETÊNCIA DA INFRAERO PARA GERENCIAR A ÁREA - LEI FEDERAL - INTERESSE NACIONAL QUE, "A PRIORI", SOBREPÕE-SE AO INTERESSE LOCAL - NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE A INSTALAÇÃO DOS POSTOS LADO A LADO POSSA TRAZER QUALQUER PREJUÍZO À POPULAÇÃO LOCAL - SENTENÇA MONOCRÁTICA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO - APELO DESPROVIDO.

Também perfila desse entendimento Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assim se manifesta em seu artigo “*Função Social da Propriedade Pública*” (REDE, nº 6, 2006): “*No uso de bens públicos por concessionárias para execução de serviços públicos, não há contraposição entre interesse privado e interesse público, mas entre dois interesses públicos, a serem atendidos obrigatoriamente. E esses interesses nem sempre se colocam no mesmo nível, já que algumas concessionárias exercem serviço de competência da União e, portanto, de interesse nacional, não podendo ceder diante de interesses locais(...)*”

De fato, como visto, a eventual recusa de outorga da licença pelo município implicaria afronta às competências da União, bem como ao direito de propriedade, uma vez que traria limitação que impossibilitaria o uso do imóvel nos serviços públicos para os quais foram regularmente construídos, tornando-os inúteis para aquela atividade, no caso dos autos, para a atividade portuária.

A recusa do município de expedir licença para uso desconforme equivale a uma espécie de desapropriação indireta, haja vista a gravidade da forma com que o direito de propriedade e o serviço público são afetados, nos exemplos citados. Os terminais de grãos, de contêineres, de movimentação de carga, assim como os aeroportos e suas pistas não podem ser usados em outras atividades que não aquelas para as quais foram construídos, daí resultando em verdadeira expropriação indireta de bens da União, para fins de política urbana, modalidade não prevista em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, não há previsão, em norma federal, para desapropriação de bens públicos da União, senão o contrário e, ainda assim, mediante prévia autorização legislativa. Basta ver o disposto no Decreto-lei 3.365/41, art. 2º, § 2º: “*Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa*”.

Tal possibilidade, como visto, só opera do ente federal mais abrangente para o menos abrangente, ou seja, da União, para o Estado e Município, e do Estado para o Município. Jamais poderia o município de Santos limitar a execução de serviço federal, mediante nova lei de zoneamento, com o resultado final de privilegiar uma única empresa portuária.

Semelhante limitação não encontra guarida em nosso direito, e não apenas porque estamos a tratar de bens da União afetados à prestação de serviço público. Sequer o particular poderia ter recusada sua licença para uso desconforme em se tratando de imóvel de destinação específica.

Trago à luz a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu texto “*Natureza jurídica do zoneamento – efeitos*” (RDA, 147. p. 43):

“Se é certo que as licenças de funcionamento de comércio, de indústria ou de serviços, não se confundem com as licenças para edificar, não menos certo é que as atividades em questão são desenvolvidas em construções erigidas em função do tipo de uso e por isso a ele ajustadas.

Ora, de nada valeria considerar garantido um tipo de edificação, se lhe for negada a utilização correspondente. Ressalvam-se apenas os casos em que ao tipo de construção sejam indiferentes as modalidades de uso, por compatibilizar-se perfeitamente com utilizações alternativas.

Creemos que estas mesmas soluções, por iguais razões, hão de ser dadas na hipótese de mudar o ocupante de imóvel. Conquanto a licença para exercício de dada atividade comercial, industrial ou de serviços, tenha caráter pessoal, a licença para edificar é de caráter real; vale dizer, adere ao bem pois diz respeito ao imóvel e não ao proprietário.

Sendo assim, quando o imóvel não se preste a uso alternativo, negar licença de funcionamento para uso correspondente à tipologia da construção regularmente erigida, equivaleria a aniquilar o sentido já consolidado na licença de edificar. Em se prestando o imóvel a uso diverso, aí sim seria cabível recusar licença de funcionamento para uso desconforme ao previsto na legislação vigente”.

Verifico que há, no caso concreto, grave equívoco de interpretação, tanto em relação ao alcance da legislação local, a incidir sobre bens públicos federais, afetos à prestação de serviço público, bem como em relação ao conceito de **atividade desconforme**, que não se confunde com atividade vedada ou ilegal.

A questão que não foi tratada adequadamente no presente processo diz respeito à possibilidade de o Município de Santos, por meio de leis de zoneamento urbano, afetar, restringir ou limitar bens e atividades da União, afetadas à prestação de serviço público, no caso, serviços portuários, em relação às quais a competência legislativa é privativa da União.

A propósito do tema, em caráter final, lançou o E. Supremo Tribunal Federal a pá-de-cal sobre a questão, a concluir pela negativa dessa possibilidade, por ocasião da apreciação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 316. Reproduzo trecho da ementa do referido julgado:

SERVIÇOS PORTUÁRIOS E REGIME DOS PORTOS – ARTIGOS 21, INCISO XII, ALÍNEA “F”, E 22, INCISO X, DA CARTA DA REPÚBLICA – COMPETÊNCIA MATERIAL E LEGISLATIVA DA UNIÃO – LEI MUNICIPAL RESTRITIVA – VIOLAÇÃO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – PACTO FEDERATIVO. De início, surge contrário ao preceito fundamental da Federação lei municipal restritiva de operações comerciais em área portuária ante a competência da União para, privativamente, legislar sobre o regime dos portos e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, tais atividades. Liminar referendada.

Trata-se, nestes autos, da aplicação da mesma lei municipal de Santos, ora em debate, então apreciada pelo STF. Verifico que os efeitos produzidos são semelhantes. A interpretação e a aplicação da norma local que ora se pretende acolher restringem operações comerciais em área portuária de titularidade da União.

