

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 024.631/2016-7 [Aposos: TC 025.479/2016-4, TC 035.163/2017-8, TC 027.222/2017-9, TC 020.588/2017-8 e TC 025.989/2017-0]

Natureza: Representação.

Unidades: Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp, Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.

Interessada: Libra Terminais S.A. (CNPJ 33.813.452/0001-41).

Representação legal: Carlos Antônio Vieira Fernandes Filho (OAB/DF 34.472) e outros representando a Libra Terminais S.A.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. IRREGULARIDADES NA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE CONCESSÃO PORTUÁRIA. OITIVAS. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS. DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE LIMITAR A VIGÊNCIA DO ADITIVO DE PRORROGAÇÃO. DETERMINAÇÃO PARA QUE SE REALIZE NOVA LICITAÇÃO. FORMAÇÃO DE APARTADO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES. RECOMENDAÇÃO. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório, de início, a instrução de mérito elaborada em pareceres uniformes na Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária - SeinfraPortoFerrovia (peças 48-50):

“INTRODUÇÃO

1. Cuidam os autos de representação formulada pela equipe de auditoria definida na Portaria de Fiscalização 760/2016 (peça 12), referente à auditoria de conformidade do TC 012.558/2016-8, com fundamento no inciso V do art. 237 do Regimento Interno do TCU, a respeito de indícios de irregularidades identificados na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, por meio do seu Segundo Termo Aditivo (peça 1), firmado entre a União, por intermédio da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), e a empresa Libra Terminais S.A. (CNPJ 33.813.452/0001-41), com interveniência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) e da empresa Libra Terminal 35 S.A.

2. Salienta-se que, nos termos da Medida Provisória 726/2016, houve a extinção da SEP/PR, tendo sido suas competências transferidas ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA). Desse modo, eventuais remissões que sejam feitas à extinta SEP/PR se aplicarão, atualmente, ao MTPA.

HISTÓRICO

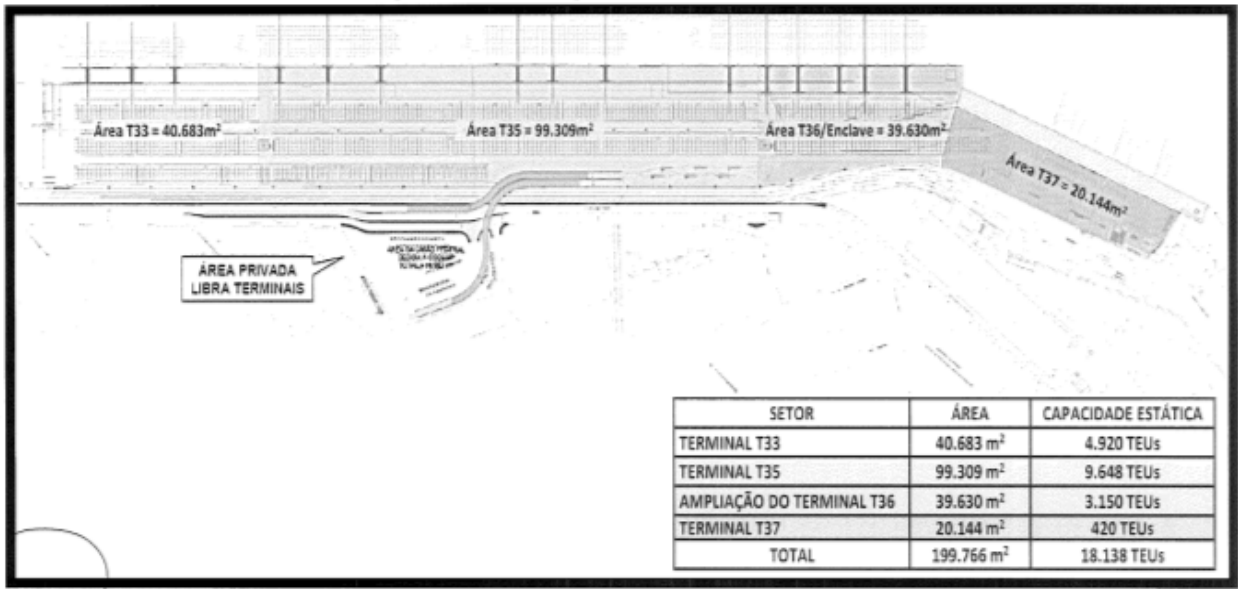
3. Foi realizada por esta Unidade Técnica, em 2016, Auditoria de Conformidade (TC 012.558/2016-8) com o objetivo de examinar e avaliar os atos e procedimentos adotados pela extinta SEP/PR, pela Antaq e pelas Autoridades Portuárias para a prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários, à luz da novel Lei 12.815/2013, marco legal do setor portuário. À época da realização do citado trabalho, nove termos aditivos de prorrogação antecipada já haviam sido firmados.

4. No âmbito da fiscalização foram solicitados documentos referentes a alguns desses contratos renovados antecipadamente. Dentre eles, encontra-se o Contrato PRES 32/98, cujo segundo termo aditivo de prorrogação é objeto da presente representação.

5. O Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 foi firmado em 2/9/2015, entre a União, por intermédio da SEP/PR, e a empresa Libra Terminais S.A., com interveniência da Antaq, da Codesp e da empresa Libra Terminal 35 S.A.

6. Destaca-se que o que atualmente denomina-se Contrato PRES 32/98 é resultado da unificação de três contratos de arrendamento portuários até então vigentes (peça 1, p. 4): Contrato PRES 32/98 (arrendamento do Terminal 35, cujo vencimento se daria em 25/6/2018), Contrato DP/019.2000 (arrendamento do Terminal 33, cujo vencimento se daria em 16/5/2020) e Contrato PRES 11/95 (arrendamento do Terminal 37, cujo vencimento se daria em 4/9/2015), todos de titularidade do grupo Libra. Além disso, com a prorrogação antecipada do contrato foi viabilizado, também, o adensamento de área localizada entre os terminais 35 e 37 (denominada ‘enclave’). Na imagem a seguir é possível identificar a localização dos três terminais que foram unificados, bem como a área que foi adensada:

Figura 1. Áreas objeto de adensamento do Contrato PRES 32/98



Fonte: Segundo Termo Aditivo, Anexo I (peça 1, p. 16)

7. Desse modo, o atual Contrato PRES 32/98 unificou todas as áreas em apenas uma avença, cujo prazo final foi prorrogado para o dia 4/9/2035 por meio do Segundo Termo Aditivo, assinado em 2/9/2015. A área total do arrendamento após a prorrogação e após a conclusão das obras nas áreas adensadas alcançará 199.766 m² e capacidade estática de 18.138 TEUs, comprovando a relevância do terminal arrendado à Libra Terminais S.A.

8. Pormenorizado, trata o segundo termo aditivo dos seguintes objetos (peça 1, p. 3-4), nos quais se percebe a amplitude da abrangência da prorrogação:

Constitui objeto deste Termo Aditivo:

I. A unificação dos contratos PRES 032/98, DP/019.2000 e PRES 11/95, que passarão a constituir o CONTRATO PRES 032/98, doravante denominado CONTRATO UNIFICADO;

II. A sub-rogação do CONTRATO UNIFICADO;

III. A expansão da área do CONTRATO UNIFICADO;

IV. A prorrogação antecipada do CONTRATO UNIFICADO;

V. A previsão de investimentos;

VI. O ajuste do valor de arrendamento;

VII. A inclusão de direitos e obrigações das partes;

VIII. O ajuste da movimentação mínima contratual;

IX. A inclusão de níveis de serviço;

X. O ajuste do valor do CONTRATO UNIFICADO; e

XI. A inclusão de cláusulas resolutivas.

9. O valor atribuído ao Contrato PRES 32/98, após a prorrogação, a unificação e os respectivos adensamentos, totaliza R\$ 11.594.147.782,65, correspondente ao somatório da receita bruta da arrendatária Libra Terminais S.A. que foi estimado no Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA), aprovado previamente pela Antaq (peça 1, p. 13-14). Vê-se que o volume de recursos envolvidos na prorrogação em análise demonstra a alta materialidade envolvida na presente representação.

10. Por meio de documentos obtidos na Auditoria de Conformidade realizada e de notícias na mídia, verificou-se que, anteriormente à prorrogação contratual, o grupo Libra e a Codesp buscavam, há anos, a solução de controvérsias relacionadas aos contratos de arrendamento firmados. Diversas ações judiciais foram movidas por ambas as partes a fim de se discutir quais seriam os valores devidos pela Libra Terminais S.A. à Codesp, sem que se tenha chegado a um consenso antes da prorrogação antecipada do contrato.

11. Registra-se que a Codesp considerava como devido pela Libra Terminais S.A. para fins de aluguel e de tarifa de movimentação, entre Dezembro/1998 e Setembro/2014, o montante de R\$ 1.138.364.952,31, em valores históricos (peça 2, p. 133). Contudo, nesse mesmo período somente foi depositado pela arrendatária à autoridade portuária o total de R\$ 103.160.215,47 (cerca de 10% do valor que vinha sendo faturado pela Companhia). Nota-se, portanto, que a Codesp considerava como saldo a receber da Libra Terminais S.A. a diferença entre esses dois valores, ou seja, R\$ 1.035.204.736,84, também em valores históricos. Atualizando-se essa dívida e sem considerar eventuais juros de mora, o montante alcança a cifra de R\$ 2,3 bilhões, como se tem noticiado na imprensa (peça 3).

12. Paralelamente a esta discussão, surgiu em 2013, com o advento da Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), o instituto da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamentos portuários, o que levou a Libra Terminais a realizar tal pedido, incluindo, nas discussões do termo aditivo a ser firmado, a decisão acerca dos valores contratuais ainda em análise, que seriam definidos por meio de arbitragem, como será mostrado posteriormente nesta instrução.

13. O mecanismo da prorrogação antecipada de contratos de arrendamento foi assim definido pela Lei 12.815/2013:

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

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

14. Pela leitura do artigo é possível notar que os titulares de contratos de arrendamento firmados sob a égide da legislação anterior (Lei 8.630/1993) podem solicitar sua prorrogação antecipada, que será analisada somente se o contrato possuir previsão expressa de renovação ainda não realizada e for aceita expressamente a obrigação de se realizar novos investimentos. Frisa-se aqui que mesmo que obedecidos tais critérios, a decisão de prorrogar antecipadamente um contrato de arrendamento é discricionária e está a critério do poder concedente.

15. Destaca-se, ainda, outro importante requisito que deve ser obrigatoriamente obedecido para que haja a prorrogação antecipada de um contrato de arrendamento. Segundo a Lei 12.815/2013:

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o *caput*, poderá ser utilizada a **arbitragem**, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. (grifo nosso)

16. Portanto, as arrendatárias que não tenham cumprido obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, não podem ter seu contrato prorrogado antecipadamente. Litígios que envolvam esse tipo de débito, por sua vez, podem ser dirimidos com o uso da arbitragem. Para regulamentar o §1º do artigo 62, foi editado o Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, que traz os dispositivos aplicáveis ao instituto da arbitragem nesse tipo de lide, com base na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996).

17. Os Contratos PRES 32/98 (arrendamento do Terminal 35), DP/019.2000 (arrendamento do Terminal 33) e PRES 11/95 (arrendamento do Terminal 37), todos de titularidade do grupo Libra, contavam com a cláusula de renovação ainda não realizada. Desse modo, foi elaborado Plano de Investimentos no qual estavam descritos os investimentos pretendidos, a capacidade e o desempenho esperados, tendo sido solicitado pela arrendatária que os três contratos fossem unificados. De acordo com o pedido, o contrato unificado, que passaria a ser denominado Contrato PRES 32/98, ficaria sob titularidade da empresa Libra Terminais S.A. e seria prorrogado antecipadamente.

18. A prorrogação valeria a partir do final do contrato mais antigo dentre os três que foram consolidados, a saber o Contrato PRES 11/95, de 4/9/1995, e a duração da prorrogação seria de vinte anos, que se constituiu

no mesmo prazo do contrato original. Essa metodologia se coadunou com a resposta dada pelo TCU, por meio do Acórdão 774/2016-TCU-Plenário, à consulta formulada nos autos do TC 021.919/2015-1, pelo Exmo. Sr. Edinho Araújo, na oportunidade Ministro-Chefe da SEP/PR, acerca de dúvidas suscitadas na aplicação de dispositivos legais e regulamentares no tocante à unificação de contratos de arrendamento portuário.

19. Um dos primeiros aspectos a ser analisado quando é protocolado um pedido de prorrogação antecipada diz respeito ao cumprimento das obrigações contratuais vigentes. Essa verificação é de competência das Autoridades Portuárias e ocorre antes da análise do Plano de Investimentos pelo poder concedente. Segundo a Portaria-SEP 349/2014, compete às autoridades portuárias aferir esse cumprimento mediante relatório circunstanciado.

20. O artigo 8º da citada portaria define quais são os aspectos que devem ser analisados para que a autoridade portuária ateste o cumprimento das obrigações contratuais vigentes:

Art. 8º O cumprimento das obrigações contratuais vigentes será atestado por meio de relatório circunstanciado elaborado pela Autoridade Portuária, o qual analisará, entre outros aspectos e, no que couber, informações relativas:

I - ao atendimento dos níveis mínimos de movimentação;

II - aos investimentos obrigatórios;

III - às melhorias implementadas pela arrendatária;

IV - à qualidade e aos parâmetros de desempenho;

V - à adimplência financeira da arrendatária e das pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas ou de controlador comum com a arrendatária perante a Autoridade Portuária;

VI - a penalidades aplicadas;

VII - às obrigações específicas relacionadas à prorrogação do contrato; e

VIII - à manutenção das condições de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômica e regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista. (grifo nosso)

21. Vê-se que um dos aspectos primordiais que deve ser analisado é a adimplência financeira da arrendatária perante a autoridade portuária. Essa análise adquire grande relevância por estar diretamente relacionada ao artigo 62 da Lei 12.815/2013, que impossibilita a prorrogação de contratos de arrendatárias que se encontrem inadimplentes perante a administração do porto, assim declarado em decisão final.

22. No caso específico do pedido do grupo Libra, a análise de sua adimplência financeira foi feita pela Codesp através de relatório circunstanciado (peça 4).

23. Nesse documento foi destacado pela Companhia que existiam valores contratuais que não estavam sendo pagos integralmente pela arrendatária. Tais valores eram, à época, objeto de diversas ações judiciais. Porém, como nenhuma dessas ações ainda possuía decisão transitada em julgado, a Codesp considerou que a adimplência financeira da arrendatária poderia ser atestada. Foi destacado que esse ateste estava sendo dado 'caso ocorra juízo arbitral'.

24. Considerando tais premissas, a Codesp concluiu, em seu relatório circunstanciado (peça 4, p. 35), que 'ressalvadas as questões que estão motivando o juízo arbitral, consideramos atendidas as condições relativas ao Artigo 8º da Portaria nº 349, de 30-09-2014, da SEP'.

25. Após a manifestação da Codesp, coube à SEP/PR analisar o Plano de Investimentos apresentado pelo grupo Libra e verificar se era conveniente e oportuno dar prosseguimento à análise do pedido de prorrogação antecipada.

26. Nessa análise, a área técnica da SEP/PR reconheceu (peça 5, p. 9) a existência de diversas ações judiciais entre a Libra Terminal 35 S.A. e a Codesp. À época, a possibilidade de submeter as referidas ações judiciais a um juízo arbitral havia sido analisada pela Codesp, que concordou, por meio da Decisão DIREXE 381/2014 (peça 6, p. 3) em buscar solução para tais pendências por meio do instituto da arbitragem, definida nos termos da Lei 9.307/1996.

27. Segundo a própria área técnica da SEP/PR (peça 6, p. 4-20), a arrendatária não vinha pagando o valor de arrendamento contratualmente estabelecido sob as alegações de que teria sido disponibilizada área de arrendamento menor do que a licitada, não teria havido reposicionamento da linha férrea que cruzava a área e, ainda, em razão de divergências a respeito do calado previsto para operação do terminal.

28. Mesmo assim, a área técnica da SEP/PR concluiu não haver óbices à continuidade da análise e aprovação do Plano de Investimentos antes da instituição de juízo arbitral e que a arrendatária havia

cumprido os requisitos de admissibilidade para prorrogação antecipada. Foi destacado posteriormente pela consultoria jurídica do órgão (peça 5, p. 60) que a análise do pedido de prorrogação poderia ter continuidade, mas que **a efetiva prorrogação do contrato dependeria do pagamento do débito pela Libra Terminais S.A. ou, caso instituído procedimento arbitral, o cumprimento dos requisitos exigidos estabelecidos no artigo 13 do Decreto 8.465/2015** (que serão detalhados posteriormente nesta instrução).

29. O entendimento da área técnica foi seguido pelo Ministro da SEP/PR que, por meio da Portaria SEP 271/2015 (peça 5, p. 73), aprovou o Plano de Investimentos apresentado pelo grupo Libra. Em seguida, o processo foi encaminhado à Antaq para que esta analisasse o EVTEA correspondente aos investimentos que seriam realizados após a prorrogação do contrato.

30. Apesar da recomendação dos técnicos da Antaq (peça 7, p. 115) e da Procuradoria da Agência (peça 8, p. 53) de reprovarem o EVTEA apresentado em razão de inconsistências nos investimentos e fluxo de caixa constantes do estudo, da ausência de análise sobre a área contígua aos terminais a ser adensada e de necessidades de incorporação de alterações na minuta do termo aditivo, a Diretoria da Antaq aprovou os estudos através da Resolução-Antaq 4.304/2015, de 24/8/2015 (peça 9, p. 83).

31. A argumentação utilizada no voto que subsidiou a citada aprovação foi, resumidamente, a de que a Libra Terminais, a SEP/PR, a Antaq e a Codesp resolveram transacionar as questões de inadimplemento de obrigações e descumprimento de responsabilidades, encerrando os processos judiciais relativos aos três contratos de arrendamento sob gestão do grupo Libra, com base no §1º do art. 1º da Lei 9.307/1996, com a redação dada pela Lei 13.129/2015, c/c §1º do art. 62 da Lei 12.815/2013 c/c art. 13 do Decreto 8.465/2015 c/c Termo de Compromisso Arbitral estabelecido entre as partes.

32. Após a aprovação do EVTEA pela Antaq, o processo de análise do pedido de prorrogação antecipada foi encaminhado à SEP/PR, para que esta se manifestasse conclusivamente sobre a procedência do pedido. Nove dias depois, em 2/9/2015, foi assinado o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, que unificou os três contratos do grupo Libra, transferiu sua titularidade para a empresa Libra Terminais S.A., adensou área não constante dos contratos originais e prorrogou o contrato unificado por mais 20 anos.