Ressalte-se, mais uma vez, que, nos termos das normas federais, o imóvel arrendado para a realização das atividades portuárias da Transbrasa encontra-se em área **pertencente à União Federal e é integrante do porto organizado de Santos.**

Conclui-se, portanto, ser contrário ao preceito fundamental da Federação lei municipal restritiva de operações comerciais em área portuária, como a que ora se examina, ante a competência da União para, privativamente, legislar sobre o regime dos portos e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, tais atividades.

A propósito, não é nem mesmo a primeira vez que o município de Santos se lança em aventuras de tal naipe, tendentes a querer dispor sobre serviços públicos federais. Ainda recentemente, a Presidência da República ajuizou a ADPF 316 contra dispositivos da Lei Complementar Municipal de Santos 730/2011 que interferiam na administração de serviços portuários no município, ferindo os preceitos constitucionais que expressamente reservavam à União a iniciativa privativa para legislar sobre regime portuário (artigo 22, inciso X e 21, inciso XII).

O Ministro Lewandowski, no exercício da Presidência, deferiu liminar asseverando o seguinte:

“Com efeito, a Lei Complementar 813, de 29/11/2013, do município de Santos/SP, a pretexto de alterar dispositivos da Lei Complementar municipal 730/2011, que disciplina o ordenamento do uso e da ocupação do solo na área insular do referido ente federativo, terminou por invadir competência privativa da União para legislar sobre o regime dos portos, estabelecendo a disciplina acerca de sua exploração, administração, bem como das operações e instalações portuárias, nos termos do art. 21, X, da Constituição Federal”.

O Município e a Câmara de Vereadores de Santos defenderam, então, que as leis complementares foram editadas com base na competência municipal para proteger o ambiente e combater a poluição (CF, art. 23, VI), para legislar sobre assuntos de interesse local (CF, art. 30, I) e para disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano (CF, arts. 30, VIII, e 182). De fato, obtendo, com isso, turbar o serviço público federal e privilegiar, de forma absolutamente inequívoca, a empresa Transbrasa.

Sustentaram que a regulação do uso do solo não alcança a competência da União para dispor sobre a organização dos portos, e a atuação do Porto de Santos deve observar normas locais. Alegaram ter a legislação impugnada visado a melhorias do meio ambiente, especialmente da qualidade do ar, e do espaço urbano próximo ao Porto ante os danos causados pelas operações com granéis sólidos, **atendendo ao disposto no artigo 182 da Constituição Federal.** Asseveraram que a lei atacada não proíbe a atividade de comércio de granéis sólidos no Porto de Santos, apenas determina sejam essas operações realizadas em áreas menos populosas do Município, buscando compatibilizá-las com a proteção ao meio ambiente e à saúde da população.

Todas essas teses, sustentadas pelo Município de Santos, foram novamente rechaçadas, no E. STF, pelo então relator, Ministro Marco Aurélio, que assim se manifestou:

Revela-se, a mais não poder, restrição, pelo Município, à atividade portuária consideradas as operações com granéis sólidos, o que apenas poderia ocorrer por previsão do legislador federal ante a interpretação sistemática dos artigos 21, inciso XII, alínea “f”, e 22, inciso X, da Carta de 1988. Trata-se de serviço cuja exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, cabe à União, também titular da competência normativa atinente à matéria. A inobservância ou limitação à repartição constitucional de competências legislativas e materiais implica flagrante desprezo à autonomia política e funcional das entidades federativas.

Ao fim e ao cabo, a liminar foi referendada pela unanimidade do Pleno do Pretório Excelso.

Ora, o núcleo da discussão no presente processo é, basicamente, o mesmo. Tem-se, novamente, ato normativo, editado por ente federativo recalcitrante, distinto do titular do serviço portuário, o qual intervém indevidamente no regime de portos, com o objetivo de restringir modalidade de uso de instalações de movimentação e armazenagem em zona portuária e de privilegiar empresa privada com situação excepcional, em descompasso com os princípios e regras constitucionais.

A pretexto de disciplinar o ordenamento do uso e ocupação do solo, as normas editadas pelo Município de Santos, **na forma como pretendem aplicá-la**, usurpam a competência conferida à União pelos arts. 21, XII, f, e 22, X, da Constituição da República, porquanto afetam diretamente o regime e o modo de exploração e de administração de instalações portuárias.

Em síntese, não pode o Município de Santos, por meios transversos, escolher ou definir quem pode ou não executar os serviços portuários dentro da área do porto organizado de Santos. Não pode o município definir ou proibir quem será arrendatário dos bens da União destinados à movimentação e transporte de cargas portuárias. Sobretudo não pode o Município de Santos, a pretexto de implementar o art. 182 da CF, obstar a atividade portuária, realizada direta ou indiretamente pela União, em seus portos organizados, com o resultado de conferir a empresa privada o direito de exclusividade em relação à prestação de serviço público federal.

Tampouco pode o TCU admitir interpretação de normas legais que conduza à subversão de todo o ordenamento jurídico, que afaste a regra geral de obrigatoriedade de licitação e da igualdade de todos perante a lei, expressamente prevista na Constituição da República, e permita a intromissão municipal nas competências privativas da União, sob pena de ampla ilegalidade e violação do pacto federativo, insculpido na Carta Magna.

O licenciamento municipal não se presta ao município como meio de realizar uma segunda e definitiva análise sobre o concessionário de serviço público federal, devidamente contratado pela União Federal, sendo, em favor deste, absolutamente prescindível tal licença.

Enfim, simplesmente, não pode o TCU acolher interpretação que leve a situações absurdas, em descompasso com o interesse público.

II

Em síntese, não está configurada a situação de inexigibilidade de licitação, **nem há afronta aos artigos 182 e 183 da Constituição Federal**. Por tal razão, deve ser dada nova redação ao **item 9.1.1** da decisão recorrida para explicitar que não é possível a renovação do Contrato de Arrendamento CA 007/91, firmado entre a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), ante a exigência constitucional de licitação para a celebração da avença.

Os órgãos responsáveis devem promover incontinenti a licitação para substituição da arrendatária, uma vez que a Lei Complementar 730/2011, elaborada pelo município de Santos, **não pode disciplinar ou impedir a execução dos serviços portuários no porto organizado de Santos**, razão por que considero insubsistente o item 9.1.2.

A continuidade do Contrato de Arrendamento CA 007/91 é irregular e deve perdurar estritamente pelo prazo necessário à realização dessas medidas, tendentes a imediata e regular licitação da área pública federal.

Saliento que, dessa nova licitação, poderá a empresa Transbrasa, ora beneficiada, livremente participar, mas em igualdade de condições com todas as empresas interessadas, nos exatos termos da Constituição Federal e da Lei 8.666/93.

Note-se que a decisão recorrida não autorizou ou permitiu que se renovasse ou prorrogasse o contrato com a Transbrasa pelo prazo de cinco anos. Ao contrário, conforme expressamente constou do item 9.1.2 da parte dispositiva da decisão recorrida, a prorrogação do contrato atualmente em vigor deve ocorrer pelo **prazo estritamente necessário à definição do local e à realização do certame para arrendamento portuário**, observado para tanto o máximo de cinco anos. Considero tal prazo excessivo e incondizente com a hipótese dos autos, exigente de licitação no menor prazo possível, uma vez que é caso de licitação, para restaurar o regime de legalidade, e o local já está definido, sendo a área atualmente ocupada pela empresa privada Transbrasa.

Não havendo possibilidade jurídica de firmar novo contrato de arrendamento por inexigibilidade de licitação, a redação original da deliberação deve ser mantida, admitindo-se a possibilidade de continuidade da ocupação da área apenas pelo período estritamente necessário à realização de nova licitação, adotando-se os fundamentos jurídicos agora expostos, já que efetivamente a Lei Complementar 730/2011 não pode impedir a licitação de área portuária, nem é a licença municipal requisito para o exercício de serviço público federal.

A pretexto de atender aos interesses de seus habitantes, não pode o Município de Santos intervir em serviço público federal. No caso concreto, ademais, nada tem a ganhar o município que apenas obteria a perpetuação da empresa Transbrasa no exercício do mesmo serviço público federal, sem nenhum benefício para a coletividade, uma vez que a única alteração de fato é a ausência de licitação e o imensurável benefício à empresa privada.

Com essas considerações, voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 16 de março de 2016.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhor Presidente,
Senhores Ministros,
Senhor Procurador-Geral junto ao TCU,

Preliminarmente, enalteço a qualidade do trabalho desenvolvido pelo Ministro Augusto Nardes. Contudo, solicito as vênias de estilo para discordar do ilustre Relator e me alinhar ao posicionamento adotado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, pelas razões que passo a expor.

A uma, porque consoante exposto pelo Ministro Revisor, neste caso concreto, não restou configurada qualquer situação de inexigibilidade de licitação.

A duas, porque o STF já decidiu, quando do julgamento da ADPF nº 316, ajuizada contra a Lei Complementar Municipal de Santos nº 730/2011, que uma interferência do Legislativo Municipal na administração de serviços portuários ofende o disposto nos arts. 22, X, e 21, XII, da Constituição Federal, que asseguram a iniciativa privativa da União para legislar sobre este tema.

A três, porque, ao contrário do que foi alegado pela recorrente, não houve afronta ao que estabelecem os arts. 182 e 183 da nossa Lei Maior.

Finalmente, porque a continuidade do Contrato de Arrendamento CA nº 007/91 é irregular e, por via de consequência, deve perdurar estritamente pelo prazo necessário à realização imediata da licitação necessária para legalizar a situação sob comento.

Aproveito o ensejo para sugerir ao eminente Revisor que, tendo em vista a relevância da questão ora posta, altere o item 9.4. da sua minuta de Acórdão, no sentido de prever que o monitoramento ali determinado seja semestral.

Com esquite nessas considerações, manifesto-me de acordo com a proposta formulada pelo Ministro Revisor.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de março de 2016.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 23 de março de 2016.

BENJAMIN ZYMLER
Redator



DECLARAÇÃO DE VOTO

Senhor Presidente,
Senhores Ministros,
Senhor Procurador-Geral do MPTCU,

Ao tempo em que louvo o nobre Ministro-Relator Augusto Nardes pelas percucientes ponderações suscitadas na presente antecipação do seu voto, diante do pedido de vista ora formulado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues, peço licença para também antecipar o meu voto no sentido oposto, contudo, ao do Relator e, assim, pugno pelo conhecimento do presente pedido de reexame para, no mérito, negar-lhe provimento.

Trata-se, em suma, de pedido de reexame interposto pela empresa Transitária Brasileira Ltda. – Transbrasa contra a decisão do TCU que limitou o prazo para a prorrogação do contrato de arrendamento de área compreendida no perímetro do porto de Santos e destinada à movimentação de mercadorias de importação e exportação.

Em linhas gerais, entendo que a aludida prorrogação contratual deve se dar apenas pelo tempo necessário e suficiente para se promover a devida licitação, de sorte que, por esse prisma, o suscitado provimento ao referido recurso não se coadunaria com essa premissa.

Esse, Senhor Presidente, é o meu voto no presente momento processual.

TCU, Sala das Sessões, em 20 de janeiro de 2016.