33. Ressalta-se que, como visto anteriormente, dentre os três contratos que foram unificados, o mais antigo deles (Contrato PRES 11/95) havia sido firmado em 4/9/1995 pelo prazo de 20 anos. Vê-se que o termo aditivo que definiu a prorrogação antecipada foi assinado apenas dois dias antes do vencimento de um dos contratos, ou seja, antes que passasse a existir impedimento com relação à unificação das três avenças.

34. Cumpre destacar, ainda, que **na mesma data da assinatura do termo aditivo**, foi firmado entre a União, a Codesp e a Libra Terminal 35 S.A., com interveniência da Antaq, o Termo de Compromisso Arbitral citado anteriormente nesta instrução (peça 10, p. 1-21). Esse termo pôs fim aos processos judiciais que discutiam os valores devidos pelo grupo Libra à Codesp e definiu que essas controvérsias seriam discutidas por meio de arbitragem.

35. Considerando o trâmite acima exposto do processo de análise de prorrogação antecipada solicitada pela Libra Terminais S.A., foram evidenciados por esta unidade técnica os indícios que embasaram a presente representação, divididos em três tópicos: (i) Inexistência de garantias anteriormente à prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98; (ii) Valor da obrigação litigiosa não foi levado em consideração ao se prorrogar o Contrato PRES 32/98; e (iii) Possível descumprimento de cláusula resolutiva do Contrato PRES 32/98.

36. Tendo em vista a necessidade de esclarecimentos acerca dos indícios citados, foram encaminhados ao MTPA e à Codesp os Ofícios 567/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia (peça 17) e 568/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia (peça 18).

37. Em resposta à diligência promovida por esta Secretaria, por meio dos Ofícios 567/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia (peça 17) e 568/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia (peça 18), o MTPA e a Codesp apresentaram os esclarecimentos constantes das peças 21 e 22, respectivamente.

38. Depois de analisadas as respostas às diligências, esta Unidade Técnica propôs a oitiva do MTPA, da empresa Libra Terminais S.A. e da Codesp. Considerando que as respostas aos ofícios em que foram encaminhadas as diligências e as respostas às oitivas se relacionam diretamente, no que se segue serão expostas as conclusões desta unidade técnica e, também, as análises das oitivas.

EXAME TÉCNICO

39. De início serão analisadas as respostas à primeira diligência encaminhada por esta unidade técnica, de modo a retratar a irregularidade que foi objeto de posterior oitiva, para em seguida analisar as respostas às oitivas.

40. Cumpre trazer à instrução a análise acerca dos tópicos 'i' e 'ii' da seção 'Contextualização', constante da resposta à diligência encaminhada ao MTPA, via Ofício 2081/2016/AECI/GM-MT (peça 21, p. 4-8). No citado tópico 'i' ('Localização estratégica do ativo e reordenamento da Ponta da Praia') o MTPA trouxe informações acerca da localização do terminal arrendado à Libra Terminais S.A., situado na margem direita do Porto de Santos e na entrada do canal de acesso ao Porto de Santos. Essa área, segundo o MTPA, está menos sujeita a restrições no calado operacional dos navios e trata-se 'de ativo natural nobre e escasso, que deve ser aproveitado em sua plenitude, sendo uma hipotética interrupção do funcionamento do terminal o maior dos prejuízos possíveis do ponto de vista da política portuária'.

41. Continuou sua resposta dizendo que a então SEP/PR havia definido que a prorrogação antecipada e unificação dos contratos do grupo Libra visava 'dar o maior aproveitamento possível ao ativo, promovendo seu amplo reordenamento'. Tais ações, aliadas a outras tomadas pelo poder concedente, significaram 'ganho de produtividade e capacidade vitais para que o Porto de Santos esteja à altura dos êxitos alcançados pelo agronegócio na produção dos grãos'.

42. De acordo com o Ministério, 'a prorrogação do contrato da Libra tem que ser entendida como parte de uma estratégia de ganho de capacidade e reordenamento da região mais nobre do principal porto brasileiro, com o objetivo exclusivo de potencializar ao máximo a utilização eficiente do ativo escasso de infraestrutura'.

43. Já no tópico 'ii' ('Ganhos operacionais inerentes à unificação contratual') o MTPA informou que a prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98 e a conseqüente unificação das áreas 'traz o terminal de contêineres da Ponta da Praia a uma condição concorrencial razoável para fazer frente aos demais terminais que exploram o porto'. Destacou que para atingir esses ganhos operacionais, o poder concedente teve de atuar para que os prazos dos três contratos que foram unificados se compatibilizassem, expondo o seguinte (peça 21, p. 7):

O Contrato PRES/11.95 (T37) tinha vencimento previsto para 4/9/2015; o Contrato PRES/32.98 (T35), vencimento em 25/6/2018; e, o Contrato DP/019.2000 (T33) vencimento em 16/5/2020. Caso o contrato do T37 viesse a ser encerrado, o objetivo de unificar as áreas, em princípio, não poderia ser alcançado antes, pelo menos, de 2020, tendo que se considerar ainda prazo para realizar, após o vencimento de todos os contratos, a licitação da área (ressalta-se aí o prazo para viabilizar um procedimento licitatório, inclusive considerando a análise do TCU, nos termos da Instrução Normativa 27, que tem sido bastante alongada). E não faria qualquer sentido licitar o T37 isoladamente antes do vencimento dos demais, uma vez que o tamanho e a configuração da área seriam insuficientes para qualquer operação minimamente racional, sendo composto por apenas 33.000 mil m², onde atualmente estão instalações administrativas, e de controle operacional da Libra, além de pequeno pátio de armazenagem de contêineres.

44. O MTPA concluiu esse tópico dizendo que 'ao unificar os três contratos pelo prazo do menor, a SEP/PR vislumbrou abreviar o prazo de uma futura licitação do terminal unificado', 'trazendo a concorrência por área nobre do porto para momento menos distante'. Ainda, reforçou novamente que uma interrupção na operação do terminal, decorrente de eventual inexistência de contrato, elevaria a possibilidade de não recebimento dos valores referentes à controvérsia sobre os pagamentos pregressos de responsabilidade do grupo Libra.

45. Apesar da relevância das informações trazidas pelo MTPA nesses tópicos de sua resposta à primeira diligência, esclarece-se, novamente, que na peça inicial desta representação não se questionou a efetividade e os ganhos operacionais trazidos pela prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98 e pela unificação contratual dos três antigos contratos do grupo Libra.

46. Tomou-se como diretriz para autuação desta representação que a decisão pela prorrogação antecipada e pela unificação contratual era fato consumado e que, por óbvio, visava trazer benefícios para o porto. Todavia, mesmo com todos os ganhos operacionais apresentados pelo MTPA, tomar tal decisão não exime o poder concedente da observância dos normativos e princípios aplicáveis.

47. Conforme será visto nesta instrução, identificou-se descumprimento de normativo na condução do processo de prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98. Tal fato pode, inclusive, se concretizar em uma das principais preocupações trazidas pelo MTPA em sua resposta à diligência e fazer com que haja a interrupção da operação do terminal atualmente operado pela Libra Terminais S.A.

48. Analisadas as considerações iniciais do MTPA expostas na resposta à primeira diligência, passa-se à análise dos pontos diretamente relacionados com os indícios trazidos na peça inicial da representação e à análise das respostas às oitivas.

Descumprimento do Decreto 8.465/2015

49. Neste tópico será feita uma síntese de dois indícios levantados na peça inicial da representação ('Inexistência de garantias anteriormente à prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98' e 'Valor da obrigação litigiosa não foi levado em consideração ao se prorrogar o Contrato PRES 32/98'), bem como serão analisados os argumentos apresentados nas respostas às diligências e demonstrado o descumprimento do Decreto 8.465/2015.

50. Um dos principais requisitos estabelecidos pela Lei 12.815/2013 para a renovação antecipada de contratos é o de que a empresa arrendatária não apresente inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq. Tal dispositivo visa garantir a proteção ao erário para que eventuais prorrogações de contratos de empresas inadimplentes não tragam ainda mais prejuízos aos cofres públicos, *in verbis*:

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

51. No caso específico do grupo Libra as diferenças entre os valores faturados pela Codesp e os valores efetivamente pagos pela empresa entre os anos de 1998 e 2014 adquiriram grandes proporções. Segundo a própria Companhia (peça 2, p. 133), o saldo a receber da arrendatária englobava os seguintes valores históricos:

Tabela 1. Saldo a receber pela Codesp (diferença entre valor faturado e valor efetivamente pago pelo grupo Libra)

ANO	SALDO A RECEBER (em R\$)
1998	97.243,35
1999	19.675.728,68
2000	20.836.212,15
2001	26.556.546,32
2002	29.750.173,71
2003	39.771.932,99
2004	63.925.421,75
2005	57.477.563,42
2006	58.831.103,36
2007	61.947.124,02
2008	70.081.047,02
2009	81.340.128,88
2010	84.206.316,27
2011	93.485.876,43
2012	107.021.855,30
2013	120.407.630,95
Setembro/2014	99.792.832,24
TOTAL	1.035.204.736,84

Fonte: (processo acerca do Termo de Compromisso Arbitral, peça 2, p. 133)

52. Vê-se, portanto, que, segundo a Codesp, a dívida do grupo Libra com a Companhia, em valores históricos, supera o montante de R\$ 1 bilhão. Contudo, apesar de o artigo 62 da Lei dos Portos vedar a prorrogação de contratos cuja arrendatária esteja inadimplente com a autoridade portuária, tal inadimplemento deve estar declarado em 'decisão final'.

53. A dívida do grupo Libra com a Codesp estava sendo discutida em âmbito judicial, por meio de diversas ações movidas por ambas as partes. Tais processos, todavia, não haviam transitado em julgado e,

consequentemente, não continham a ‘decisão final’ a que se refere a Lei 12.815/2013, permitindo, assim, que o contrato fosse prorrogado (todavia, como será visto, tal dispositivo da Lei dos Portos foi regulamentado posteriormente e o decreto regulamentador estabeleceu critérios que deveriam ser obedecidos para que houvesse essa prorrogação).

54. Destaca-se que a Lei 12.815/2013, em seu art. 62, §1º, como visto acima, permite que em litígios relativos a débitos com a autoridade portuária seja utilizado o instituto da arbitragem. Com a proximidade do fim do prazo de um dos contratos que seria unificado ao Contrato PRES 32/98 e considerando essa permissão legal, a SEP/PR e a Codesp decidiram que seria mais viável resolver tais litígios utilizando a arbitragem.

55. Desse modo, foi firmado Termo de Compromisso Arbitral (peça 10, p. 1-21) entre a SEP/PR, a Codesp e a Libra Terminais S.A., com interveniência da Antaq, pondo fim às ações judiciais então abertas e definindo que as controvérsias nelas discutidas passariam a ser tratadas em juízo arbitral. Destaca-se que a partir desse momento passou o poder concedente a se submeter aos ditames específicos da arbitragem, devendo obediência a eles (em especial ao Decreto 8.465/2015, que será explicitado logo abaixo).

56. Conforme consta do Ofício 1.709/2015/SEP/PR, de 26/8/2015 (peça 2, p. 242-243), do Excelentíssimo Ministro da SEP/PR à época, Sr. Edinho Araújo, o objeto da arbitragem trata do seguinte:

Em apertada síntese, a(s) sentença(s) arbitral(is) deverá(ão) necessariamente decidir sobre a ocorrência ou não de inadimplemento das Partes com relação às obrigações previstas no contrato de arrendamento e no Edital, desde a data da licitação que culminou na sua assinatura até a data da sentença arbitral, definindo, inequivocamente, os valores de arrendamento (remuneração por metro quadrado e por movimentação de carga) e o valor de Movimentação Mínima Contratual – MMC.

57. Acerca especificamente da arbitragem, cabe ressaltar que a utilização do instituto deve se dar nos termos da Lei 9.307/1996, que dispõe sobre o tema. Nesse sentido, o §1º do art. 1º do citado normativo conferiu competência aos órgãos e entidades da administração pública para transacionar direitos patrimoniais disponíveis.

58. O §1º do artigo 62 da Lei 12.815/2013, que permitiu que litígios entre arrendatárias e autoridades portuárias fossem resolvidos com o uso da arbitragem, foi regulamentado posteriormente pelo Decreto 8.465/2015 que, por óbvio, não pode inovar matéria estatuída pela Lei 9.307/1996. Tal regulamento confirmou que inadimplência de obrigações contratuais poderiam, de fato, ser discutidas em juízo arbitral e definiu que contratos cujos litígios estivessem pendentes de decisão arbitral poderiam ser prorrogados caso obedecessem a alguns requisitos, quais sejam:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º **Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados**, observados os demais requisitos legais e regulamentares, se caracterizado o interesse público, **desde que**:

I - o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;

II - o contratado tenha pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo caput; e

III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública. (grifos nossos)

59. Assim, o titular do contrato que for prorrogado enquanto o litígio discutido em juízo arbitral estiver pendente de decisão deve obedecer a três requisitos **cumulativos**: (i) ter pago os valores incontroversos à administração pública; (ii) ter pago ou depositado em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro; e (iii) se obrigar a pagar todo o valor que eventualmente venha a ser condenado.

60. Esclarece-se que, conforme exposto na peça inicial desta representação, o inciso III, §1º, artigo 13, do Decreto 8.465/2015 (o terceiro requisito exigido para que o contrato cujos valores estejam em discussão em juízo arbitral seja prorrogado), que exigia que o contratado se obrigasse a pagar o que eventualmente viesse a ser condenado, foi obedecido por meio da inclusão da Cláusula Décima-Terceira no Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 (peça 1, p. 14):

CLÁUSULA DÉCIMA-TERCEIRA – CLÁUSULAS RESOLUTIVAS

(...)

Parágrafo Segundo

Nos termos do inciso III do §1º e do §10 do art. 13 do Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, caso a ARRENDATÁRIA venha a ser condenada, na arbitragem decorrente do COMPROMISSO de que trata o item 16 do preâmbulo deste Termo Aditivo, a pagar alguma quantia em favor da União ou da CODESP, **ficará obrigada a pagar todo o valor nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva**, sob pena de extinção do presente Termo Aditivo. (grifo nosso)

61. Porém, na peça inicial da representação levantou-se a hipótese de que os incisos I e II, §1º, artigo 13, do Decreto 8.465/2015 (primeiro e segundo requisitos) poderiam não ter sido obedecidos ao se prorrogar antecipadamente o Contrato PRES 32/98.

62. Com relação ao inciso I, §1º, artigo 13, do Decreto 8.465/2015 (primeiro requisito), que exigia que o contratado tivesse pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública, assim se manifestou o MTPA na resposta à primeira diligência (peça 21, p. 10):

Em relação ao disposto no inciso 'I', cumpre esclarecer que, à época de celebração do TCA, **todos os valores incontroversos devidos à administração pública foram pagos, no âmbito de uma das diversas ações judiciais então em curso**, conforme registrado no preâmbulo:

19 - CONSIDERANDO que a LIBRA 35 tem pago integralmente os valores incontroversos devidos à Administração Pública e que estará obrigada a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenada a pagar em favor da Administração Pública, com observância do disposto no inciso III do §1º e no §10 do art. 13 do Decreto nº 8.465/2015. (grifos nossos)

63. Vê-se, então, que o preâmbulo do Termo de Compromisso Arbitral deixou registrado que o grupo Libra vinha pagando os valores incontroversos devidos à Administração. Assim, o primeiro e o terceiro requisito exigidos para a prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, cujo litígio estava pendente de decisão arbitral, nos termos do §1º, artigo 13, do Decreto 8.465/2015, foram cumpridos. Contudo, conforme será visto, está-se diante de descumprimento do segundo requisito exigido pelo regulamento.

64. O inciso II, §1º, artigo 13, do Decreto 8.465/2015, dispõe que contratos com litígios ainda pendentes de decisão arbitral podem ser prorrogados desde que o contratado tenha pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo *caput* do artigo. Tal *caput* determina que, quando necessário, o árbitro deve estabelecer 'valor provisório para a obrigação litigiosa', que vincula as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

65. Antes de se explicitar o descumprimento desse inciso do decreto, cumpre trazer esclarecimentos acerca do 'valor provisório' que deve ser definido pelos árbitros para que o contrato seja prorrogado. O Decreto 8.465/2015, além do que é citado no segundo requisito, traz outra figura de 'valor provisório', *in verbis*:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

(...)

§ 5º Na hipótese de prorrogação do contrato a que se refere o litígio, o termo aditivo considerará, para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, os valores provisórios estabelecidos pelo árbitro, sem prejuízo de posterior reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da decisão arbitral definitiva.

§ 6º Na situação de que trata o § 5º, caso a decisão arbitral provisória não seja proferida com antecedência mínima de noventa dias em relação ao termo final do contrato, o poder concedente poderá definir valores provisórios no termo aditivo para efeito de definição da equação econômico-financeira referente ao período de prorrogação, que vigorarão até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva, sem prejuízo da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de decisão arbitral definitiva superveniente.

§ 7º Na situação de que trata o § 6º, os valores provisórios serão definidos pelo poder concedente e utilizarão como parâmetro os valores de contratos similares relativos ao mesmo porto ou, se não houver, de outros portos. (grifos nossos)

66. Em síntese, os trechos grifados acima definem outro valor provisório que deve ser definido pelo árbitro: os valores provisórios para definição da equação econômico-financeira do contrato. Esses valores são aqueles que deverão ser pagos pela arrendatária após a prorrogação do contrato, mensalmente, a título de valores de arrendamento, até que haja decisão final da arbitragem. Caso o árbitro não defina o valor

provisório para definição da equação econômico-financeira em até noventa dias antes do termo final do contrato, o decreto autoriza que o poder concedente defina esse valor provisório, utilizando como parâmetro os valores de contratos similares.

67. Têm-se, então, dois valores atualmente em discussão no juízo arbitral: (i) valor da obrigação litigiosa (ou seja, o valor que não foi pago no prazo original do contrato, por divergências entre o grupo Libra e a Codesp); e (ii) valor para definição da equação econômico-financeira do contrato. Como havia discussão entre a Codesp e o grupo Libra sobre qual seria o valor contratual que deveria ser pago pela empresa, essas duas controvérsias serão discutidas por meio da arbitragem (a primeira com relação ao que não foi pago no prazo original do contrato; e a segunda com relação ao que deverá ser pago depois que o contrato foi prorrogado).

68. O entendimento de que há dois valores provisórios é confirmado pelo próprio Decreto 8.465/2015:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

(...)