ANDRÉ LUÍS DE CARVALHO
Ministro-Substituto

VOTO COMPLEMENTAR

Retomo a discussão destes autos, tendo em vista o voto revisor apresentado pelo Excelentíssimo Ministro Walton Alencar Rodrigues, no qual conclui que:

“Contraria a Constituição Federal a edição de lei municipal restritiva de operações comerciais em área portuária ante a competência da União para, privativamente, legislar sobre o regime dos portos e explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, essas atividades (ADPF 316)”.

2. Segundo consta do voto, *“a pretexto de disciplinar o ordenamento do uso e ocupação do solo, as normas editadas pelo Município de Santos, na forma como pretendem aplicá-la, usurpam competência conferida à União pelos arts. 21, XII, f, e 22, X, da Constituição da República, porquanto afetam diretamente o regime e o modo de exploração e de administração de instalações portuárias”.*

3. Conclui, ainda, o eminente revisor pela impossibilidade de realização de contrato de arrendamento portuário por inexigibilidade de licitação, em virtude de situação fática determinada pela veiculação de lei municipal restritiva com violação do pacto federativo, por invadir competência constitucionalmente atribuída à União para legislar sobre serviços portuários e regime dos portos.

4. Peço vênias ao Ministro Walton Alencar para ratificar o voto que apresentei ao Plenário na Sessão de 18/11/2015, pelo seu próprio conteúdo e pelos seguintes argumentos adicionais.

5. Em primeiro lugar, identifico no voto revisor premissas inconsistentes com a realidade factual, a saber:

i) diferentemente do registrado no voto revisor, a interpretação por mim albergada não ocasionaria a eternização do arrendatário privado na atividade portuária titularizada pela União, porquanto a própria essência da discussão posta no meu voto centra-se no aspecto temporal, vale dizer, se o novo contrato de arrendamento deveria vigor pelo prazo máximo de cinco (como posto no acórdão recorrido) ou dez anos (conforme propus naquele voto ratificando o ato administrativo da Antaq e pleiteado pelo recorrente);

ii) igualmente, a Transbrasa **não** poderia continuar a desenvolver suas atividades indefinidamente, conforme demonstra comando constante no item 9.1 da minuta de acórdão submetido ao Plenário, que propugna alteração no subitem 9.2 do acórdão recorrido, que passaria a vigor nos seguintes termos:

*“9.2. dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) acerca da possibilidade excepcional de contratação da empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), nos termos da Resolução nº 2.399-Antaq, de 16 de fevereiro de 2012, **sem previsão de prorrogação**, para arrendamento do terreno localizado na Rua Joaquim Távora, 500, Bairro Jabaquara, Santos/SP”.*

iii) ademais, como a deliberação que propus ao Tribunal veda a prorrogação do novo contrato, não subsiste o registro no voto revisor de que *“a celebração de novo contrato de arrendamento por 10 anos, prorrogável por igual período, o que resultaria em um prazo total de **mais de 50 anos de arrendamento obtidos sem a realização de certame licitatório**”.*

6. Inicialmente, devo dizer que concordo com Sua Excelência quando afirma que o imóvel arrendado para as atividades portuárias da recorrente encontra-se em área **pertencente à União Federal e integrante do porto organizado de Santos.**

7. No entanto, relembro aos nobres membros do colegiado que, conquanto a recorrente efetivamente desenvolva atividades portuárias em imóvel da União, tal área não se encontra exatamente na típica região portuária de Santos mas, como consta do voto de Sua Excelência, o imóvel pertence à União e apenas formalmente integra o porto organizado de Santos.

8. Essa exatamente a atipicidade da situação, como gostaria de compartilhar com o Colegiado por intermédio de uma visita virtual à área física em discussão, por meio do aplicativo Google Maps (<https://www.google.com.br/maps/@-15.8302117,-47.916874,15z>)

9. Nesse contexto, não posso concordar com o nobre revisor quando assere:

“Não me parece razoável que imóvel de propriedade da União, afetado à prestação de serviço público, submetido ao regime do porto organizado de Santos, consoante a legislação federal, adequado à realização da atividade portuária, mediante arrendamento – modalidade de subconcessão –, ou por execução direta, tenha sua utilização regular, dentro de sua função social, obstada por norma local de zoneamento”.

10. A propósito, relembro que a norma municipal de que se trata, que disciplina o ordenamento de uso e da ocupação do solo no município, não obsteu a utilização regular do imóvel de propriedade da União, uma vez que excepcionalizou o seu uso de modo desconforme, nos termos do inciso II do § 1º do art. 22 da Lei Complementar nº 730/2011, do Município de Santos, a compatibilizá-la com o arcabouço constitucional.

11. Nessa altura, resgato posicionamento do titular da Serur, por mim expressamente acolhido no voto original, que reforça o esforço interpretativo submetido a esta Corte, no sentido da legitimidade da norma municipal:

*“19. Ademais, é possível afirmar que o legislador pretendeu não apenas observar a segurança jurídica dos atuais ocupantes das áreas (em caso, terreno da União), mas preservar suas atividades (como o stand de tiros, o pátio de ônibus, etc). Tal como consta no item 2 do Relatório do Acórdão 1.218/2014 – Plenário, a Prefeitura de Santos afirmou ser lícita a manutenção das atividades desenvolvidas pela recorrente. **Ora, vinculando o legislador a continuidade da operação à licença, e não ao prazo de contrato de concessão, não se pode ver o prolongamento de operação como ofensa à norma.***

*20. Reforça tal interpretação (fundada na opção dos Poderes Legislativo e Executivo do Município de Santos) e própria interpretação da Constituição, a qual, no caso, deve levar em conta a tensão entre normas constitucionais, de modo a não empregar sentido ao texto legal que não seja conforme a Constituição. E como ensina **Jorge Miranda**, cada norma constitucional está ligada a todas as outras, de modo a conferir maior efetividade e sincronia à sua compreensão. Ao que o **Ministro Eros Grau** transformou em alerta hermenêutico: não se interpreta a Constituição em tiras.*

21. Antes de prosseguir, transcrevemos abaixo os dispositivos constitucionais em tensão com a competência municipal posta no art. 182 da Lei Fundamental:

Art. 21. Compete à União:

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

II - desapropriação;

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

III - função social da propriedade;

VIII - busca do pleno emprego;

22. *E o que temos no caso concreto?*

23. *Um terreno da União, utilizado para a atividade portuária, dita de fundamental importância para a capacidade de operação do Porto de Santos (Ofício 1859/2013/SEP/PR), com destinação desde 1981, vindo em 1998 a ter sua destinação alterada por lei municipal para residencial.*

24. *Caso a legislação santista não colocasse norma versante sobre a possibilidade de continuidade da atividade portuária o texto seria inconstitucional. Isso porque, em verdade, a União teria uma opção: deixar o terreno ocioso. Em sendo assim, e não oferecido terreno pela Municipalidade em permuta, capaz de atender as necessidades portuárias, a norma seria inconstitucional. Pelo que os §§ 1º e 2º do art. 22 da Lei 730/2011 têm a função de constitucionalizar a norma, imprimindo-lhe uma interpretação conforme ou orientada para a Constituição, para afastar qualquer característica de norma excepcional ou de interpretação estrita-restritiva (Rui Medeiros. A Decisão de Inconstitucionalidade. Universidade Católica Portuguesa, p. 305-318).*

25. *Uma vez que a destinação residencial condenaria terreno a União à ociosidade, vale dizer que isso se equipararia a uma desapropriação às avessas. Uma vez que apenas a União compete legislar sobre desapropriação, a lei municipal assim interpretada, redundaria em ato expropriatório pela inutilidade da propriedade. E como está no Decreto-lei 3365/1941 (cuja recepção pela nova Constituição pode ser extraída de decisões do Supremo Tribunal Federal na ADI 2260 e no RE 115665, e do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1188700):*

Art. 2º *Mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios.*

§ 2º *Os bens do domínio dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios poderão ser desapropriados pela União, e os dos Municípios pelos Estados, mas, em qualquer caso, ao ato deverá preceder autorização legislativa.*

§ 3º *É vedada a desapropriação, pelos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios de ações, cotas e direitos representativos do capital de instituições e empresas cujo funcionamento dependa de autorização do Governo Federal e se subordine à sua fiscalização, salvo mediante prévia autorização, por decreto do Presidente da República.*

26. *E mais! Uma vez que à União compete privativamente legislar sobre o regime de Portos, e o art. 2º, inciso II, da Lei 12.815/2013 estabelece que a área do porto organizado será delimitada por ato do Poder Executivo e compreende as instalações portuárias, a lei complementar municipal invadiria tal competência, sendo inconstitucional caso se reduza a o âmbito de incidência dos §§ 1º e 2º do art. 22 da LC 730/2011, como fez este Tribunal.*

27. *Ora, quem não pode tributar bens dos outros entes, mais ainda não pode condenar esse bem à ociosidade, mais ainda quando imprescindível a uma atividade econômica de interesse nacional.*

28. *Escassas áreas alternativas, não oferecidas outras áreas em permuta pela municipalidade e presente área ocupada por denso núcleo populacional, a implicar impacto social severo com sua remoção, um terreno fadado a ociosidade e desvirtuado de sua utilização essencial para a operação do Porto de Santos acaba por ofender os princípios constitucionais da ordem econômica enumerados na cabeça e incisos do art. 170. Temos aqui um princípio constitucional não explícito, utilizado nos países desenvolvidos, que é a tutela dos serviços de interesse econômico geral, sendo desproporcional a norma local, se interpretada como nas premissas da decisão vergastada, porquanto dá destinação residencial a área não residencial, ocupada por crematórios, cemitério, bares, pátio de ônibus, stand de tiros, não sendo razoável entender que se deva retirar atividade econômica de interesse geral, antes de outras de menor dignidade constitucional e passíveis de desapropriação pelo Poder Público (a respeito do tema vide Luís María Díez-Picazo. Los servicios de interés económico general en el ordenamento comunitario. In Derecho de la Regulación Económica I. Iustel, p. 419 e segs.).*

29. *Por outro lado, não vemos nos autos inércia administrativa ilícita. Em realidade, colhidos União e Transbrasa por legislação municipal e por uma realidade fática de: escassez de áreas, pelo longo tempo exigido para mudanças do tipo e pela necessidade de aliar necessidade de prorrogação de prazo com tempo vinculado ao volume de investimentos para cumprir os princípios constitucionais da exploração dos serviços portuários; a solução dos 10 anos mostra-se, a meu sentir, razoável, legal e constitucional.*

30. *Segundo a Codesp (em declaração não infirmada por este Tribunal), ‘a área em questão que movimenta 50.000 TEUs/ano é retroárea de fundamental importância ao porto, na medida em que representaria importante auxílio na redução do **dwell time** (tempo de permanência no terminal). Ou seja, a importância não é do terreno **per si**, mas sim da capacidade e do que as atividades da arrendatária significam para o Porto de Santos’. E, data vênua, como afirmado reiteradamente acima, sem olhar para o passado, mas para suas consequências para o futuro, os 5 anos de prazo significam em novo gargalo de infraestrutura, desta feita decorrente de determinação do TCU.*

31. *A importância da área transcrita acima nos leva a detectar contradição entre a decisão ora recorrida e o Acórdão 1.077/2015 – Plenário, no qual foi determinado:*