§ 8º O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º não exclui a obrigação de pagamento ou depósito da **quantia a que se refere o inciso II do § 1º** antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o **valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira** do contrato, nos termos do § 6º. (grifos nossos)

69. Vê-se de forma clara que o regulamento considera que existem dois valores provisórios, pois ele diferencia a quantia a que se refere o inciso II do §1º ('valor provisório da obrigação litigiosa') do 'valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira'.

70. Em resposta à diligência encaminhada, o MTPA ratificou esse entendimento e expôs que (peça 21, p. 13):

É fato que há 'dois' valores: um que alguma das partes será obrigada a pagar por ocasião da decisão arbitral referente ao passado; e outro referente aos valores que estabelecerão o equilíbrio econômico para os anos vindouros. No entanto, apesar de existirem 'dois' valores, os parâmetros que permitirão chegar a esses valores são exatamente os mesmos, ou seja, na realidade há apenas um valor central a ser definido pelo árbitro: qual o montante 'justo' a ser pago pela Libra por contêiner movimentado e por m² de área. Assim sendo, o 'primeiro' dos valores, aquele referente à dívida acumulada por uma das partes em relação ao passado, será obtido através da diferença entre o montante por contêiner e por m² entendido como justo pelo árbitro e o montante por contêiner e por m² efetivamente pago pela Libra ao longo dos anos, aplicado ao número de contêineres, m² e de anos transcorridos desde o início do contrato. Já o 'segundo' valor será tão somente a imputação desses valores entendidos como justos pelo árbitro à equação econômico-financeira do contrato para os anos vindouros. Ou seja, existe apenas um valor que se pretende buscar com o procedimento arbitral: o valor justo por contêiner e por m² que deveria ter sido pago pela Libra - seja ele menor ou maior do que os que foram efetivamente pagos, segundo a decisão do árbitro - ao longo dos anos passados e que deverão ser pagos ao longo dos próximos anos. (grifos nossos)

71. Assim, o MTPA concorda com a existência de dois valores provisórios: o valor da obrigação litigiosa e o valor para definição da equação econômico-financeira do contrato. Apesar de o poder concedente citar em sua resposta que ambos os valores se derivam de 'apenas um valor central a ser definido pelo árbitro', há de se entender que existe uma diferença fulcral entre ambos.

72. O Decreto 8.465/2015 é expresso ao autorizar que o poder concedente estabeleça o valor provisório para definição da equação econômico-financeira, caso o árbitro não faça essa definição provisória com antecedência mínima de noventa dias com relação ao termo final do contrato original (conforme visto no §6º do artigo 13 do regulamento). A SEP/PR definiu esses valores provisórios ao analisar o pedido de prorrogação antecipada e chegou aos seguintes montantes (peça 5, p. 29):

É preciso considerar que a própria Libra propôs no seu Plano de Investimentos os valores de R\$ 31,14 por contêiner e de R\$ 4,19/m² por mês (data-base Junho/2014), que superam os valores apresentados pela Codesp, relativos a terminais congêneres. Portanto, entende-se que devem ser adotados, para o contrato unificado, esses valores propostos pela Libra como provisórios, os quais, na data-base de junho de 2015, corrigidos pelo IGP-M (fls. 931-932), correspondem a:

- Fixo – R\$ 4,39/m².mês (data-base junho/2015)
- Variável – R\$ 32,64/contêiner (data-base junho/2015)

73. Todavia, o regulamento só permite que o poder concedente faça as vezes do árbitro no caso do valor provisório para definição da equação econômico-financeira. Não há autorização do Decreto 8.465/2015 para que o poder concedente defina o valor provisório da obrigação litigiosa quando o árbitro assim não o fizer.

74. Na peça inicial da representação esta unidade técnica havia entendido que o poder concedente poderia ter definido o valor provisório da obrigação litigiosa, considerando que na data da prorrogação do Contrato PRES 32/98 essa definição provisória não havia sido feita pelo árbitro. Contudo, o MTPA discordou desse entendimento (peça 21, p. 14):

Eventuais valores provisórios para a obrigação litigiosa, conforme disposto no art. 13, II, do Decreto nº 8.465/2015, **poderão ser estabelecidos**, quando necessária a sua fixação, **pelo(s) árbitro(s) instituído(s) pelas partes no procedimento arbitral**. Uma vez assinado o TCA, inicia-se nova etapa do processo, a ser conduzida pela instituição arbitral bem como pelos árbitros designados pelas partes. Entende-se que é nessa etapa que devem ser fixados os valores aos quais se refere o do art. 13, II, do Decreto nº 8.465/2015, já que esse dispositivo se refere a uma decisão a ser tomada pelo árbitro, vinculando as partes até a decisão arbitral definitiva. **Trata-se, assim, de uma decisão a ser tomada em âmbito arbitral, e não administrativo.** (grifos nossos)

75. Ainda em sua resposta, o Ministério expôs que (peça 21, p. 15):

Refuta-se veementemente, portanto, a alegação contida no item 77 do Ofício 0567/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia:

Como o Decreto 8.465/2015 autoriza o poder concedente a definir valores provisórios para a definição da equação econômico-financeira, entende-se que ele também possui competência para definir um valor provisório para a obrigação litigiosa. [excerto da peça inicial desta representação]

Trata-se de uma única definição: valores provisórios para equação econômico-financeira e para a obrigação litigiosa são indissociáveis, por este ser resultado daquele. **Assim, restava ao poder concedente apenas a alternativa de estabelecer os valores provisórios com base na metodologia determinada pelo §7º do art. 13 do Decreto 8.465/2015.** (grifos nossos)

76. Esta Unidade Técnica concordou com os argumentos apresentados pelo MTPA de que não cabia ao poder concedente definir o valor provisório da obrigação litigiosa, pois, de fato, o Decreto 8.465/2015 autoriza que o poder concedente faça as vezes do árbitro somente quando se trata do valor provisório para definição da equação econômico-financeira, devendo utilizar como parâmetro contratos similares do mesmo porto.

77. Assim como afirmado pelo Ministério (peça 21, p. 14), ‘a única alternativa à disposição da SEP/PR era cumprir estritamente o disposto no Decreto 8.465/2015 e fixar, provisoriamente, valores por contêiner e por m² inspirados em contratos similares do porto. Caso fixasse valores diversos desses, a SEP/PR estaria, além de descumprir o referido Decreto, imiscuindo-se na seara decisória da corte arbitral’.

78. Porém, aqui chega-se ao descumprimento do Decreto 8.465/2015, cabendo trazer a íntegra do §1º de seu artigo 13 novamente:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º **Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados**, observados os demais requisitos legais e regulamentares, se caracterizado o interesse público, **desde que**:

I - o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;

II - **o contratado tenha pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo caput**; e

III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública. (grifos nossos)

79. Vê-se que o cumprimento do segundo requisito era condição obrigatória para que o Contrato PRES 32/98 fosse prorrogado. Assim, obrigatoriamente deveria o contratado ter pago ou depositado em juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro.

80. Outro dispositivo do Decreto 8.465/2015 ratifica esse entendimento:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

(...)

§ 8º O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º não exclui a obrigação de pagamento ou depósito da quantia a que se refere o inciso II do § 1º antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, nos termos do § 6º. (grifos nossos)

81. Portanto, o regulamento foi ainda mais claro no §8º do art. 13 quanto à obrigatoriedade de pagamento ou de depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação.

82. Entretanto, neste ponto cabe ressaltar que, conforme exposto nesta instrução, o Termo de Compromisso Arbitral e o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 (que prorrogou antecipadamente o contrato) **foram assinados na mesma data**. Dessa forma, seria impossível que o inciso II, §1º, do artigo 13 do Decreto 8.465/2015 tivesse sido cumprido. Não há como se pensar que em um mesmo dia seria possível que se definisse um árbitro, que este estabelecesse o valor provisório para a obrigação litigiosa, que a Libra Terminais S.A. fizesse o pagamento ou o depósito em juízo desse valor provisório e que o contrato fosse prorrogado logo em seguida.

83. Também não poderia o poder concedente ter atuado previamente à prorrogação, feito as vezes do árbitro e definido o valor provisório da obrigação litigiosa, pois, conforme demonstrado na instrução e ratificado pelo MTPA, essa definição é exclusiva do árbitro e não há autorização do decreto para que o poder concedente atue nessa hipótese.

84. Conclui-se, então, que o Contrato PRES 32/98 foi prorrogado antecipadamente sem que o contratado tivesse pago ou depositado em juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro, eivando-o de vício e demonstrando descumprimento do Decreto 8.465/2015.

85. Em sua resposta à diligência e mesmo não tendo sido questionado acerca da legalidade de se assinar o Termo de Compromisso Arbitral e prorrogar o contrato na mesma data, o MTPA expôs no tópico 'Legalidade da concomitância entre as assinaturas do aditivo de prorrogação e do termo de compromisso arbitral' (peça 21, p. 8):

Ainda, como será mais bem explicado adiante, a definição de valor provisório pelos árbitros também não seria requisito necessário para a prorrogação. **Tendo em vista que, nos termos expressos do art. 13, §6º, caberá ao poder concedente a fixação do valor provisório**, nas condições descritas (ausência de decisão arbitral provisória com antecedência mínima de noventa dias em relação ao termo final do contrato), o que foi refletido no TCA, inexistindo, assim, prejuízos à Codesp ou à SEP. (grifos nossos)

86. Todavia, ao se manifestar dessa maneira o MTPA entrou em contradição com o restante de sua exposição. Como visto, o Ministério informou que não havia definido o valor provisório da obrigação litigiosa por entender que isso seria competência exclusiva do juízo arbitral (entendimento agora ratificado por esta unidade técnica, considerando que, como informado pelo Ministério, não há autorização do decreto para que o poder concedente faça as vezes do árbitro quando se trata desse valor provisório).

87. No excerto acima reproduzido o MTPA aduz que não é requisito para prorrogação a definição de valor provisório da obrigação litigiosa pelo árbitro. Porém, justificou tal alegação informando que o Decreto 8.465/2015 autoriza que o poder concedente faça as vezes do árbitro e defina o valor provisório para definição da equação econômico-financeira. Assim como exposto nesta instrução e confirmado pelo próprio MTPA, há dois valores provisórios: (i) valor provisório da obrigação litigiosa; e (ii) valor provisório para definição da equação econômico-financeira. Somente este último pode ser definido pelo poder concedente quando o árbitro se quedar silente em até noventa dias antes do fim do prazo contratual.

88. Portanto, enganou-se o Ministério ao informar que a não definição do valor provisório da obrigação litigiosa pelo árbitro foi sanada pela definição provisória, por parte da SEP/PR, do valor provisório para definição da equação econômico-financeira. Trata-se de valores provisórios distintos. Mesmo que ambos derivem de um único 'valor central', como informado pelo MTPA, não pode o poder concedente se imiscuir na competência do juízo arbitral, definindo valor provisório da obrigação litigiosa e exigindo da arrendatária seu pagamento ou depósito em juízo (entendimento este confirmado pelo próprio Ministério, como visto nesta instrução).

89. Além disso, o argumento de que inexistem prejuízos à Codesp ou à SEP/PR não merece prosperar. A exigência feita pelo inciso II, §1º, artigo 13, do Decreto 8.465/2015 não se limita somente à definição do valor provisório pelo árbitro. Para que o contrato seja prorrogado antecipadamente, obrigatoriamente deve ter

sido paga ou depositada em juízo a quantia relativa ao valor provisório da obrigação litigiosa. A partir deste ponto vale destacar a relevância dessa garantia para o erário público e de que forma a sua não prestação pode trazer prejuízos aos órgãos.

90. Na resposta à diligência o MTPA alegou (peça 21, p. 8):

Em razão da enorme complexidade do tema e da mudança recente na legislação do setor portuário (incluindo as publicações recentes da nova Lei dos Portos, Lei 12.815, em 05/06/2013, e do Decreto regulamentador da arbitragem no setor, Decreto 8.465, de 08/06/2015), o tempo necessário ao processo de definição e implementação da melhor solução para o encerramento dos litígios foi naturalmente mais extenso. **Em face desses pressupostos fáticos — complexidade da matéria e novos arcabouços legais —, a conclusão dos procedimentos de arbitragem previstos no Termo de Compromisso Arbitral - TCA, incluindo a nomeação de árbitros e a decisão preliminar sobre o valor provisório, não iria ocorrer cronologicamente antes do encerramento de um dos contratos**, entre Codesp e Libra (impossibilitando a reorganização da Ponta da Praia e os ganhos vultosos de eficiência descritos nos itens (i) e (ii) acima e com potencial prejuízo ao erário, inutilização da área nobre do T-37 e impasse contratual e operacional). (grifos nossos)

91. Nesse trecho de sua resposta o Ministério concordou com o entendimento desta Unidade Técnica de que assinar o Termo de Compromisso Arbitral e a prorrogação do Contrato PRES 32/98 na mesma data impediu que os procedimentos arbitrais exigidos pelo Decreto 8.465/2015 (em especial a definição do valor provisório da obrigação litigiosa pelo árbitro) fossem concluídos. Contudo, o MTPA informou que esperar tais definições do árbitro impossibilitaria a reorganização da Ponta da Praia e os ganhos de eficiência no porto.

92. Conforme já destacado, o fato de a prorrogação contratual e a unificação dos contratos do grupo Libra terem gerado os citados ganhos operacionais **não exime o poder concedente de observar os normativos aplicáveis**. A definição do valor provisório da obrigação litigiosa pelo juízo arbitral e o posterior pagamento ou depósito em juízo por parte da arrendatária não constituem meras formalidades, mas sim importantes garantias à disposição do poder público.

93. Em sua manifestação, o MTPA destacou diversas vezes que a interrupção da operação do terminal seria o pior dos cenários, mas a exigência de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro visa, justamente, evitar a ocorrência dessa hipótese.

94. A existência do inciso II, §1º, artigo 13, no Decreto 8.465/2015 tem como objetivo principal resguardar o erário de eventuais descumprimentos da decisão arbitral definitiva. Apesar de existir certa flexibilidade para viabilizar a prorrogação de contratos com empresas em litígio, não pode o poder concedente desconsiderar a possibilidade de não quitação da dívida, devendo sempre exigir que as garantias estabelecidas no decreto sejam prestadas a contento.

95. O caso concreto desta representação deixa ainda mais claro que a exigência do decreto não se trata apenas de mera formalidade. Trata-se de um contrato que foi renovado antecipadamente com empresa que, segundo o credor (Codesp), possui dívida bilionária. Assim como mostrado na peça inicial desta representação, o montante que a Codesp entende que é devido ultrapassa até mesmo o valor em investimentos que será realizado pela Libra Terminais S.A. nos 20 anos do contrato prorrogado antecipadamente (R\$ 723 milhões).

96. Tal valor também é de extrema relevância para a Codesp. Nas Notas Explicativas às Demonstrações Contábeis do exercício de 2015 (peça 11, p. 11), a Companhia assume que ‘o valor a receber da empresa Libra Terminal 35 S/A corresponde a 93,79% do valor das contas a receber’. Considerando que no Balanço Patrimonial da Codesp nesse mesmo exercício foi definido como ‘contas a receber de clientes, líquidas’ o montante de R\$ 806 milhões (peça 11, p. 1), pode-se afirmar, com base no percentual informado nas Notas Explicativas, que o grupo Libra é devedor de cerca de R\$ 755 milhões à Codesp (o valor difere do R\$ 1 bilhão mostrado na tabela 1 pelo fato de estar incluído no Balanço Patrimonial o montante líquido, ou seja, descontadas as ‘Perdas Estimadas com Créditos de Liquidação Duvidosa’).

97. Procedendo a uma simples análise vertical do Balanço Patrimonial e comparando-se as contas a receber líquidas do grupo Libra com o total do ativo, é possível verificar que a dívida do grupo Libra com a Codesp representa mais de 25% do próprio ativo da Companhia.

98. Por ser um valor tão relevante a ponto de superar até mesmo o compromisso de investimentos que motivou a prorrogação contratual antecipada e representar um quarto do ativo de uma empresa do porte da Codesp, da qual a União é a maior acionista, seria prudente que houvesse, ao menos, uma decisão provisória

do árbitro quanto ao valor da obrigação litigiosa. O pagamento ou o depósito em juízo desse valor provisório diminuiria significativamente os riscos de que, no futuro, eventual débito não seja quitado pela arrendatária. A consideração da mitigação desse risco se torna ainda mais importante no presente ambiente no qual, cabe lembrar, a arrendatária Libra descumpriu os pagamentos estipulados em contrato em dezessete dos dezoito anos de vigência do Contrato PRES 32/98.

99. Em resposta à diligência, o MTPA minimizou a materialidade do valor da dívida da Libra, informando que (peça 21, p. 16) 'tal valor pode ser superior ou inferior ao efetivamente pago ao longo dos anos e envolve tanto a produção de provas técnicas pelas partes como o juízo subjetivo dos árbitros acerca dos alegados inadimplementos de parte a parte e seus efeitos econômicos'.

100. Segundo o Ministério (peça 21, p. 6):

O fato é que, seja qual for o valor estabelecido para a dívida, ele estará necessariamente vinculado aos parâmetros contratuais cobrados por contêiner movimentado e por m² e, assim sendo, pressuporá o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ou seja, para uma dada taxa de retorno, pressupõe-se que o próprio negócio é capaz de arcar com os valores de arrendamento a ele associados, de forma que se o árbitro entender que a Libra pagou menos do que seria devido ao longo dos anos, ela terá auferido renda extraordinária e terá condições de usá-la para ressarcir a Codesp. Isto porque, conforme já salientado ao longo do presente memorando, o valor da dívida não é decorrente de fatores ad hoc, mas sim de um parâmetro contratual que é premissa da própria equação econômico-financeira do contrato.

101. Apesar de esta Unidade Técnica concordar com a informação de que o contrato poderia se equilibrar automaticamente e, caso o árbitro entenda que o valor do arrendamento foi cobrado a menor ou a maior, uma das partes teria aferido lucro extraordinário, vale destacar que a operacionalização do pagamento/recebimento de uma dívida tão vultosa pode não ter esse caráter de simplicidade. Considerando o montante total como o divulgado pela Codesp em seu Balanço Patrimonial de 2015, trata-se de 25% do ativo da Companhia. Já pelo lado da Libra Terminais S.A., trata-se de valor que supera até mesmo os investimentos que serão realizados pela empresa em 20 anos de contrato. De fato, não é possível prever qual será o valor a ser definido em juízo arbitral, mas entende-se que uma eventual condenação integral da arrendatária teria impactos relevantes na execução do contrato.