*9.2. alertar a Secretaria de Portos da Presidência da República e a Antaq que, dada a forma escolhida para o arrendamento de terminais portuários, os critérios e regras do edital relativos aos parâmetros de desempenho e operacional dos terminais a serem arrendados não viabilizam, isoladamente, a consecução dos princípios constitucionais e das diretrizes legais, **competindo ao órgão regulador a expedição de regras complementares tendentes ao devido tratamento das internalidades incidentes sobre o arrendamento de terminais portuários, de modo a minimizar o tempo máximo de parada de carga movimentada em área primária do terminal e mecanismos antitruste para o caso de cadeias verticalizadas;***

*9.4. dar ciência à Secretaria de Portos e à Antaq do recomendável desenvolvimento de critérios, em especial: **tarifa-meta a ser utilizada pela Antaq como mecanismo gerencial de monitoramento e consecução de preços compatíveis com o mercado internacional; tempo-meta de espera de embarcações na área de fundeio, ou de caminhões em retro-áreas ou rodovias, para o início das operações de carregamento/descarregamento; eficiência-meta do arrendatário no embarque/desembarque de cargas; satisfação-meta dos usuários dos terminais arrendados**”.*

12. Neste contexto, discordo, igualmente, do argumento do eminente ministro revisor de que:

“A questão que não foi tratada adequadamente no presente processo diz respeito à possibilidade de o Município de Santos, por meio de leis de zoneamento urbano, afetar, restringir ou limitar bens e atividades titularizadas pela União, afetadas à prestação de serviço público e em relação às quais a competência legislativa é privativa da União”.

13. Permissa vênia, recorro a precedente jurisprudencial constante do voto revisor apenas para perscrutá-lo sob ponto de vista distinto, aquele que enfatiza a posição da União frente à atuação municipal de ordenamento do uso e ocupação do solo no seu território (decisão do TJPR, na Apelação Cível nº 106339-2):

“(...) é bem verdade que a União deve obediência às normas locais de limitação administrativa, no que tange ao plano diretor do município, devendo se comportar, nesse aspecto, como qualquer particular. Assim, deverá observar as restrições quanto a altura dos prédios, recuos, dimensões mínimas das edificações, etc. Mas, por outro lado, o Município não pode interferir sobre serviços desenvolvidos pela União, pois nesse caso, em havendo interesse público, prevalece o interesse do ente público nacional, em detrimento do periférico local”.

14. E no caso específico, submetido ao descortino desta Corte de Contas, o que temos é a Lei Complementar nº 730/2011 (com a redação dada pela LC nº 813/2013) do Município de Santos, a ordenar o uso e ocupação do solo territorial, inclusive em área na qual se encontra imóvel da União, arrendado à recorrente para a realização de operações portuárias.

15. Relevante lembrar que, no ponto em que a União considerou haver excesso na atuação municipal, por entendê-la invadindo a sua competência constitucional, atuou imediatamente para restabelecer o comando da Carta Maior.

16. Essa é, em última análise, a discussão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF-316), também manejada pelo revisor como fundamento da sua tese de que, no caso destes autos, estaria igualmente a ocorrer violação do preceito fundamental do pacto federativo. Com efeito, discordo do argumento do eminente revisor de que a discussão em ambos os processos (no TCU e no STF) é basicamente a mesma.

17. Naquele feito, a Presidente da República insurge-se contra dispositivos específicos da Lei Complementar municipal, nos seguintes termos:

“Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida cautelar, proposta pela Presidenta da República com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da expressão ‘exceto granel sólido’ constante do art. 17, I, do item IV do Anexo 11, bem como do art. 22, § 3º, III, todos da Lei Complementar 730, de 11 de julho de 2011, do Município de Santos/SP, na redação dada pela Lei municipal 813, de 29/11/2013, por afronta aos preceitos fundamentais contidos nos arts. 1º, caput; 18, caput; 21, XII, f; 22, X; e 60, § 4º, I, da Constituição Federal”.

18. E o Supremo Tribunal Federal referendou a medida liminar deferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski que, na presidência, *“assentou ter o ato impugnado, disciplinando o ordenamento do uso e da ocupação do solo na região insular do Município, excluído da categoria de uso referente às atividades portuárias e retroportuárias as instalações destinadas ao comércio e à armazenagem de graneis sólidos, vindo a definir, assim, quais cargas podem ou não ser escoadas no local. Daí haver concluído pela invasão da competência legislativa da União, a resultar em violação ao pacto federativo. Consignou surtir grave prejuízo econômico a vedação do comércio de granel sólido, presente o perigo na demora a justificar a decisão”.*

19. O ministro Marco Aurélio, relator da matéria em sede de referendo da cautelar, do mesmo modo, considerou que o Município de Santos, por meio da Lei Complementar nº 813/2013, usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o regime dos portos, versada no artigo 22, inciso X, da Constituição Federal.

20. Assim se pronunciou o insigne relator, em voto no qual referendava a liminar concedida:

“Revela-se, a mais não poder, restrição, pelo Município, à atividade portuária consideradas as operações com graneis sólidos, o que apenas poderia ocorrer por previsão do legislador federal ante a interpretação sistemática dos artigos 21, inciso XII, alínea ‘f’, e 22,

inciso X, da Carta de 1988. Trata-se de serviço cuja exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, cabe à União, também titular da competência normativa atinente à matéria. A inobservância ou limitação à repartição constitucional de competências legislativas e materiais implica flagrante desprezo à autonomia política e funcional das entidades federativas.