102. Não há elementos, neste momento, para descartar a hipótese de que a arrendatária poderá ser condenada a quitar toda ou, pelo menos, grande parte da dívida entendida como devida pela Codesp. Ora, se a própria Companhia Docas inseriu em suas demonstrações contábeis publicamente divulgadas que se considera credora desse montante, deve-se considerar que essa hipótese pode vir a se concretizar.

103. Aqui, então, reforça-se ainda mais a relevância da exigência do pagamento ou depósito em juízo do valor provisório definido pelo árbitro. Se é somente o árbitro que pode definir o valor provisório da obrigação litigiosa e essa definição visa justamente resguardar o poder público de eventual não quitação da dívida, não pode o poder concedente abrir mão de garantia tão importante.

104. Questionado acerca dessa possibilidade de que a arrendatária seja condenada a quitar o valor total que a Codesp entende como devido (repete-se: hipótese que não pode ser descartada no atual momento), assim se manifestou o MTPA (peça 21, p. 16-17):

A hipótese elocubrativa de condenação da Libra a pagar a integralidade do valor acumulado não recolhido desde o início da controvérsia teria como pressuposto o entendimento, por parte do árbitro, de que as condições da área arrendada eram aquelas estabelecidas no Edital por parte do Poder Concedente à época da licitação, não procedendo as alegações da arrendatária de ter recebido terminal em condições operacionais distintas das prometidas no momento do certame. Caso isso venha a ser entendido pelo árbitro, **significará que a Libra terá, ao longo da execução de toda o primeiro período contratual, auferido rendas decorrentes de terminal em perfeitas condições operacionais e teria podido, portanto, pagar os referidos montantes tendo preservada a taxa de retomo prevista em edital. Neste cenário; a empresa terá acumulado, ao longo dos quase 18 anos de atividade desde que teve o terminal adjudicado, retomo extraordinário, uma vez que pôde operar terminal em condições operacionais perfeitas e não precisou recolher os valores de arrendamento**, ou seja, performou a taxa de retorno sobre o capital empregado acrescida dos valores que não recolheu aos cofres públicos. **Se assim for, ela terá plenas condições de utilizar os recursos acumulados ao longo dos anos de operação para ressarcir os cofres públicos em caso de condenação integral.** O entendimento deste ponto por parte da Corte de Contas é central para o exame do que trata a Diligência. A origem da controvérsia é justamente a divergência em torno dos

parâmetros técnicos que balizam o estabelecimento das variáveis que estabelecem o equilíbrio do contrato. Caso a área técnica da SEP/PR tivesse a intenção de estabelecer valores provisórios distintos daqueles que são determinados pelo Decreto em seu artigo 13, ela estaria necessariamente entrando no objeto da controvérsia histórica e, portanto, usurpando competência ora atribuída à corte arbitral. (grifos nossos)

105. Em síntese, o entendimento do MTPA é o de que caso a Libra Terminais S.A. seja condenada a quitar a integralidade da dívida entendida como devida pela Codesp, a empresa teria aferido lucros extraordinários durante a vigência do contrato anterior e teria 'plenas condições de utilizar os recursos acumulados ao longo dos anos de operação para ressarcir os cofres públicos em caso de condenação integral'. Contudo, mesmo com esse entendimento, não foi trazida na resposta nenhuma comprovação de que a empresa de fato possuiria saúde financeira para quitar a dívida integral. Repisa-se, mais uma vez, que essa hipótese não pode ser descartada e o pagamento ou o depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa fariam com que os riscos a que pode estar sujeito o erário público se dirimissem.

106. Ainda na resposta à diligência, o MTPA trouxe outro esclarecimento acerca da hipótese de condenação integral da Libra Terminais S.A. (peça 21, p. 17):

Ainda no campo das ilações a respeito de eventual decisão arbitral, outra reflexão se faz pertinente: **ainda que o resultado da arbitragem seja a condenação da Libra a quitar toda a dívida entendida pela Codesp, a probabilidade de que a empresa tenha condições financeiras para fazê-lo é maior no cenário em que ela dispõe do terminal de contêineres prorrogado do que num cenário em que o contrato de arrendamento não tivesse sido prorrogado.** Isto porque a simples aplicação da taxa de retorno aplicável aos estudos de viabilidade do setor, de '8,30%', sobre o valor do contrato, que é o somatório das receitas brutas trazidas a valor presente, chega-se a montante de ordem de grandeza similar ao valor total da dívida entendida pela Codesp, de cerca de R\$ 1 bilhão. **Ou seja, neste cenário, todo o retorno auferido pelo acionista da Libra no segundo período contratual seria revertido para o pagamento da dívida** e o interesse público estaria preservado nas duas pontas: o terminal continuaria operando e teria os investimentos realizados e o retorno que seria auferido pelo acionista seria revertido para o pagamento do montante entendido como devido pelo árbitro. (grifos nossos)

107. Resumidamente, o MTPA informou que caso a Libra Terminais S.A. seja condenada a quitar toda a dívida entendida como devida pela Codesp, os retornos que a empresa aferirá durante o segundo período contratual (pós-prorrogação) poderiam ser utilizados para o pagamento da dívida. Porém, cabe salientar que não pode a arrendatária utilizar todo o período contratual para quitar os valores definitivos que eventualmente venha a ser condenada em juízo arbitral. Aqui cabe trazer novamente o artigo 13 do Decreto 8.465/2015:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados, observados os demais requisitos legais e regulamentares, se caracterizado o interesse público, desde que:

(...)

III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública.

§ 2º O prazo máximo para o pagamento a que se refere o inciso III do § 1º não será superior a cinco anos. (grifo nosso)

108. Portanto, caso condenada, a Libra Terminais S.A. terá o prazo máximo de cinco anos para quitar eventual dívida. Não poderá a empresa utilizar de seu retorno durante toda a execução do contrato prorrogado, como sugerido pelo MTPA, para fazer o pagamento de sua dívida, considerando tal dispositivo do Decreto 8.465/2015. Tal entendimento está, inclusive, expresso no Termo de Compromisso Arbitral assinado pela Libra Terminais S.A. (peça 10, p. 17):

14.1. Caso a sentença arbitral condene a LIBRA 35 (ou quem sucedê-la) ou a CODESP ao pagamento de quantia em dinheiro à outra Parte, o pagamento do respectivo crédito será realizado com juros e correção monetária, **em prazo não inferior a 180 (cento e oitenta) dias e não superior a 5 (cinco) anos, em conformidade com os §§ 2º e 3º do art. 13 do Decreto 8.465/2015**, cabendo aos Árbitros

definir, justificadamente e levando em conta, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o vulto dos valores envolvidos e os instrumentos contratuais, o prazo máximo e a forma de pagamento e atualização do valor de eventual condenação. (grifos nossos)

109. Vê-se, então, que as justificativas trazidas pelo MTPA para tentar mostrar que a Libra Terminais S.A. possui condições de quitar eventual dívida a que venha a ser condenada não se sustentam. O risco de o terminal vir a ter que interromper suas operações (apontado pelo Ministério como determinante para que o contrato fosse prorrogado antecipadamente com a rapidez que o foi) atualmente continua existindo, já que não se sabe se a arrendatária possuirá condições de cumprir a decisão do juízo arbitral.

110. Desse modo, para resguardar o erário público do risco de não quitação de dívida por parte da arrendatária, permitindo que o terminal se mantenha em operação até mesmo nessa hipótese, deveria ter sido obedecido o Decreto 8.465/2015 e sido exigido o pagamento ou o depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro, previamente à prorrogação da avença.

111. Todavia, a manifestação do MTPA na resposta à diligência difere desse entendimento. Segundo o Ministério (peça 21, p. 17):

A decisão de conveniência e oportunidade de prorrogar o contrato não guarda qualquer relação com o estabelecimento, por parte do árbitro, de valores provisórios para a contenda histórica.

Tal decisão está baseada em análise sólida de política pública acerca do planejamento portuário, da continuidade da prestação do serviço e da promoção dos investimentos e no respaldo legal para fazê-lo, constante tanto nas leis e decretos como nos pareceres dos órgãos de assessoramento jurídico das instituições envolvidas. Os valores provisórios que cabiam a esta área técnica propor foram feitos nos termos do Decreto 8.465/2015. Cabe ao árbitro, no âmbito do cotejo das alegações das partes acerca da controvérsia histórica, estabelecer eventuais valores provisórios para a dívida. (grifos nossos)

112. Engana-se o MTPA ao fazer a afirmação do trecho acima grifado. Mesmo que a prorrogação antecipada de contratos de arrendamento portuário seja um ato discricionário, os órgãos envolvidos no processo devem estrita obediência aos normativos aplicáveis. Nem o maior dos ganhos operacionais dá aval ao gestor público para que desobedeça às leis e aos decretos aos quais está sujeito, especialmente quando o que está em risco é a própria prestação do serviço público.

113. É fato que, segundo o Decreto 8.465/2015, é condição obrigatória para a prorrogação antecipada de um contrato de arrendamento cujo litígio esteja pendente de decisão arbitral que o contratado tenha pago ou depositado em juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro. Mesmo que a prorrogação e unificação dos contratos do grupo Libra tenha possibilitado a reorganização da Ponta da Praia e gerado ganhos operacionais, o dispositivo do decreto deve ser obedecido, não podendo ser feita diferenciação a depender do caso e dos benefícios que serão trazidos.

114. Vê-se que o descumprimento do inciso II, §1º, do art. 13 do Decreto 8.465/2015, que motivou a autuação da presente representação, não foi descaracterizado com as primeiras respostas às diligências. Ficou demonstrado que, de fato, o contratado não pagou ou depositou em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa e, portanto, o Contrato PRES 32/98 foi prorrogado em desobediência ao Decreto 8.465/2015.

115. Considerando que o descumprimento do Decreto 8.465/2015 foi demonstrado e que tal fato podia resultar em decisão deste Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em desfavor de interessados, nos termos do art. 250, inciso V, do Regimento Interno do TCU, foi realizada oitiva do MTPA, da Libra Terminais S.A. e da Codesp para que se manifestassem acerca do assunto. Nos tópicos seguintes serão demonstrados os argumentos apresentados pelos três e as respectivas análises.

Resposta à oitiva do MTPA

116. A oitiva ao MTPA foi encaminhada por meio do Ofício 684/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia (peça 28) e recebida pelo Ministério em 9/11/2016 (peça 29). Já a resposta do órgão foi enviada a esta unidade técnica por meio do Ofício 2126/2016/AECI/GM-MT, de 28/11/2016 (peça 33).

117. Juntamente com o citado ofício, o MTPA encaminhou cópia do Memorando 858/2016/DOUP-GC/SEP (peça 33, p. 5), com manifestação da área técnica do órgão, e da Nota 2419/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU (peça 33, p. 7), com manifestação da área jurídica do órgão.

118. A área técnica do MTPA informou que 'já realizou todas as análises que lhe competiam sobre o caso, questionando sempre a Assessoria Jurídica da pasta no que tange aos aspectos eminentemente jurídicos do pedido, inclusive quanto ao cumprimento dos requisitos do §1º, art. 13, do Decreto 8.465/2015'. Completou

informando que ‘todas as ações de cunho jurídico adotadas por esta Secretaria foram subsidiadas pela Assessoria Jurídica’.

119. Em seguida, a área técnica fez remissão ao seguinte trecho do Parecer 313/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU:

Em resumo, caso o valor provisório que foi estabelecido pela Administração Pública com base nos §§6º e 7º do art. 13 do Decreto nº 8.465, de 2013, implicasse a definição de um ‘valor provisório da obrigação litigiosa’ (inciso II do §1º) e essa diferença não tiver sido paga ou depositada em juízo pela arrendatária, a prorrogação realmente terá ocorrido de forma irregular. Nesse caso, entendo que deve ser feito o cálculo da diferença, com os acréscimos correspondentes, e a arrendatária deve ser notificada para pagá-lo ou depositá-lo em juízo, sob pena de invalidação do aditivo de prorrogação. Por outro lado, se o valor provisório fixado pela Administração não for superior ao valor incontroverso, entendo que a ausência de pagamento ou depósito do valor de que trata o inciso II do §1º do art. 13 do Decreto nº 8.465, de 2013, não resultou em qualquer irregularidade, uma vez que tal ‘valor provisório’ estaria integralmente absorvido pelo valor incontroverso que, segundo as informações que constam dos autos, havia sido pago pela arrendatária.

120. Já a área jurídica do MTPA somente informou que já havia se pronunciado sobre a questão e trouxe em sua resposta o mesmo trecho apresentado pela área técnica, acima reproduzido.

121. Novamente traz-se à instrução esclarecimentos sobre o conceito de ‘valor provisório’. O Decreto 8.465/2015 traz duas figuras de valor provisório que não podem ser confundidas entre si.

122. Reforça-se, mais uma vez, que existem dois valores provisórios: (i) o valor provisório para a obrigação litigiosa e (ii) o valor provisório para definição da equação econômico-financeira. Ambos devem ser definidos pelo árbitro, mas o Decreto somente autoriza, em seu art. 13, §6º, que o poder concedente faça as vezes do árbitro quando este não se manifestar quando se tratar do valor provisório para definição da equação econômico-financeira. Conforme exposto na instrução, esse entendimento foi ratificado pelo MTPA nas respostas às diligências.

123. Quando se trata do valor provisório para a obrigação litigiosa, não há autorização normativa para definição do poder concedente caso o árbitro permaneça silente. Tanto não há autorização que o MTPA não fez essa definição, pois, segundo o próprio (peça 21, p. 14), estaria ‘imiscuindo-se na seara decisória da corte arbitral’.

124. A manifestação da área jurídica, acima transcrita, é iniciada com o trecho ‘em resumo, caso o valor provisório que foi estabelecido pela Administração Pública com base nos §§6º e 7º do art. 13 do Decreto 8.465, de 2013, implicasse a definição de um ‘valor provisório da obrigação litigiosa’ (inciso II do §1º)’. Porém, a definição do ‘valor provisório para definição da equação econômico-financeira’ não implica a definição do ‘valor provisório da obrigação litigiosa’. O segundo valor provisório é de definição exclusiva do árbitro e, mesmo que houvesse algum entendimento diverso deste, não foi definido nenhum valor provisório da obrigação litigiosa pelo MTPA, conforme exposto nesta instrução.

125. Por não ter havido definição do valor provisório da obrigação litigiosa pelo árbitro, em obediência ao Decreto 8.465/2015, não foi exigido da empresa Libra Terminais S.A. o pagamento ou o depósito em juízo desse montante. Assim, confirma-se o trecho da manifestação da área jurídica do MTPA que diz que caso ‘essa diferença não tiver sido paga ou depositada em juízo pela arrendatária, a prorrogação realmente terá ocorrido de forma irregular’.

126. A área técnica do MTPA continua sua resposta à oitava informando (peça 33, p. 6):

Com base nessa análise, **considerou-se por bem sugerir à Secretaria de Políticas Portuárias - SPP instar a CODESP a discriminar os valores incontroversos pagos pela arrendatária no âmbito das ações judiciais então em curso, bem como avaliá-los frente ao valor provisório fixado pela Administração Pública a título de arrendamento**, a fim de dirimir qualquer dúvida a respeito da eventual necessidade de se corrigir o valor pago para garantir a regularidade do aditivo contratual. O que foi sugerido por este Departamento por meio do Memorando nº 816/2016/DOUP-GC/SEP, de 04/11/2016. (grifos nossos)

127. Para analisar o argumento apresentado pelo MTPA, será desconsiderado o fato de que a citada diligência do Ministério à Codesp para verificar quais valores já haviam sido pagos pela arrendatária, a fim de dirimir qualquer dúvida a respeito da eventual necessidade de se corrigir esse montante para garantir a regularidade do aditivo contratual, deveria ter sido feita antes mesmo da assinatura do termo que prorrogou antecipadamente o contrato de arrendamento. Vê-se que só será verificado se o valor pago pela arrendatária

foi suficiente para atender o Decreto 8.465/2015 depois de decorridos mais de 12 meses da prorrogação do contrato.

128. O regulamento é claro no sentido de que é condição obrigatória para que haja a prorrogação de um contrato com litígio em discussão em juízo arbitral que tenha havido o pagamento ou o depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa. Não pode o MTPA prorrogar um contrato nessa situação e, somente depois de um ano, verificar se um requisito do normativo foi cumprido.

129. Nada obstante, é possível responder o questionamento que o MTPA se propôs a fazer à Codesp. Por não ter havido definição do valor provisório da obrigação litigiosa pelo árbitro, não houve, obviamente, pagamento ou depósito em juízo de um valor que não foi definido. O próprio MTPA informou (peça 21, p. 10) que ‘em razão da arbitragem não ter sido iniciada, não seria possível, por óbvio, a fixação do valor provisório da obrigação litigiosa pelo árbitro, nos termos literais do dispositivo’.

130. Assim, conclui-se que houve infração ao art. 13, § 1º, inciso II, do Decreto 8.465/2015, por ter sido prorrogado antecipadamente o Contrato PRES 32/98 sem que o contratado tivesse pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro. No próximo tópico serão analisadas as respostas à oitiva da empresa Libra Terminais S.A. e propostos os respectivos encaminhamentos para a irregularidade constatada.

Resposta à oitiva da empresa Libra Terminais S.A.

131. A oitiva à empresa Libra Terminais S.A. foi encaminhada por meio do Ofício 732/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia (peça 31) e recebida pela empresa em 23/11/2016 (peça 34). Após dois pedidos de prorrogação do prazo (peças 38 e 40), a resposta da arrendatária foi enviada a esta Unidade Técnica em 17/1/2017 (peça 46).

132. Após apresentar uma síntese dos fatos, a empresa afirmou em sua resposta que ‘a prévia fixação de valor provisório pelo tribunal arbitral não pode ser considerada como condição necessária à prorrogação em todas as situações’ e que no caso concreto, sequer havia ‘ocorrido a constituição do tribunal arbitral, o qual poderia vir a determinar a fixação de valor provisório, se necessário’.

133. Aqui cumpre enfatizar ponto já tratado nesta instrução. O Decreto 8.465/2015 estabelece como condição obrigatória para a prorrogação de contratos de arrendamento com litígio pendente de decisão arbitral que o contratado tenha pago ou depositado em juízo o valor provisório definido pelo árbitro. Mesmo que essa definição seja feita pelo árbitro apenas quando necessário, ao assinar a prorrogação do Contrato PRES 32/98 e o Termo de Compromisso Arbitral na mesma data, era sabido que era impossível que tivesse havido tal definição e que não havia tempo para que o árbitro nem mesmo definisse se essa definição seria necessária ou não.