21. Vale dizer que, segundo o STF, o Município de Santos invadiu a competência da União estabelecida pelos artigos 21, inciso XII, alínea “F”, e 22, inciso X, da Carta de 1988, quando legislou sobre operação portuária, especificamente quando excluiu da categoria de uso referente às atividades portuárias e retroportuárias as instalações destinadas ao comércio e armazenagem de granéis sólidos. Isso porque cabe à União definir quais cargas podem ou não ser escoadas nessas áreas.

22. Tal juízo, entretanto, não nos permite, quero crer, estender indistintamente a compreensão proferida pela Suprema Corte aos demais dispositivos da lei municipal em discussão, como intenta o nobre revisor.

23. É o que posso depreender do voto revisor, quando questiona a possibilidade de o município negar expedição de licença para ampliação e construção em razão do uso desconforme. Segundo afirma, eventual recusa de licença implicaria afronta às competências da União, bem como ao direito de propriedade uma vez que traria limitação que impossibilita o uso do imóvel nos serviços públicos para os quais foram regularmente construídos, tornando-os inúteis para aquela atividade.

24. Não vejo o dispositivo dessa forma, por considerar que haja a norma operado em seu caráter abstrato, como é típico das leis. Vislumbro que o comando legislativo municipal questionado pautou-se por conferir segurança jurídica aos atuais ocupantes das áreas inseridas no novo zoneamento, conforme já registrara o parecer final da Serur, que reitero:

“19. Ademais, é possível afirmar que o legislador pretendeu não apenas observar a segurança jurídica dos atuais ocupantes das áreas (em caso, terreno da União), mas preservar suas atividades (como o stand de tiros, o pátio de ônibus, etc). Tal como consta no item 2 do Relatório do Acórdão 1.218/2014 – Plenário, a Prefeitura de Santos afirmou ser lícita a manutenção das atividades desenvolvidas pela recorrente. Ora, vinculando o legislador a continuidade da operação à licença, e não ao prazo de contrato de concessão, não se pode ver o prolongamento de operação como ofensa à norma.”

25. A particularidade de naquela área encontrar-se imóvel de propriedade da União, utilizado para finalidade específica de operação portuária deveria ser examinada pelo intérprete da norma, como afinal o fez a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) ao veicular a resolução Antaq nº 2.399/2012, autorizando a celebração do contrato de arrendamento entre a Codesp e a Transbrasa pelo prazo de dez anos, por inexigibilidade de licitação.

26. Iguamente o faz o Tribunal de Contas da União quando autoriza o prazo do novo contrato, impossibilitando a sua renovação.

27. Nesse ponto, rememoro que tal ato administrativo operou-se, conforme demonstrado nos autos, por consenso dos gestores públicos intervenientes no processo, a saber: Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR (peça 54), Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq (peça 1, fl. 25) e Companhia Docas do Estado de São Paulo – Codesp (peça 1, fl. 107). Pronunciou-se, também, a Prefeitura Municipal de Santos (peça 1, fls. 12/13).

28. Assim, no caso destes autos, não identifico questão potencialmente geradora de conflito no pacto federativo, como aduz o douto revisor. Não percebo esse conflito seja do ponto de vista jurídico ou do ponto de vista factual. Afinal, sobre essa questão, não houve divergência entre o município e a União que, como vimos, interagiram na interpretação da norma para dar forma ao ato administrativo de que se cuida.

29. Aliás, consta dos autos (peça nº 54), declaração da Secretaria de Portos da Presidência da República, na condição de poder concedente dos serviços portuários, dando conta da importância da manutenção da operação na área em questão para os serviços portuários brasileiro.

30. Por último, discorro sobre a razoabilidade da proposta que submeti a este Colegiado e para isso recorro mais uma vez a elementos que nos oferece o titular da Serur, ao se reportar ao voto condutor do Acórdão nº 1.514/2013-TCU-Plenário, quando se pondera o dever de licitar à luz dos princípios da ordem econômica:

“8. Reconheço que esses cuidados são pouco utilizados na prática do direito administrativo brasileiro. Vasco Pereira da Silva, consagrado autor português do referido ramo do Direito, nos fala da necessidade de uma psicanálise cultural do Direito Administrativo, capaz de superar os traumas do passado e lidar com as realidades e desafios do presente. Dito de outra forma, estamos no fim da era de um direito administrativo estatal para um direito administrativo de governança (in Passeando pela Europa do Direito Administrativo. Revista da PGM, nº 21, Porto Alegre, 2007, p. 300) ou Administração Infraestrutural do Estado Pós-Social, acepção de Heiko Faber (Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, 1989, p. 291). A compulsão de ter a licitação como um fim em si, equiparado aos demais princípios constitucionais substantivos, deverá ser substituída pela concepção instrumental de ver a licitação tão somente como meio, entre tantos outros, de administrar a infraestrutura nacional para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Enfim, onde houver possibilidade de licitar que se faça. Por outro lado, devem ser dados espaços discricionários à Administração quando exigidos pela governança ou pelas próprias condições intrínsecas da atividade e pelos caminhos mais eficientes e eficazes conduzidos pela realidade. O que se requer é a implementação do controle por princípios e pela razoabilidade”.

31. Nessa seara, temos outros exemplos paradigmáticos, talvez o mais emblemático deles uma decisão recente desta Corte, lembrada na sessão pretérita em que iniciamos a discussão deste processo, quando o Tribunal autorizou a renovação das concessões do setor elétrico, dispensada a realização de novas licitações, essencialmente em virtude da dramática situação econômica por que passa o país.