134. Assim, tem razão a empresa ao alegar que no caso concreto sequer havia ocorrido a constituição do tribunal arbitral. Porém, tal fato também leva à conclusão de que o Contrato PRES 32/98 foi prorrogado sem que se soubesse se o árbitro considerava necessária ou não a definição de valor provisório e que a condição obrigatória de depósito em juízo ou pagamento desse eventual valor tivesse sido cumprida pela arrendatária. Em parágrafos seguintes desta instrução será demonstrado que a deliberação do árbitro sobre a necessidade ou não de se definir um valor provisório para a obrigação litigiosa deveria ter ocorrido antes da prorrogação, para que o Decreto 8.465/2015 fosse obedecido.

135. A empresa continua sua argumentação expondo que (peça 46, p. 4):

8. Nos termos do caput do artigo 62 da Lei 12.815/93, a prorrogação é possível quando não houver decisão final, o que se dá pelo trânsito em julgado. Tal condição foi plenamente observada no caso concreto, nos termos do item 53 da Instrução da Unidade Técnica. **Mas, por falta de previsão legal, não se pode acrescentar, entre as condições obrigatórias à prorrogação, o início da arbitragem e a deliberação sobre valores provisórios.** Com efeito, se a prorrogação é possível nos casos em que as partes decidem por não realizar a arbitragem, também permanece possível na hipótese — como a do caso concreto — em que a arbitragem foi acordada, mas ainda não se iniciou. (grifos nossos)

136. O mesmo argumento é apresentado nos seguintes trechos da resposta (peça 46, p. 11-12):

30. **O mesmo não se pode dizer sobre eventual exigência da Administração Pública de que, para fins de celebração de compromisso arbitral, o particular esteja obrigado a pagar, ou depositar em juízo, caução em garantia do débito, sem que haja previsão legal nesse sentido.** Ou, pior, no caso, o particular estaria supostamente obrigado a depositar valores quando ele entende ser credor da autoridade portuária, possuindo uma decisão judicial do TRF 3ª Região que lhe autorizava justamente a operar no Terminal 34/35 sem pagar estes pleitos da CODESP.

31. A escolha pela arbitragem em detrimento de uma ação judicial que já esteja em curso deve estar lastreada nas vantagens que tal tipo de solução pode trazer do ponto de vista do interesse público, como celeridade ou expertise técnica do julgador. Nesse sentido dispõe o artigo 9º do Decreto 8.465/2015. O condicionamento da instauração da arbitragem, quando considerada a melhor solução para o interesse público, a um prévio pagamento ou depósito pelo particular de quantia sob judge, sem previsão legal nesse sentido, afronta os princípios que motivaram a evolução da legislação e jurisprudência em sentido contrário à exigência de caução para instaurar controvérsia em face do poder público. (grifos nossos)

137. Nesses trechos, a arrendatária alega que a exigência de que o árbitro tivesse definido o valor provisório não possui previsão legal e que se apenas a Lei 12.815/2013 tivesse sido aplicada, a prorrogação do Contrato PRES 32/98 seria permitida, por não haver decisão final do litígio em que a empresa estava envolvida. Contudo, reforça-se, mais uma vez, que ao decidir por discutir seu litígio em âmbito arbitral, a arrendatária e as demais partes passaram a se submeter aos ditames do Decreto 8.465/2015. Esse normativo foi expresso ao trazer a exigência do art. 13, §1º, inciso II, como de cumprimento obrigatório para a prorrogação do contrato e não poderia ter sido desobedecida por 'falta de previsão legal', pois a arrendatária tinha conhecimento que estava sujeita aos dispositivos desse regulamento.

138. Cabe destacar, ainda, que se tivesse sido aplicada somente a Lei dos Portos, como afirmado pela empresa em sua resposta, não necessariamente estaria garantida a ela a prorrogação antecipada. O art. 57 da Lei 12.815/2013 é claro ao dizer que os contratos que obedecerem a determinados requisitos poderão ter sua renovação antecipada, a critério do poder concedente. Assim, mesmo que o grupo Libra não tivesse passado a se submeter ao Decreto 8.465/2015, poderia o poder concedente estabelecer exigências, considerando que a prorrogação é formalizada a seu critério.

139. A empresa faz remissão, também, à Lei 9.784/1999 e à Súmula 21 do Supremo Tribunal Federal, no que se refere à inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Porém, vale esclarecer que no caso em análise não se está diante de recurso administrativo, mas sim da constituição de um novo acordo de vontades entre as partes, com assunção de novas obrigações por ambas.

140. Ainda em sua resposta à oitava, a Libra Terminais S.A. aduz que (peça 46, p. 4):

9. Nesse sentido, **o próprio Decreto 8.465/2015 reconhece a possibilidade de a prorrogação ocorrer antes da deliberação dos árbitros sobre o valor provisório da obrigação litigiosa.** É essa a situação fática de fundo no disposto no artigo 13, §6º, acima transcrito - trata-se de caso em que a prorrogação pode se dar mesmo antes do início da arbitragem. (grifos nossos)

141. Esse mesmo argumento é trazido em outra parte de sua resposta (peça 46, p. 9):

20. (...) Cabe afastar, assim, eventual entendimento da Unidade Técnica de que tal circunstância tenha decorrido do fato de o Termo de Compromisso Arbitral ter sido celebrado na mesma data em que firmado o Segundo Aditivo. Tal fato não poderia, de qualquer forma, configurar irregularidade, já que não há nenhuma restrição legal a tal arranjo. **Ao contrário, a regulamentação admite expressamente a possibilidade de a prorrogação de um contrato, com questão pendente de decisão arbitral, ocorrer em data que inviabilize a tomada de eventual decisão arbitral provisória** (v. §6º do artigo 13 do Decreto 8.465/2015). (grifos nossos)

142. Para a análise de tais argumentos deve ser lembrada, mais uma vez, a diferença já exposta nesta instrução sobre os dois valores provisórios cuja definição cabe ao árbitro: o valor provisório da obrigação litigiosa e o valor provisório para definição da equação econômico-financeira do contrato. Ao contrário do que alega a arrendatária, o art. 13, §6º, do Decreto 8.465/2015 autoriza que o poder concedente faça as vezes do árbitro quando este quedar-se silente somente quando se tratar do valor provisório para definição da equação econômico-financeira do contrato, e não do valor provisório da obrigação litigiosa.

143. Desse modo, conforme asseverado pela empresa em sua resposta, um contrato cujo litígio está em discussão em juízo arbitral pode, realmente, ser prorrogado sem que tenha havido definição do árbitro quanto ao valor provisório para definição da equação econômico-financeira, hipótese na qual o poder concedente é autorizado a definir esse valor provisório. Porém, não há autorização do decreto para que o poder concedente e a arrendatária deliberem sobre a necessidade ou definam o valor provisório da obrigação litigiosa no lugar do árbitro. Portanto, a prorrogação do Contrato PRES 32/98 foi feita sem que o árbitro se manifestasse e o contratado tivesse pago ou depositado em juízo o valor provisório do litígio.

144. Outro ponto levantado pela arrendatária é o seguinte (peça 46, p. 4-5):

10. Por esses motivos, a condição (ii) somente poderia ser considerada descumprida nas hipóteses em que, antes, tivesse ocorrido seu antecedente lógico, qual seja, a existência de decisão arbitral sobre a fixação de valor provisório anteriormente a prorrogação - o que não seria aplicável ao caso em tela.

145. A alegação de que o art. 13, §1º, inciso II, do Decreto 8.465/2015 somente poderia ser considerado descumprido nas hipóteses em que tivesse sido emitida decisão arbitral sobre a fixação de valor provisório anteriormente à prorrogação também não merece prosperar. Se esse entendimento fosse utilizado, a citada exigência do regulamento se tornaria inócua. Bastaria que todos os contratos com litígio em discussão no juízo arbitral fossem prorrogados na mesma data em que fosse assinado o respectivo Termo de Compromisso Arbitral (ou seja, não haveria decisão arbitral sobre a fixação do valor provisório previamente à prorrogação, como disse a arrendatária para exemplificar o seu caso concreto) para que essa exigência prevista no Decreto perdesse sua utilidade.

146. O Decreto 8.465/2015 foi claro ao estabelecer uma condição obrigatória para a prorrogação antecipada de contratos com litígios em discussão no juízo arbitral, com vistas a trazer mais segurança ao poder público. Não pode o contratado deixar de pagar ou depositar em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro sob a alegação de que o árbitro não definiu esse valor. Como já dito nesta instrução, no momento da assinatura do termo aditivo que prorrogou o Contrato PRES 32/98 era sabido que era impossível que tivesse havido essa definição por parte do árbitro, pela concomitância de sua assinatura com a do Termo de Compromisso Arbitral.

147. Ainda, cabe trazer mais uma vez o trecho do Decreto 8.465/2015 que deixa mais clara a obrigatoriedade de pagamento ou de depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa por parte da arrendatária:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

(...)

§ 8º O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º não exclui a obrigação de pagamento ou depósito da quantia a que se refere o inciso II do § 1º **antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação**, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, nos termos do § 6º. (grifos nossos)

148. Portanto, fica ainda mais claro por esse trecho que a obrigação de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa deve ser obedecida obrigatoriamente **antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação**.

149. A arrendatária continua sua resposta trazendo argumentos relacionados à ‘impossibilidade de definição provisória de valor de dívida em favor da Codesp’ (peça 46, p. 5). Nesse trecho é exposto que também existem obrigações da Codesp sendo discutidas em litígio e que a Libra ‘considera-se credora da Codesp, conforme alegado nas diversas ações judiciais que tiveram seu objeto transferido para a arbitragem, não tendo reconhecido a existência de qualquer dívida perante a autoridade portuária’.

150. A arrendatária detalha os objetos das ações judiciais que foram extintas após a definição pelo uso do juízo arbitral e ressalta que nelas não se havia definido quem era o credor e quem era o devedor. Tem razão a arrendatária ao fazer tais alegações. Porém, tais afirmativas reforçam o argumento desta Unidade Técnica de que a definição provisória do árbitro era fundamental para o caso em comento. Se ambas as partes consideraram-se credoras (a Libra por ter incluído essa informação na resposta à oitiva e a Codesp por ter declarado, inclusive, em suas demonstrações contábeis que possuía valores a receber da arrendatária), somente o árbitro possuiria a independência necessária para definir se seria necessário ou não o pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa.

151. Ora, haveria um claro conflito de interesse caso uma das partes do litígio pudesse decidir se é necessário o estabelecimento e qual seria o valor provisório da obrigação litigiosa. Assim, essa decisão é de competência privativa do árbitro, uma vez que versa diretamente sobre o objeto da lide. Por outro lado, é facultada ao poder concedente a definição do valor provisório para definição da equação econômico-financeira uma vez que ela é baseada em critério objetivo, que independe do objeto litigioso, qual seja, em valores de contratos similares relativos ao mesmo porto ou, se não houver, de outros portos. Faz-se necessário, portanto, que o árbitro faça a definição quanto ao cabimento ou não de pagamento ou depósito do valor provisório da obrigação litigiosa previamente à assinatura do termo aditivo a prorrogação.

152. Reforça esse entendimento o fato de que o §8º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, acima reproduzido, determina que a obrigação de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa

deve ser observada **antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação**. Para que referido dispositivo tenha efetividade é necessário que o árbitro se manifeste previamente à assinatura do termo acerca da necessidade ou não de definição de valor provisório para a obrigação litigiosa e, ainda, caso entenda pela sua necessidade, estabeleça referido valor.

153. Para elucidar a situação, cabe trazer à instrução o fato de que o árbitro deve fazer duas definições antes da prorrogação antecipada de um contrato com litígio em discussão. Primeiramente, o árbitro deve deliberar se é necessária ou não a definição de um valor provisório para a obrigação litigiosa, pois somente ele tem a imparcialidade necessária para tomar essa decisão que lhe é imposta pelo art. 13, *caput*, do Decreto 8.465/2015. No caso de o árbitro entender que essa definição provisória é necessária, a arrendatária deve obrigatoriamente fazer o pagamento ou o depósito em juízo do valor para que o contrato seja prorrogado. Já no caso de o árbitro entender que não é necessária a definição de valor provisório para a obrigação litigiosa, não se aplicaria a obrigação do §8º do art. 13 do Decreto 8.465/2015.

154. Esclarecido esse ponto, passa-se a analisar a situação concreta, em que o Contrato PRES 32/98 foi prorrogado sem que o árbitro tenha se manifestado sobre a necessidade ou não de definição de valor provisório para a obrigação litigiosa. Imagine-se que, depois de a prorrogação ter sido efetivada, o árbitro analise a lide e venha a definir o valor provisório para a obrigação litigiosa.

155. Nesse caso, o §8º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 terá sido descumprido. O dispositivo é claro ao definir que a obrigação de pagamento ou depósito do valor provisório é anterior à efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação, dessa forma, a arrendatária não poderia cumprir *a posteriori* uma obrigação que o regulamento diz ser de cumprimento obrigatório antes da renovação, o que torna o aditivo irregular.

156. A definição do valor provisório para a obrigação litigiosa após o termo aditivo assinado pode resultar em prejuízos irreparáveis para o erário público, uma vez que não se tem garantias de que a arrendatária conseguirá honrar com um compromisso que é compulsório, contudo era desconhecido no momento da celebração da avença. A definição de que deve ser feito o pagamento ou o depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa somente após a celebração da prorrogação traz prejuízos inclusive para a própria arrendatária. O grupo Libra elaborou seus estudos e seu projeto executivo sem considerar que o árbitro ainda pode tomar essa decisão. Não se sabe, portanto, qual será o efeito na equação econômico-financeira de uma possível definição do árbitro de que há valor provisório, nem se a arrendatária terá condições financeiras para pagar ou depositar em juízo tal montante.

157. Portanto, isso mostra que a manifestação do árbitro quanto à necessidade ou não de definição de valor provisório para a obrigação litigiosa e o consequente pagamento ou depósito em juízo desse valor pela arrendatária deveriam ter ocorrido previamente à celebração do termo aditivo, como preconiza o regulamento. O descumprimento desses dispositivos mostra-se um vício insanável no Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 e que gerará a proposta de encaminhamento ao final deste tópico da instrução.

158. Além disso, cabe ressaltar que a Libra Terminais S.A. solicitou a realização de reunião com esta Secretaria, conforme lista de presença juntada aos autos (peça 47). Em 27/1/2017 dois representantes da empresa, dentre outros assuntos, fizeram uma breve exposição sobre os motivos pelos quais eles consideravam que a Codesp não seria credora da arrendatária, mas sim o contrário. Apesar da relevância dessas considerações, não cabe a esta Unidade Técnica e nem mesmo à empresa tentar antever qualquer decisão relacionada ao litígio, pois cabe somente ao árbitro fazer esse tipo de definição.

159. Repisa-se que não foi dada ao árbitro a oportunidade de se definir qualquer valor provisório e, portanto, a exigência de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório por ele definido não foi cumprida. Insta esclarecer, ainda, que a alegação da arrendatária de que ‘as questões controversas são extremamente complexas e não admitiriam qualquer parâmetro para uma decisão provisória’ não merece prosperar, pois independentemente da complexidade do caso o juízo arbitral é a instância competente para definir valores provisórios cabíveis, e somente ele poderia dispensar essa definição, se entendesse que ela não seria necessária.

160. A resposta da empresa à oitava continua com uma indagação (peça 46, p. 8):

19. Como se viabilizaria a solução arbitral se a Arrendatária estivesse obrigada a pagar, ou a depositar em favor da CODESP, qualquer valor que desconsiderasse por completo a existência (i) de suas próprias pretensões perante a autoridade portuária, sobretudo a sua ação de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, e (ii) a liminar concedida pelo TRF 3ª Região?

161. A resposta a tal questionamento está inserida no próprio texto do Decreto 8.465/2015. O *caput* do art. 13 assevera que ‘quando necessário, o árbitro estabelecerá o valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva’. Assim, mesmo que o valor provisório tivesse sido definido e a arrendatária não concordasse com ele, estaria a empresa vinculada até que sobreviesse a decisão definitiva.

162. Em seguida, a empresa aduz que (peça 46, p. 8-9):

20. Os aspectos acima elucidados demonstram razões pelas quais não se previu, neste caso, a realização de um pagamento provisório ou depósito em juízo em favor da CODESP pela Arrendatária, inviável em razão dos pedidos contrapostos pendentes de julgamento de parte a parte (a cobrança pela CODESP e o reequilíbrio econômico-financeiro pela LIBRA SANTOS, com uma liminar concedida pelo TRF 3ª Região, que garantia a continuidade da operação, sem pagamento imediato de qualquer condenação).

21. Assim, a consideração da Unidade Técnica de que o inciso II do §1º do artigo 13 poderia ter sido desatendido na prorrogação do Contrato apenas pode ter decorrido de uma interpretação de tal dispositivo (a de que ele exigiria depósito prévio de valor de dívida em favor da autoridade portuária) incompatível com as circunstâncias deste caso concreto (em que o litígio também abrange alegação de dívida em favor da Arrendatária), mormente das ações judiciais à época em curso e da liminar do TRF 3ª Região. (grifos nossos)

163. Não pode a empresa afirmar que alguma característica do litígio em que ela é parte possa se constituir ‘razões pelas quais não se previu, neste caso, a realização de um pagamento provisório ou depósito em juízo’. Essa definição é exclusiva do árbitro e não cabe à arrendatária chegar a conclusões em substituição a ele.

164. É sabido que é competência do árbitro (não podendo nem mesmo o poder concedente atuar em seu lugar) definir o valor provisório da obrigação litigiosa. Porém, como já afirmado nesta instrução, era impossível que o árbitro tivesse tido tempo para definir qualquer valor provisório em apenas um dia, de modo a permitir que o contrato fosse prorrogado antecipadamente. Ainda, mostrou-se que caso o árbitro venha a definir que existe um valor provisório da obrigação litigiosa a ser pago ou depositado em juízo pela arrendatária, a mesma terá descumprido o Decreto 8.465/2015, que é claro ao dizer que esse pagamento ou depósito em juízo deve obrigatoriamente ser feito antes da efetiva prorrogação contratual. Isso mostra que a definição do árbitro sobre a necessidade ou não de se estabelecer um valor provisório para a obrigação litigiosa deveria obrigatoriamente ter ocorrido antes da prorrogação antecipada.