32. Naquela ocasião, ao relatar o Acórdão nº 2.553/2015-TCU-Plenário o Ministro José Múcio em voto corajoso e pragmático, disse com todas as letras: *“A realização da licitação de todas as concessões na atual conjuntura econômica e política traz riscos significativamente maiores à continuidade dos serviços e à própria segurança energética do que a opção pela prorrogação”.*

33. **Mutatis mutandis**, vejo algo similar nesse feito. Afinal, nessa quadra da vida nacional, com graves dificuldades econômicas, políticas e sociais, de extremas dificuldades de realização de investimentos, a manutenção da decisão desta Corte nos termos originais, pode trazer maiores riscos à continuidade e à qualidade dos serviços públicos que se pretende preservar do que aquela inserida na proposta que ora submeto ao Plenário.

34. Isto porque, conforme alega o recorrente, o prazo de cinco anos, ou de dez anos, não são prazos próprios para empreendimentos no segmento de exploração da área portuária, como de resto vem sendo consignado nas últimas leis de regulamentação cujos prazos de concessões e arrendamentos vêm sendo estabelecidos na ordem de vinte e cinco anos, não podendo superar os cinquenta anos.

35. Por fim, relembro que, como dito no voto original, a perspectiva de se prover o recurso para atribuir prazo de 10 anos ao novo contrato de arrendamento, sem possibilidade de prorrogação, fundou-se em tese igualmente pragmática e igualmente esposada pelo Ministro José Múcio ao relatar o acórdão original:

“19. No tocante ao tempo de vigência a ser adotado, deve-se ter em conta que, para o novo período, a empresa terá que realizar novos investimentos em equipamentos, pois já opera há mais de 20 anos no local, em razão das prorrogações. Além disso, é racionável afirmar que é necessário um lapso temporal adequado para que esses investimentos sejam amortizados. Esse contexto leva-me a concluir ser apropriada a adoção de 10 anos para a validade máxima

da nova avença (mesmo tempo inicial do pacto anterior), caso seja de interesse das partes celebrá-lo.

20. Creio também que um decênio é prazo mais que suficiente para que se logre a desejada solução definitiva da questão. De fato, é inadequada a atual utilização da área em discussão, por estar cercada por residências e em local distante do porto organizado. Em face disso, é indispensável a ação efetiva da SEP/PR – o poder concedente, conforme a nova legislação do setor – na tentativa de localizar novo terreno, próximo às demais instalações do porto, para a continuidade das atividades realizadas pela arrendatária. Essa propriedade poderia ser, por exemplo, pertencente ao município, podendo até haver permuta com o terreno de Jabaquara”.

Estas as razões que me levam a ratificar o voto proferido na sessão de 18/11/2015, mantendo a íntegra da proposta então submetida ao egrégio Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 20 de janeiro de 2016.

Ministro JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Relator

ACÓRDÃO Nº 650/2016 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 027.419/2012-6.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de Reexame (Desestatização)
3. Interessados/Responsáveis/Recorrentes:
 - 3.1. Interessados: Companhia Docas do Estado de São Paulo (44.837.524/0001-07); Transitária Brasileira Ltda. - Transbrasa (45.557.022/0001-95)
 - 3.2. Recorrente: Transitária Brasileira Ltda. — Transbrasa (45.557.022/0001-95).
4. Órgão/Entidade: Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).
5. Relator: Ministro Augusto Nardes.
 - 5.1. Redator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
 - 5.2. Relatora da deliberação recorrida: Ministra Ana Arraes.
6. Representante do Ministério Público: Subprocuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur).
8. Representação legal:
 - 8.1. Amanda Barros Seabra Pereira, Daiane Prates Goulart, Benjamin Caldas Galloti Beserra (OAB/DF 14.967) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos em que se aprecia pedido de reexame interposto contra o Acórdão nº 648/2014-TCU-Plenário, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 48, **caput** e parágrafo único, da Lei nº 8.443, de 1992, conhecer do recurso interposto pela empresa Transitária Brasileira Ltda. – Transbrasa para, no mérito negar-lhe provimento, conferindo-se a seguinte redação ao item 9.1 e seus subitens 9.1.1 e 9.1.2 do Acórdão nº 648/2014-Plenário:

“9.1. dar ciência à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) de que:

9.1.1. a renovação do Contrato de Arrendamento CA 007/91, firmado entre a empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa) e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) contraria o artigo 175 da Constituição Federal de 1988, de forma que novo ajuste somente pode ocorrer após regular certame licitatório de arrendamento portuário ou equivalente;

9.1.2. a SEP/PR, no uso de suas competências previstas no art. 16 da Lei 12.815/2013 e no art. 2º, incisos I e II, do Decreto 8.033/2013 pode, excepcionalmente, prorrogar o Contrato de Arrendamento CA 007/91 pelo prazo estritamente necessário à realização do certame para novo arrendamento portuário;”

9.2. dar ciência desta deliberação à Prefeitura Municipal de Santos, à empresa Transitária Brasileira Ltda. (Transbrasa), à Companhia Docas de São Paulo (Codesp), à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR);

9.3 determinar à Unidade Técnica que realize o monitoramento da presente decisão, fiscalizando a adoção das medidas necessárias à realização da licitação da área portuária, representando ao relator sobre qualquer recalcitrância por parte dos órgãos competentes para realizar a licitação;

9.4. encaminhar cópia ao Ministério Público Federal para conhecimento;

9.5. restituir o processo à SeinfraHidroferrovia para as providências a seu cargo.

10. Ata nº 9/2016 – Plenário.
11. Data da Sessão: 23/3/2016 – Ordinária.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0650-09/16-P.
13. Especificação do quorum:
 - 13.1. Ministros presentes: Benjamin Zymler (na Presidência), Walton Alencar Rodrigues (1º Revisor), Augusto Nardes (Relator), Raimundo Carreiro (2º Revisor) e Vital do Rêgo.
 - 13.2. Ministros com voto vencido: Augusto Nardes (Relator) e Raimundo Carreiro (2º Revisor).
 - 13.3. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.4. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
na Presidência

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Revisor

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral, em exercício