165. Além disso, mesmo com todas as ações judiciais que estavam em curso e até mesmo com a existência da citada liminar no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o litígio passou a ser discutido em âmbito arbitral. As ações judiciais, devido à decisão de discutir o litígio em juízo arbitral, foram extintas. A partir desse momento, somente o árbitro passou a ser competente para definir se cabia ou não algum valor provisório e não compete à empresa concluir que as antigas discussões em âmbito judicial sejam motivo para que o árbitro deixe de exercer suas competências.

166. A arrendatária continua sua resposta com o seguinte trecho (peça 46, p. 9):

22. Tal interpretação, aliás, em muito aproximaria o disposto no inciso II do requisito descrito no inciso I, que prevê que, como condição para a prorrogação de um contrato que esteja sob litígio arbitral, ‘o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública’ — requisito que em nenhum momento teve seu cumprimento questionado nesta Representação (v. parágrafos 61 e 62 da Instrução da Unidade Técnica). Assim, não há que se falar em prejuízo ao Poder Público.

167. De fato, não se questiona mais nesta instrução o descumprimento do primeiro requisito constante do art. 13, §1º do Decreto 8.465/2015, pois, como informado pelo MTPA na resposta à primeira diligência, ele foi obedecido. Todavia, o cumprimento desse requisito não exime a arrendatária do cumprimento dos demais dispositivos aplicáveis.

168. Cabe ressaltar, ainda, que não se está falando de prejuízo efetivo ao poder público, mas sim do risco a que está submetido o erário em função de não ter sido feito pagamento ou depósito em juízo do valor provisório definido pelo árbitro. Nos parágrafos seguintes será mais uma vez demonstrada a importância de uma garantia para que tal risco seja dirimido, considerando que os argumentos seguintes da arrendatária se relacionam a tal assunto.

169. Em sua resposta a empresa afirma que (peça 46, p. 10):

25. Cabe esclarecer que os incisos do §1º do artigo 13 do Decreto 8.465/2015 tratam especificamente da prorrogação dos contratos que tenham litígios pendentes de decisão arbitral. Assim, seu objetivo não é, genericamente, ‘resguardar o erário de eventuais descumprimentos da decisão arbitral definitiva’, caso em que os requisitos descritos em tais incisos seriam aplicáveis a qualquer hipótese de arbitragem tratada pelo Decreto, e não apenas àquela de que trata do §1º do artigo 13.

26. O objetivo dos incisos do §1º do artigo 13 é, na verdade, resguardar as regras de prorrogação dos contratos de arrendamento, evitando que arrendatários inadimplentes permaneçam operando os terminais. Daí, também, a disposição prevista no §10 do mesmo artigo.

170. Tem razão a arrendatária ao dizer que o art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015 aplica-se especificamente aos contratos em que o litígio ainda está pendente de decisão arbitral. Porém, isso não invalida o fato de que as exigências ali dispostas têm como um de seus objetivos resguardar o erário de eventuais descumprimentos da decisão arbitral definitiva.

171. As três exigências (que o contratado tenha pago os valores incontroversos; que o contratado tenha pago ou depositado em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa; e que o contratado se obrigue a pagar todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado) constituem sim um mecanismo à disposição do poder concedente para proteger o erário público.

172. Tendo em vista que o poder concedente está prorrogando um contrato em que existe um litígio, exige-se prudência para que exija pelo menos essas garantias contidas no Decreto 8.465/2015. No caso concreto é sabido que uma das partes está inadimplente com a outra e, para que eventual condenação da Libra Terminais S.A. não venha a trazer prejuízos para a administração pública, deveria a arrendatária ter pago ou depositado em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro. Por tratar-se de montante significativo e que apresenta relevância tanto para a arrendatária quanto para a Codesp, o caso em análise deveria ter sido tratado com prudência ainda maior. Logo abaixo será visto que a definição desse valor provisório visa resguardar o erário de eventuais descumprimentos de decisão definitiva.

173. Ainda, cabe ressaltar que não merece prosperar o argumento da arrendatária de que o objetivo das exigências do Decreto 8.465/2015 é o de ‘resguardar as regras de prorrogação dos contratos de arrendamento, evitando que arrendatários inadimplentes permaneçam operando os terminais’, pelo simples fato de não poder ser descartada a hipótese de que a Libra Terminais S.A. pode vir a ser condenada em juízo arbitral a quitar os valores entendidos como devidos pela Codesp e, portanto, teríamos um ‘arrendatário inadimplente operando o terminal’.

174. A argumentação da arrendatária prossegue no sentido de (peça 46, p. 10-11):

27. Diante de tal objetivo, o Segundo Aditivo dispôs expressamente:

‘Cláusula Décima-Terceira — Cláusulas Resolutivas (...)

Parágrafo Segundo

Nos termos do inciso III do §1º e do §10 do art. 13 do Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, caso a ARRENDATÁRIA venha a ser condenada, na arbitragem decorrente do COMPROMISSO de que trata o item 16 do preâmbulo deste Termo Aditivo, a pagar alguma quantia em favor da União ou da CODESP, ficará obrigada a pagar todo o valor nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, sob pena de extinção do presente Termo Aditivo.’

28. Ora, nenhuma outra garantia poderia melhor atender aos objetivos do artigo 13 do Decreto 8.465/2015.

175. A existência da Cláusula Décima-Terceira no Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, que define que caso a arrendatária não pague os valores definidos na decisão arbitral definitiva está sujeita à extinção do termo aditivo, não é condição suficiente para que o art. 13 do Decreto 8.465/2015 seja considerado cumprido. Foi mostrado nessa instrução que cada uma das três exigências do §1º do art. 13 do regulamento possui relevância específica e auxiliam na mitigação do risco de descumprimento da decisão arbitral definitiva por parte da arrendatária.

176. Mesmo que a arrendatária esteja sujeita à pena de extinção do termo aditivo no caso de não cumprimento da decisão arbitral definitiva, no caso concreto em análise a administração pública pode vir a ser declarada pelo árbitro como credora de determinado montante e o risco de não recebimento desses valores passará a existir.

177. Para esclarecer, imagine-se a situação na qual uma arrendatária que teve seu contrato prorrogado antecipadamente seja condenada pelo juízo arbitral a quitar valores significativos em favor da administração pública. Imagine-se, ainda, que essa mesma arrendatária não possua condições financeiras e operacionais

para quitar tal dívida (frisando-se aqui que o Decreto 8.465/2015 define em seu art. 13, §2º, que o prazo máximo para que o contratado quite o valor a que eventualmente venha a ser condenado é de 5 anos).

178. Por não possuir condições de quitar a dívida definida pelo juízo arbitral, nesse exemplo a arrendatária teria seu termo aditivo extinto e a administração pública passaria a estar diante de mais um imbróglio judicial, tendo de executar os valores que não foram pagos e dispondo de um terminal inoperante por ausência de termo aditivo vigente.

179. De que modo pode, então, o poder concedente se resguardar da ocorrência dessa hipótese? Mais uma vez, o Decreto 8.465/2015 traz a resposta: exigindo que o contratado pague ou deposite em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro. No exemplo citado acima, se a arrendatária tivesse feito esse pagamento ou depósito em juízo, a administração pública disporia ou teria como garantia os recursos depositados, para abrandar os prejuízos decorrentes do não cumprimento da decisão arbitral definitiva.

180. Portanto, está claro o motivo de as três exigências do art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015 serem cumulativas. O cumprimento de uma delas não exime a arrendatária do cumprimento das demais e, portanto, não assiste razão à Libra Terminais S.A. ao trazer os argumentos acima reproduzidos.

181. A resposta à oitiva prossegue com o seguinte trecho (peça 46, p. 12):

32. Além disso, uma tal exigência também se mostra descabida — e tornaria inócua a regulamentação que estimula o uso da arbitragem — porque impor um grave ônus ao arrendatário que tivesse instaurado demanda arbitral perante o poder concedente. Isso porque, para que tal arrendatário pudesse renovar seu contrato, teria que suportar o grave ônus de pagar, ou depositar em juízo, uma parte ou a integralidade do valor que o poder concedente entendesse que lhe é devido. Ônus de tal natureza, por outro lado, jamais seria aplicável a arrendatários que não tivessem controvérsias com poder concedente, ou que as tivessem levado ao Poder Judiciário.

182. Em síntese, a arrendatária alega que a exigência de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa constitui um ônus grave e que não se aplica a arrendatários que não tenham controvérsias com o poder concedente ou que tenham decidido por resolver seu litígio em âmbito judicial. Por óbvio essa exigência não se aplica a contratadas que não tenham controvérsia com a administração, por não haver valor algum em discussão. Quanto à aplicabilidade desse dispositivo aos contratados que decidiram por resolver seus litígios no juízo arbitral, mais uma vez reitera-se que a empresa estava ciente da aplicabilidade do Decreto 8.465/2015 quando decidiu por prorrogar seus contratos e assinar o Termo de Compromisso Arbitral na mesma data, não podendo a mesma se eximir do cumprimento desse normativo.

183. Após isso é apresentado pela empresa o seu entendimento acerca do conceito de ‘valor provisório’ constante do Decreto 8.465/2015. Na resposta ela demonstra o entendimento desta unidade técnica acerca da existência de dois valores provisórios (o ‘valor provisório da obrigação litigiosa’ – que se refere a eventual valor provisório de dívida definido pelo árbitro como de responsabilidade da arrendatária até que sobrevenha decisão arbitral definitiva e que deve ser pago ou depositado em juízo **antes** da prorrogação contratual – e o ‘valor provisório para definição da equação econômico-financeira’ – que se refere aos valores provisórios que serão pagos mensalmente pela arrendatária **após** a prorrogação contratual até que sobrevenha decisão arbitral definitiva) e traz o seguinte argumento (peça 46, p. 13):

37. De fato, as controvérsias sobre a execução do Contrato em seu prazo original podem ter gerado uma dívida da CODESP ou da Arrendatária em relação ao passado (antes da prorrogação), e um eventual desequilíbrio econômico-financeiro a ser ajustado, se cabível, no futuro (após a prorrogação). Ocorre que a dívida do passado é objeto dos incisos I (valores incontroversos devidos na data da prorrogação) e III (valores da condenação arbitral em relação à dívida passada) do artigo 13 do Decreto 8.465/2015, e não do inciso II.

184. Para elucidar o entendimento, sobre o assunto, traz-se, novamente, a literalidade de cada uma das exigências que devem ser cumpridas antes da prorrogação:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados, observados os demais requisitos legais e regulamentares, se caracterizado o interesse público, desde que:

I - o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;

II - o contratado tenha pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo caput; e
III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública.

185. A arrendatária alega em sua resposta à oitiva que os incisos I e III, reproduzidos acima, referem-se à 'dívida do passado'. Tem razão ao fazer tal afirmação, pois o inciso I trata de valores incontroversos devidos, ou seja, que devem ser pagos pelo contratado por evento passado e o inciso III trata de valores a que o contratado vier a ser condenado a pagar em função de eventos passados.

186. Todavia, engana-se a Libra Terminais S.A. ao não incluir o inciso II em sua lista como valores referentes à 'dívida do passado'. O entendimento desta Unidade Técnica exaustivamente exposto nesta instrução e até mesmo o entendimento do MTPA e de sua área jurídica mostram que o 'valor provisório da obrigação litigiosa' é diferente do 'valor provisório para definição da equação econômico-financeira' e que o primeiro refere-se a eventual dívida passada da contratada. Mesmo assim, cabe apresentar a íntegra do que a arrendatária julga sobre o assunto (peça 46, p. 14):

38. A 'obrigação litigiosa' de que trata o inciso II, por seu lado, deve ser entendida como aquela de que trata os §5º e seguintes do artigo 13. Detalha-se. (grifos nossos)

187. Para demonstrar que tal argumentação não merece prosperar, basta trazer o seguinte parágrafo do art. 13 do Decreto 8.465/2015:

Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

(...)

§ 8º O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º não exclui a obrigação de pagamento ou depósito da quantia a que se refere o inciso II do § 1º antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, nos termos do § 6º. (grifos nossos)

188. É possível notar que o próprio regulamento faz diferenciação entre os dois valores, dizendo que quando o árbitro define o 'valor provisório para definição da equação econômico-financeira', a contratada ainda assim deve fazer o pagamento ou o depósito em juízo do 'valor provisório da obrigação litigiosa'. Portanto, a Libra Terminais S.A. se equivoca ao dizer que ambos os conceitos são idênticos e referem-se apenas aos valores que deverão ser pagos mensalmente após a prorrogação contratual.

189. A própria empresa admite por diversas vezes em sua resposta que há uma discussão a ser resolvida entre ela e a administração pública, referente a valores anteriores à prorrogação contratual que não foram pagos no montante entendido como devido pela Codesp. Assim, uma das partes estará obrigada a ressarcir a outra em função da primeira 'perna' do contrato. Por não haver decisão do árbitro, não pode ser descartada, portanto, a hipótese de condenação da arrendatária a quitar eventual dívida, referente a eventos passados, com a Codesp.

190. Foi demonstrado nesta instrução e na análise das oitivas do MTPA e da Libra Terminais S.A. que essa hipótese de condenação da arrendatária exigiria uma postura prudente por parte do poder concedente, considerando, sobretudo, a relevância e a materialidade dos valores envolvidos. Para garantir que a prudência prevaleça em casos desse tipo, o Decreto 8.465/2015 definiu que para que um contrato cujo litígio esteja em discussão no juízo arbitral seja prorrogado, deve o contratado pagar ou depositar em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro.

191. Com o cumprimento dessa exigência seria parcialmente mitigado o risco de prejuízos ao poder público em função de uma condenação definitiva em desfavor da contratada que venha a não ser cumprida. Mesmo que esteja sujeita à extinção do termo aditivo em caso de descumprimento da decisão arbitral definitiva, a garantia à disposição da administração de que haja um pagamento ou depósito em juízo dos valores provisórios definidos pelo árbitro, instância imparcial e independente, deve ser devidamente exigida, conforme mandamentos do Decreto 8.465/2015. Nesse caso, o erário estaria resguardado de eventual descumprimento por já ter recebido esse valor provisório.

192. Como visto, tal pagamento ou depósito em juízo não foi feito no caso específico da prorrogação do Contrato PRES 32/98, objeto da presente representação, e configurou descumprimento do Decreto 8.465/2015. Tal descumprimento não foi descaracterizado após a manifestação do MTPA e da Libra Terminais S.A. em suas respostas às oitivas e, por isso, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98

possui vício de nulidade insanável e devem ser adotadas pelo poder concedente as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei.

193. Diante de todo o exposto, **propõe-se, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, assinar prazo de 15 dias para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, rescindindo o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, celebrado com a Libra Terminais S.A., por estar em desacordo com o art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015 e por sua expressiva potencialidade de dano ao erário.**

194. Destaca-se que a determinação para que o exato cumprimento da lei seja observado por meio da rescisão de avenças tem sido adotada por este Tribunal, como por exemplo no Acórdão 1.652/2016-TCU-Plenário.

195. Além disso, tendo em vista que o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 também refere-se à unificação de três contratos anteriores e que um deles já está vencido, **propõe-se, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 90 dias, em razão do disposto no art. 6º da Lei 8.987/1995, informe sobre as providências adotadas ou a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço do Terminal 37 do Porto de Santos, considerando o vício de nulidade na unificação e na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, bem como o decurso do prazo do Contrato PRES 11/95, referente ao arrendamento do citado terminal.**

196. Considerando ainda que a decisão sobre o mérito da legalidade do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 merece urgência, por estar vencido um dos contratos originais e ter o MTPA de tomar providências imediatas, **propõe-se, com fundamento no art. 250, §6º, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 43 da Resolução TCU 259/2014, que seja autorizada a autuação de processo apartado para apurar as responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015.**

Resposta à oitiva da Codesp

197. De início, insta esclarecer que a oitiva realizada à Codesp não se relaciona diretamente com a existência da irregularidade supracitada. Nas últimas instruções desta representação foi destacado que a Companhia, como parte do procedimento arbitral, estava sendo morosa ao exercer as competências que a ela cabiam, pelo que solicitou-se sua manifestação acerca de tal assunto.

198. Salienta-se que, mesmo com o descumprimento do Decreto 8.465/2015, que eivou de vício a prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, o procedimento arbitral terá de ter continuidade e exigirá a atuação da Codesp, eis que a discussão da lide independe de existência de vínculo da Libra Terminais S.A. com o poder público.

199. Na peça inicial desta representação foi levantado o indício de irregularidade ‘Possível descumprimento de cláusula resolutiva no Contrato PRES 32/98’. Naquela instrução foi exposto que teve de ser editado um termo aditivo posterior à prorrogação contratual, o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, assinado em 22/1/2016, que trouxe o seguinte dispositivo:

CLÁUSULA PRIMEIRA – OBJETO

As partes acordam que o prazo previsto no Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima-Terceira do Segundo Termo Aditivo ao CONTRATO UNIFICADO, para início da eficácia do COMPROMISSO, fica prorrogado por período equivalente.

Parágrafo Único

Diante da alteração ora acordada, no Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Terceira do Segundo Termo Aditivo ao CONTRATO UNIFICADO, onde se lê ‘150 (cento e cinquenta) dias’, leia-se agora ‘300 (trezentos) dias’.

200. Tal termo aditivo teve como objetivo prorrogar o prazo para que o compromisso arbitral adquirisse eficácia. Solicitou-se à Codesp, então, que informasse qual era a situação do procedimento de arbitragem.

201. Em resposta, a Codesp informou (peça 22, p.4) que o Termo de Compromisso Arbitral adquiriu eficácia em 11/3/2016, primeiro dia útil após a publicação das homologações das três últimas demandas judiciais que ainda restavam. Por esse motivo, segundo a Companhia, não teria havido o descumprimento do prazo exigido para que o compromisso adquirisse eficácia. Esta unidade técnica concordou com os argumentos apresentados, descaracterizando o indício de irregularidade apontado na peça inicial da representação.

202. Entretanto, destacou-se posteriormente outro fato relevante. Sabida a data em que o compromisso arbitral adquiriu eficácia, 11/3/2016, consultou-se o Termo de Compromisso Arbitral, que traz o seguinte dispositivo (peça 10, p. 13):

5.5. O prazo para a prolação da(s) sentença(s) arbitral(is) será de 24 (vinte e quatro) meses a contar da Data da Eficácia.

203. Notou-se, assim, que há prazo máximo para que todos os envolvidos atuem no procedimento arbitral, considerando que em 24 meses o juízo deverá ter prolatado sua sentença. Em resposta à diligência, a Codesp informou a atual situação do procedimento arbitral (peça 22, p. 4):

i) No que tange ao estágio do procedimento arbitral, e considerando a relevância e a especificidade do caso, a CODESP se encontra em processo de contratação de escritório de advocacia objetivando representá-la no litígio;

204. Até a data da instrução que propôs a oitiva, mais de seis meses haviam se passado desde que o compromisso arbitral adquirira eficácia. Considerando que esse prazo representava uma parte considerável do prazo máximo de 24 meses para que se prolatasse a sentença arbitral, entendeu-se fundamental que a Codesp se manifestasse acerca de uma possível morosidade da Companhia como parte no processo, bem como informasse a previsão para a conclusão dos procedimentos que lhe eram cabíveis.

205. Foi encaminhada oitiva à Codesp por meio do Ofício 685/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia (peça 27), recebido pela Companhia em 10/11/2016 e respondido pelo Ofício DIPRE-GD/706.2016, de 25/11/2016 (peça 35).

206. Segundo a Codesp, todas as providências estavam sendo adotadas para a contratação de escritório advocatício, que representaria a Companhia no litígio travado com o grupo Libra. Devido à singularidade do caso, a Codesp informou que estimava, mantidas as expectativas, a conclusão do processo para os 30 dias seguintes ao da emissão de seu ofício.

207. Desse modo, tendo em vista o decurso do prazo de previsão informado na resposta à oitiva, **propõe-se, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar à Codesp que, no prazo de 30 dias, informe a este Tribunal sobre a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da Companhia no juízo, e, caso estes não tenham sido concluídos, que encaminhe, no prazo de 30 dias, plano de ação contemplando cronograma, atividades detalhadas e responsáveis para a conclusão de tais procedimentos.**

CONCLUSÃO

208. Trata-se de representação da equipe de auditoria de conformidade do TC 012.558/2016-8, referente a indícios de irregularidades identificados na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, firmado com a empresa Libra Terminais S.A. para arrendamento de instalação portuária, com utilização de área sob administração da Codesp, localizada na região da Ponta da Praia, margem direita do Porto de Santos/SP.

209. O Segundo Termo Aditivo ao citado Contrato PRES 32/98 unificou três contratos anteriormente firmados com empresas do grupo Libra, adensou áreas contíguas e prorrogou a vigência do contrato unificado para até 4/9/2035.

210. Todavia, identificou-se que, anteriormente à assinatura do termo aditivo, o grupo Libra vinha discutindo com a Codesp valores contratualmente devidos. Durante a discussão de tais controvérsias, que se iniciou em 1998, a Companhia Docas não recebeu o montante que ela entendia como devido a título de taxa de arrendamento, fazendo com que a arrendatária, segundo a própria Companhia Docas, se tornasse devedora de um montante superior a R\$ 1 bilhão (em valores históricos).

211. Destaca-se que a Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos) impede que sejam prorrogados contratos firmados com empresas inadimplentes no recolhimento de tarifas portuárias, assim declarado em decisão final. A SEP/PR, na qualidade de poder concedente, a Codesp e a Antaq decidiram que seria viável discutir o assunto em juízo arbitral e prorrogar os contratos antecipadamente. Foi firmado, então, Termo de Compromisso Arbitral entre essas partes e empresas do grupo Libra, extinguindo as ações judiciais abertas à época e permitindo que o contrato fosse prorrogado.

212. Todavia, a análise do processo que resultou na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98 levou a entender que fatores relevantes não foram levados em consideração pelos órgãos envolvidos.

213. A partir do momento que se tomou a decisão pelo uso da arbitragem para dirimir o litígio existente entre o grupo Libra e a Codesp, o Decreto 8.465/2015, que regulamenta o uso da arbitragem nesse tipo de situação, passou a ser aplicável.

214. Segundo esse regulamento, o titular do contrato que for prorrogado enquanto o litígio discutido em juízo arbitral estiver pendente de decisão (caso do Contrato PRES 32/98, de titularidade da Libra Terminais S.A.) deve cumprir com três requisitos cumulativos: (i) ter pago os valores incontroversos à administração pública; (ii) ter pago ou depositado em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro; e (iii) se obrigar a pagar todo o valor que eventualmente venha a ser condenado.

215. Contudo, não se identificou o cumprimento do segundo requisito, qual seja, o pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro.

216. Considerando que o Contrato PRES 32/98 foi prorrogado na mesma data em que foi firmado o Termo de Compromisso Arbitral entre as partes do litígio, não houve tempo hábil para que o árbitro se manifestasse e definisse o valor provisório da obrigação litigiosa que deveria ser pago ou depositado em juízo pela arrendatária. Além disso, não há autorização normativa para que o poder concedente faça essa definição provisória no lugar do árbitro.

217. Portanto, está-se diante da inexistência do pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa pela arrendatária. Tal garantia reveste-se de fundamental importância, por ser o meio hábil para resguardar o erário de eventual descumprimento da decisão definitiva do juízo arbitral. Tendo em vista que o caso em análise envolve um litígio que alcança cifras bilionárias, é ainda mais latente a necessidade de exigência de cumprimento do citado requisito do Decreto 8.465/2015.

218. Levando em consideração essa irregularidade anteriormente tratada como indício, foram ouvidos em oitiva o MTPA e a Libra Terminais S.A. Os argumentos expostos nas respostas, embora relevantes, não foram suficientes para descaracterizar o descumprimento do Decreto 8.465/2015. Mesmo com todas as informações prestadas, ficou claro que não houve depósito em juízo ou pagamento do valor provisório da obrigação litigiosa e que o poder público está exposto a risco de extrema relevância.

219. De modo a sanar essa irregularidade, foi proposto que se assinasse prazo de 15 dias para que o MTPA adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, rescindindo o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 celebrado com a Libra Terminais S.A., por estar em desacordo com o art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015 e por sua expressiva potencialidade de dano ao erário. Ademais, tendo em vista que o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 refere-se à unificação de três contratos anteriores e que um deles já está vencido, propôs-se determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 90 dias, informe sobre as providências adotadas para que o Terminal 37 continue em operação, considerando o vício de nulidade na unificação e na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, bem como o decurso do prazo do Contrato PRES 11/95, referente ao arrendamento do citado terminal.

220. Por fim, identificou-se também morosidade da Codesp em sua atuação como parte do processo de arbitragem. O compromisso arbitral havia adquirido eficácia em 11/3/2016, mas, decorridos meses desde então, a Companhia demonstrou lentidão para indicar quais serão os advogados que irão representá-la na resolução da lide. Por isso, propôs-se determinar à Codesp que, no prazo de 30 dias, informe a este Tribunal sobre a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da Companhia no juízo, e, caso estes não tenham sido concluídos, que encaminhe, no prazo de 30 dias, plano de ação contemplando cronograma, atividades detalhadas e responsáveis para a conclusão de tais procedimentos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

221. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la procedente;

b) assinar prazo de 15 dias, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, rescindindo o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, celebrado com a Libra Terminais S.A., por estar em desacordo com o art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015 e por sua expressiva potencialidade de dano ao erário;

c) determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 90 dias, em razão do disposto no art. 6º da Lei 8.987/1995, informe sobre as providências adotadas ou a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço do Terminal 37 do Porto de Santos,

considerando o vício de nulidade na unificação e na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, bem como o decurso do prazo do Contrato PRES 11/95, referente ao arrendamento do citado terminal;

d) determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Codesp que, no prazo de 30 dias, informe a este Tribunal sobre a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da Companhia no juízo, e, caso estes não tenham sido concluídos, que encaminhe, no prazo de 30 dias, plano de ação contemplando cronograma, atividades detalhadas e responsáveis para a conclusão de tais procedimentos;

e) que seja autorizada, com fundamento no art. 250, §6º, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 43 da Resolução TCU 259/2014, a autuação de processo apartado para apurar as responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015;

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo, bem como do relatório e voto que a fundamentarem ao MTPA, à Codesp, à Antaq, à Libra Terminais S.A., à Libra Terminal 35 S.A. e à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal;

g) encerrar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.”

2. Em decorrência de novas diligências e da oitiva da empresa interessada, outra instrução de mérito, também com conclusões uníssonas, foi elaborada no âmbito da SeinfraPortoFerrovia (peças 69-71). Pela pertinência, transcrevo a seguir excerto dessa análise:

“EXAME TÉCNICO

18. Nos termos do Despacho acostado à peça 53, encaminhou-se diligência ao MTPA, para que, no prazo de trinta dias, informasse a este Tribunal as medidas eventualmente adotadas relativamente ao Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/1998 frente ao disposto no art. 13, § 1º, inciso II, do Decreto 8.465/2015, bem como os resultados porventura delas advindos, em face das manifestações contidas no Memorando 858/2016/DOUP-GC/SEP, de 21/11/2016, e na Nota 02419/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU, de 24/11/2016, acerca da conclusão contida no Parecer 00313/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU, de 13/10/2016, e em face das medidas sugeridas no Memorando 816/2016/DOUP-GC/SEP, de 4/11/2016, esclarecendo se já havia definição arbitral e pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa de que trata o aludido dispositivo legal e, em caso positivo, detalhando o *quantum* e o respectivo cálculo desse valor.

19. O MTPA encaminhou sua resposta por meio do Ofício 99/2017/AECI/GM (peça 62). Nele foi feita referência ao Memorando 84/2017/GAB-SNP/SNP (peça 62, p. 3) e ao Memorando 223/2017/DOUP/SNP (peça 62, p. 4), nos quais foi informado que não havia informações adicionais a serem prestadas. Também foi feita referência ao Despacho 10/2017/CGGC/DOUP/SNP (peça 62, p. 5-7), em que a Coordenação-Geral de Gestão Contratual apenas reencaminha informações já enviadas a esta unidade técnica, sem trazer novos elementos que pudessem alterar o entendimento anteriormente firmado.

20. Assim, entende-se que todas as informações prestadas pelo MTPA são idênticas às já encaminhadas quando da resposta à oitiva e não alteram o entendimento desta unidade técnica, disposto na instrução à peça 48.

21. Também foi encaminhada diligência à Codesp para que, no prazo de trinta dias, informasse a este Tribunal sobre a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da Companhia no juízo, ou, caso isso ainda não tivesse sido feito, apresentasse as justificativas devidas, acompanhadas de cronograma com indicação das atividades, prazos e responsáveis para a conclusão desses atos; e sobre a situação atual do procedimento arbitral, com informações atualizadas e detalhadas sobre o andamento desse procedimento, frente ao prazo estabelecido para a resolução das controvérsias de 24 meses, a partir de 11/3/2016, data em que o Termo de Compromisso Arbitral celebrado entre as partes adquiriu eficácia, e ao transcurso de mais da metade desse prazo.

22. Em resposta, a Companhia enviou o documento acostado à peça 65, informando que o procedimento de arbitragem foi iniciado e que a fase atual é a de ‘debates do procedimento’. Segundo a Codesp, nessa fase será necessária a contratação de escritório especializado na matéria e que tal contratação seria concretizada em reunião do Conselho de Administração a ser realizada em 26/7/2017.

23. Em notícia publicada pela imprensa no dia 7/8/2017 (<http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/porto%26mar/codesp-ainda-nao-definiu-empresa-que-fara-sua->

defesa/?cHash=8dd77bd42c1125098e5532db57f9e7a8) tal informação é confirmada, demonstrando que a Codesp de fato ainda não formalizou a contratação do escritório que irá representá-la no juízo arbitral.

24. Entende-se que as informações prestadas pela Codesp também não alteram o entendimento desta unidade técnica. A resposta da Companhia apenas reforça a necessidade de atuação tempestiva deste Tribunal, considerando que nem mesmo o escritório de advocacia que representará a Codesp foi contratado até o presente momento.

25. Por fim, foi proposto pelo Ministro Relator o encaminhamento de diligência à empresa Libra Terminais S.A. para que, no prazo de trinta dias, caso fosse do seu interesse, apresentasse as informações que julgasse cabíveis acerca da situação atual do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/1998 e do procedimento arbitral instaurado em conjunto com a Codesp.

26. Após solicitar a prorrogação do prazo para envio de sua resposta por mais 15 dias (peça 63), a empresa Libra Terminais S.A. encaminhou sua manifestação no dia 18/7/2017 (peças 66, 67 e 68). Apesar de relevantes, as informações prestadas pela empresa não inovam com relação às encaminhadas quando de sua oitiva. Mesmo assim, todas as alegações serão analisadas no que se segue, fazendo, quando necessário, remissão à instrução acostada à peça 48, que constitui o posicionamento desta unidade técnica.

27. A empresa iniciou sua resposta com apresentação de relatório sobre a presente representação, trazendo um histórico do posicionamento desta unidade técnica. Em seguida (peça 66, p. 3), fez uma exposição sobre ‘fatos e documentos esclarecedores que não foram analisados pela SeinfraHidroFerrovia e que são fundamentais para a completa e correta análise do caso’.

28. Nessa exposição a empresa relata que o grupo Libra se sagrou vitorioso no processo licitatório que precedeu a assinatura do Contrato PRES 32/98, momento a partir do qual ela e a Codesp assumiram obrigações. De acordo com a empresa, ‘logo após a assinatura do contrato de arrendamento, constatou-se expressiva diferença entre o ativo recebido pelo Grupo Libra e aquele descrito no edital’. A Libra continua sua manifestação informando que tal diferença não foi corrigida pela Codesp e lista descumprimentos contratuais por parte da Companhia.

29. Segundo a Libra, ao constatar tais violações por parte da Codesp foram contratadas consultorias a fim de definir o valor que deveria ser pago pela empresa a título de arrendamento. A Libra passou, a partir daí, a pagar à Codesp o valor considerado justo pelas consultorias que haviam sido contratadas. Em função dessa discrepância entre o valor efetivamente pago e o valor previsto originalmente no contrato, o grupo Libra e a Companhia Docas entraram em litígio judicial.

30. A empresa continua sua manifestação alegando que ‘esta área técnica do TCU, em sua análise, desconsidera os meandros do litígio das partes, assim como das decisões judiciais e fatos comprovadamente favoráveis ao grupo Libra, que demonstram inequivocamente que a Libra pleiteia indenização da Codesp’.

31. A Libra reconhece, logo em seguida, que não há valor de dívida reconhecido ou existente e que tanto a Codesp cobra valores de arrendamento do grupo Libra, quanto o grupo cobra valores de indenização da Companhia. A empresa continua sua manifestação informando que a necessidade de pagamento de parte a parte será definida apenas após a sentença arbitral, sendo um equívoco afirmar que a Libra deve qualquer quantia à Codesp.

32. Entende-se que a empresa se contradiz na exposição acima citada. Ao mesmo tempo em que alega a existência de ‘fatos comprovadamente favoráveis ao grupo Libra’, a empresa reconhece que não há valor de dívida reconhecido ou existente. Tem razão a Libra ao afirmar que não há valor de dívida reconhecido, pois tal valor será definido pelo árbitro no procedimento que está em andamento. Porém, não pode a empresa alegar que os fatos são ‘comprovadamente favoráveis ao grupo Libra’, pois a definição da existência de dívida caberá somente ao juízo arbitral. Mesmo que considere os fatos favoráveis, a empresa não é a instância competente para definir se existe ou não dívida no caso concreto.

33. O que está em discussão na presente representação é o descumprimento do inciso II, §1º, do art. 13 do Decreto 8.465/2015. Conforme demonstrado na instrução à peça 48, não foi comprovado o pagamento ou o depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro. Por entender que tal ponto já foi tratado por esta unidade técnica, reproduz-se os seguintes parágrafos da instrução à peça 48:

158. Além disso, cabe ressaltar que a Libra Terminais S.A. solicitou a realização de reunião com esta Secretaria, conforme lista de presença juntada aos autos (peça 47). Em 27/1/2017 dois representantes da empresa, dentre outros assuntos, fizeram uma breve exposição sobre os motivos pelos quais eles consideravam que a Codesp não seria credora da arrendatária, mas sim o contrário. Apesar da relevância dessas considerações, **não cabe a esta Unidade Técnica e nem mesmo à empresa tentar**

antever qualquer decisão relacionada ao litígio, pois cabe somente ao árbitro fazer esse tipo de definição.

159. Repisa-se que não foi dada ao árbitro a oportunidade de se definir qualquer valor provisório e, portanto, a exigência de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório por ele definido não foi cumprida. Insta esclarecer, ainda, que a alegação da arrendatária de que ‘as questões controversas são extremamente complexas e não admitiriam qualquer parâmetro para uma decisão provisória’ não merece prosperar, pois **independentemente da complexidade do caso o juízo arbitral é a instância competente para definir valores provisórios cabíveis, e somente ele poderia dispensar essa definição, se entendesse que ela não seria necessária.** (grifos nossos)

34. Quanto à alegação de que ‘é um equívoco afirmar que a Libra deve qualquer quantia à Codesp’, esta unidade técnica manifesta concordância com a empresa, pois será o juízo arbitral que definirá se a Libra deve ou não quantias à Companhia Docas. Porém, cumpre ressaltar que na instrução à peça 48 a eventual dívida sempre foi tratada apenas como um possível débito. Mesmo assim, apenas a possibilidade de existência dessa dívida bilionária exigiria que houvesse maior prudência do poder público ao prorrogar o contrato. Cabe enfatizar os seguintes parágrafos da instrução de mérito que tratam desse entendimento:

102. **Não há elementos, neste momento, para descartar a hipótese de que a arrendatária poderá ser condenada a quitar toda ou, pelo menos, grande parte da dívida entendida como devida pela Codesp.** Ora, se a própria Companhia Docas inseriu em suas demonstrações contábeis publicamente divulgadas que se considera credora desse montante, deve-se considerar que essa hipótese pode vir a se concretizar.

103. **Aqui, então, reforça-se ainda mais a relevância da exigência do pagamento ou depósito em juízo do valor provisório definido pelo árbitro.** Se é somente o árbitro que pode definir o valor provisório da obrigação litigiosa e essa definição visa justamente resguardar o poder público de eventual não quitação da dívida, não pode o poder concedente abrir mão de garantia tão importante. (grifos nossos)

35. A Libra traz, ainda, parecer de jurista (peça 66, p. 6) que afirma que, por não haver decisão final sobre inadimplemento contratual, inexistente impedimento à prorrogação dos contratos. De acordo com o jurista, sendo observado o disposto no artigo 57 e parágrafos da Lei 12.815/2013, ‘não se visualiza qualquer impedimento à prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento atualmente vigentes entre Codesp e Libra’.

36. A própria empresa retoma esse entendimento, ao afirmar (peça 66, p. 14) que ‘realizando um exercício hermenêutico simples, verificamos que o artigo 12 da Lei 12.815/2013 só veda a prorrogação contratual quando houver decisão final, seja judicial ou arbitral’.

37. Com a devida vênia, tal entendimento já foi contestado por esta unidade técnica anteriormente, pelo que se reproduz três parágrafos da instrução:

55. Desse modo, foi firmado Termo de Compromisso Arbitral (peça 10, p. 1-21) entre a SEP/PR, a Codesp e a Libra Terminais S.A., com interveniência da Antaq, pondo fim às ações judiciais então abertas e definindo que as controvérsias nelas discutidas passariam a ser tratadas em juízo arbitral. **Destaca-se que a partir desse momento passou o poder concedente a se submeter aos ditames específicos da arbitragem, devendo obediência a eles (em especial ao Decreto 8.465/2015, que será explicitado logo abaixo).**

(...)

137. Nesses trechos, a arrendatária alega que a exigência de que o árbitro tivesse definido o valor provisório não possui previsão legal e que se apenas a Lei 12.815/2013 tivesse sido aplicada, a prorrogação do Contrato PRES 32/98 seria permitida, por não haver decisão final do litígio em que a empresa estava envolvida. **Contudo, reforça-se, mais uma vez, que ao decidir por discutir seu litígio em âmbito arbitral, a arrendatária e as demais partes passaram a se submeter aos ditames do Decreto 8.465/2015.** Esse normativo foi expresso ao trazer a exigência do art. 13, §1º, inciso II, como de cumprimento obrigatório para a prorrogação do contrato e não poderia ter sido desobedecida por ‘falta de previsão legal’, pois a arrendatária tinha conhecimento que estava sujeita aos dispositivos desse regulamento.

138. Cabe destacar, ainda, **que se tivesse sido aplicada somente a Lei dos Portos, como afirmado pela empresa em sua resposta, não necessariamente estaria garantida a ela a prorrogação antecipada.** O art. 57 da Lei 12.815/2013 é claro ao dizer que os contratos que obedecerem a determinados requisitos poderão ter sua renovação antecipada, a critério do poder concedente. Assim, mesmo que o grupo Libra não tivesse

passado a se submeter ao Decreto 8.465/2015, poderia o poder concedente estabelecer exigências, considerando que a prorrogação é formalizada a seu critério. (grifos nossos)

38. Cumpre apenas complementar que as exigências estabelecidas no caso concreto pelo poder concedente foram justamente as constantes do Decreto 8.465/2015. Assim, aplicar somente a Lei 12.815/2013 e desconsiderar a existência das disposições do decreto regulamentador constitui um equívoco.

39. A empresa dá prosseguimento à sua manifestação trazendo um ‘detalhamento dos descumprimentos da Codesp’. Relata que a Codesp não forneceu terminal com perfeita condição operacional, não realizou deslocamento dos trilhos de ferrovia e entregou área menor do que a prevista em edital. Em seguida, cita que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região deferiu liminar para determinar que a Codesp não praticasse ato que dificultasse, prejudicasse ou impedisse a operação dos terminais pelo grupo Libra.

40. Mais uma vez reitera-se que não cabe nem à Libra, nem à Codesp, nem a esta unidade técnica avaliar se a Codesp é responsável citados descumprimentos, pois essa matéria será analisada em juízo arbitral. A competência para definir responsabilidades por descumprimento de qualquer das partes é do árbitro. Com relação à liminar do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, traz-se o seguinte parágrafo da instrução à peça 48:

165. Além disso, mesmo com todas as ações judiciais que estavam em curso e até mesmo com a existência da citada liminar no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o litígio passou a ser discutido em âmbito arbitral. As ações judiciais, devido à decisão de discutir o litígio em juízo arbitral, foram extintas. A partir desse momento, somente o árbitro passou a ser competente para definir se cabia ou não algum valor provisório e não compete à empresa concluir que as antigas discussões em âmbito judicial sejam motivo para que o árbitro deixe de exercer suas competências.

41. A manifestação da Libra prossegue trazendo a informação de que o entendimento da unidade técnica de que houve descumprimento do Decreto 8.465/2015 não merece prosperar, pois ‘não há certeza ou indício de qualquer dano ao erário’. Segundo a empresa, o que há é um litígio ‘onde o grupo Libra levanta argumentos consistentes que embasam seu direito a uma indenização e a Codesp pleiteia o pagamento dos valores originais de arrendamento’.

42. Nessa linha, a Libra afirma ainda que não faria sentido assumir que o grupo empresarial ‘já seria a parte inadimplente da relação e por isso justificaria o pedido do depósito [em juízo do valor provisório a ser definido pelo árbitro]’.

43. De fato não há certeza de dano ao erário, pois somente o árbitro poderá definir se a Libra é devedora ou não de valores à Codesp. Porém, o que é sabido tanto por esta unidade técnica quanto pelas partes envolvidas no litígio é que a Libra não pagou os valores estipulados originalmente em contrato (pois esse é exatamente um dos assuntos que serão analisados na arbitragem). O que foi discutido nos autos da representação diz respeito ao risco a que está submetido o erário na presente situação. Não pode ser descartada a hipótese de condenação integral da Libra, motivo pelo qual a exigência das garantias do Decreto 8.465/2015 mostra-se tão relevante. Cabe trazer os seguintes trechos da instrução à peça 48:

189. A própria empresa admite por diversas vezes em sua resposta que há uma discussão a ser resolvida entre ela e a administração pública, referente a valores anteriores à prorrogação contratual que não foram pagos no montante entendido como devido pela Codesp. Assim, uma das partes estará obrigada a ressarcir a outra em função da primeira ‘perna’ do contrato. **Por não haver decisão do árbitro, não pode ser descartada, portanto, a hipótese de condenação da arrendatária a quitar eventual dívida, referente a eventos passados, com a Codesp.**

190. Foi demonstrado nesta instrução e na análise das oitivas do MTPA e da Libra Terminais S.A. que essa hipótese de condenação da arrendatária exigiria uma postura prudente por parte do poder concedente, considerando, sobretudo, a relevância e a materialidade dos valores envolvidos. **Para garantir que a prudência prevaleça em casos desse tipo, o Decreto 8.465/2015 definiu que para que um contrato cujo litígio esteja em discussão no juízo arbitral seja prorrogado, deve o contratado pagar ou depositar em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro.**

191. Com o cumprimento dessa exigência seria parcialmente mitigado o risco de prejuízos ao poder público em função de uma condenação definitiva em desfavor da contratada que venha a não ser cumprida. Mesmo que esteja sujeita à extinção do termo aditivo em caso de descumprimento da decisão arbitral definitiva, a

garantia à disposição da administração de que haja um pagamento ou depósito em juízo dos valores provisórios definidos pelo árbitro, instância imparcial e independente, deve ser devidamente exigida, conforme mandamentos do Decreto 8.465/2015. Nesse caso, o erário estaria resguardado de ocasional descumprimento por já ter recebido esse valor provisório.

192. Como visto, tal pagamento ou depósito em juízo não foi feito no caso específico da prorrogação do Contrato PRES 32/98, objeto da presente representação, e configurou descumprimento do Decreto 8.465/2015. Tal descumprimento não foi descaracterizado após a manifestação do MTPA e da Libra Terminais S.A. em suas respostas às oitivas e, por isso, o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 possui vício de nulidade insanável e devem ser adotadas pelo poder concedente as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei. (grifos nossos)

44. Portanto, vê-se que a unidade técnica não considerou a empresa como ‘devedora’, como ela alega em sua manifestação. A discussão central da representação diz respeito à ausência de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro. Tal descumprimento foi comprovado nos autos e a mais recente manifestação da empresa não o descaracterizou.

45. A Libra dá sequência à sua manifestação informando que ‘a proposta de encaminhamento apresentada pela unidade técnica (peça 48) vai a sentido contrário ao que se espera do moderno Estado Brasileiro, se apegando a um aspecto formal inexistente, a uma nulidade forçosamente construída, desconsiderando o impacto que a rescisão do contrato de arrendamento aqui discutido traria à própria União’.

46. Tais alegações já foram objeto de análise na instrução à peça 48. Reproduz-se o seguinte parágrafo:

92. Conforme já destacado, o fato de a prorrogação contratual e a unificação dos contratos do grupo Libra terem gerado os citados ganhos operacionais não exige o poder concedente de observar os normativos aplicáveis. A definição do valor provisório da obrigação litigiosa pelo juízo arbitral e o posterior pagamento ou depósito em juízo por parte da arrendatária não constituem meras formalidades, mas sim importantes garantias à disposição do poder público.

47. Está-se diante de um descumprimento de normativo que submete o poder público a risco extremamente relevante e que pode atingir cifra bilionária. A medida que deveria ter sido adotada para dirimir esse risco era, justamente, a exigência de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa. Recorre-se mais uma vez à instrução à peça 48:

177. Para esclarecer, imagine-se a situação na qual uma arrendatária que teve seu contrato prorrogado antecipadamente seja condenada pelo juízo arbitral a quitar valores significativos em favor da administração pública. Imagine-se, ainda, que essa mesma arrendatária não possua condições financeiras e operacionais para quitar tal dívida (frisando-se aqui que o Decreto 8.465/2015 define em seu art. 13, §2º, que o prazo máximo para que o contratado quite o valor a que eventualmente venha a ser condenado é de 5 anos).

178. Por não possuir condições de quitar a dívida definida pelo juízo arbitral, nesse exemplo a arrendatária teria seu termo aditivo extinto e a administração pública passaria a estar diante de mais um imbróglio judicial, tendo de executar os valores que não foram pagos e dispondo de um terminal inoperante por ausência de termo aditivo vigente.

179. De que modo pode, então, o poder concedente se resguardar da ocorrência dessa hipótese? Mais uma vez, o Decreto 8.465/2015 traz a resposta: exigindo que o contratado pague ou deposite em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro. No exemplo citado acima, se a arrendatária tivesse feito esse pagamento ou depósito em juízo, a administração pública disporia ou teria como garantia os recursos depositados, para abrandar os prejuízos decorrentes do não cumprimento da decisão arbitral definitiva.

48. Portanto, as alegações de que a nulidade em apreço foi ‘forçosamente construída’ não merecem prosperar. O descumprimento do Decreto 8.465/2015 restou-se comprovado e já foi devidamente fundamentado por esta unidade técnica, como é possível ver nos trechos acima e na peça 48 do presente processo.

49. A manifestação da Libra prossegue com a empresa afirmando (peça 66, p. 14) que o regulamento ‘permite ao juízo arbitral, quando necessário, assim sendo quando entenda imprescindível, que determine ao arrendatário o depósito da quantia litigiosa’. Em seguida alega que

‘não há que se falar em obrigatoriedade de depósito dos valores litigiosos para a prorrogação contratual’.

50. Tais informações também já foram objeto de análise por esta unidade técnica, nos seguintes parágrafos da instrução à peça 48:

133. Aqui cumpre enfatizar ponto já tratado nesta instrução. O Decreto 8.465/2015 estabelece como condição obrigatória para a prorrogação de contratos de arrendamento com litígio pendente de decisão arbitral que o contratado tenha pago ou depositado em juízo o valor provisório definido pelo árbitro. Mesmo que essa definição seja feita pelo árbitro apenas quando necessário, ao assinar a prorrogação do Contrato PRES 32/98 e o Termo de Compromisso Arbitral na mesma data, era sabido que era impossível que tivesse havido tal definição e que não havia tempo para que o árbitro nem mesmo definisse se essa definição seria necessária ou não.

134. Assim, tem razão a empresa ao alegar que no caso concreto sequer havia ocorrido a constituição do tribunal arbitral. Porém, tal fato também leva à conclusão de que o Contrato PRES 32/98 foi prorrogado sem que se soubesse se o árbitro considerava necessária ou não a definição de valor provisório e que a condição obrigatória de depósito em juízo ou pagamento desse eventual valor tivesse sido cumprida pela arrendatária. Em parágrafos seguintes desta instrução será demonstrado que a deliberação do árbitro sobre a necessidade ou não de se definir um valor provisório para a obrigação litigiosa deveria ter ocorrido antes da prorrogação, para que o Decreto 8.465/2015 fosse obedecido.

51. Portanto, não tem razão a empresa ao afirmar que não há obrigatoriedade de depósito dos valores litigiosos. Caso o árbitro defina que a arrendatária deve pagar ou depositar em juízo o valor provisório da obrigação litigiosa, isso deve obrigatoriamente ser cumprido. No caso concreto, como visto, não foi dado ao árbitro nem mesmo tempo hábil para fazer tal definição.

52. Em sua manifestação, a Libra avança informando (peça 66, p. 14) que está postulando ressarcimento de lucros emergentes e cessantes em função de flagrante inadimplemento contratual da Codesp e que não há valores incontroversos. Mais uma vez reitera-se que não cabe à empresa definir a parte inadimplente, sendo tal definição de competência do juízo arbitral.

53. A manifestação continua (peça 66, p. 15) com a empresa informando que a Codesp afirmou, em relatório circunstanciado, que a arrendatária havia cumprido os requisitos do art. 13 do Decreto 8.465/2015. Contudo, não tem razão a empresa ao fazer tal afirmação, pois o ateste da Companhia Docas com relação ao adimplemento da arrendatária foi feito com ressalva às questões que seriam discutidas em juízo arbitral, como destacado na instrução à peça 48:

24. Considerando tais premissas, a Codesp concluiu, em seu relatório circunstanciado (peça 4, p. 35), que **‘ressalvadas as questões que estão motivando o juízo arbitral, consideramos atendidas as condições relativas ao Artigo 8º da Portaria nº 349, de 30-09-2014, da SEP’**. (grifos nossos)

54. Outrossim, a mera cópia de informação repassada pela Codesp em um de seus documentos não é suficiente para descaracterizar a irregularidade. Foi dada oportunidade à Codesp, ao MTPA e à arrendatária de se manifestarem nos autos, porém mesmo com todas as informações prestadas não foi possível verificar o cumprimento integral do Decreto 8.465/2015.

55. Em seguida, na manifestação apresentada, a Libra afirma que ‘até a Codesp entendeu que o depósito da obrigação litigiosa seria desnecessário’. Apesar de não ter sido encontrado trecho em que a Companhia faz tal afirmação, reitera-se que é competência exclusiva do árbitro, e não da Codesp, definir se é necessário ou não o pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa.

56. Posteriormente, a empresa afirma que se o ‘Tribunal Regional Federal da 3ª Região reconheceu a necessidade de prosseguimento na prestação de serviços do grupo Libra, não havendo qualquer tipo de imposição para se garantir o juízo, ato contínuo, seria coerente o Tribunal de Contas da União manter tal entendimento e não determinar a rescisão contratual’. Segundo a Libra, ‘a imposição de rescisão contratual só teria o fito de prejudicar a iniciativa das partes de levar a matéria em debate ao juízo arbitral’.

57. Nesse mesmo sentido, a Libra afirma que ‘há sim uma decisão do TRF da 3ª Região que determinou a continuidade dos serviços prestados pelo grupo Libra sem qualquer tipo de valores litigiosos’ e que ‘não seria razoável que o TCU, ignorando os fatos e a análise de todas as partes envolvidas e do Judiciário, defendesse a rescisão de um contrato que foi renovado regularmente’.

58. Cabe esclarecer que a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região era liminar e não havia decidido o mérito do litígio. Ainda, salienta-se que a presente representação constitui um processo autônomo de apuração por parte do Tribunal de Contas da União, sujeito a rito próprio e independente, amparado pela Constituição Federal, notadamente em seus artigos 70 e 71, e pela Lei 8.443/1992, cuja atuação independe de outras instâncias administrativas ou judiciais. Nessa linha, tal apuração não tem como objetivo ‘prejudicar a iniciativa das partes’ no procedimento arbitral, mas tão somente resguardar o erário público dos riscos a que está sujeito.

59. A manifestação prossegue com a Libra afirmando que ‘o agrupamento da área arrendada ao grupo Libra, com a unificação dos terminais, atende ao erário e interesse público, valorizando o bem e facilitando a prestação de serviços devida’. De acordo com a empresa, ‘analisando-se economicamente a situação aqui posta, há de se observar que a melhor e mais eficiente solução, para a União e para o grupo Libra, é de longe a manutenção da prorrogação antecipada como está’.

60. Mais uma vez retoma-se entendimentos já expostos na instrução à peça 48:

45. Apesar da relevância das informações trazidas pelo MTPA nesses tópicos de sua resposta à primeira diligência, esclarece-se, novamente, que na peça inicial desta representação não se questionou a efetividade e os ganhos operacionais trazidos pela prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98 e pela unificação contratual dos três antigos contratos do grupo Libra.

46. Tomou-se como diretriz para autuação desta representação que a decisão pela prorrogação antecipada e pela unificação contratual era fato consumado e que, por óbvio, visava trazer benefícios para o porto. **Todavia, mesmo com todos os ganhos operacionais apresentados pelo MTPA, tomar tal decisão não exime o poder concedente da observância dos normativos e princípios aplicáveis.**

(...)

92. Conforme já destacado, **o fato de a prorrogação contratual e a unificação dos contratos do grupo Libra terem gerado os citados ganhos operacionais não exime o poder concedente de observar os normativos aplicáveis.** A definição do valor provisório da obrigação litigiosa pelo juízo arbitral e o posterior pagamento ou depósito em juízo por parte da arrendatária não constituem meras formalidades, mas sim importantes garantias à disposição do poder público.

(...)

112. Engana-se o MTPA ao fazer a afirmação do trecho acima grifado. Mesmo que a prorrogação antecipada de contratos de arrendamento portuário seja um ato discricionário, os órgãos envolvidos no processo devem estrita obediência aos normativos aplicáveis. **Nem o maior dos ganhos operacionais dá aval ao gestor público para que desobedeça às leis e aos decretos aos quais está sujeito, especialmente quando o que está em risco é a própria prestação do serviço público.** (grifos nossos)

61. Conforme exposto na instrução à peça 48, a exigência do pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa não constitui mera formalidade. Mesmo com a existência dos ganhos citados pela Libra, a prorrogação antecipada de um contrato com uma empresa que pode vir a ser condenada a ressarcir os cofres públicos em valor que supera os investimentos que ela realizará em 20 anos de contrato não pode ser feita sem o devido zelo.

62. A empresa dá prosseguimento à manifestação, informando que ‘caso se acate a proposta da área técnica do TCU, teria que se rescindir o contrato unificado, restabelecendo-se os outros contratos individualmente, pois apenas um deles venceu, e justamente aquele sobre o qual não existe qualquer litígio ou pendência entre as partes’.

63. Tal possibilidade foi objeto de análise por parte desta unidade técnica. Caso o contrato venha a ser rescindido, caberá ao MTPA definir as providências a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço no Terminal 37 do Porto de Santos, conforme lê-se no seguinte trecho da instrução à peça 48:

195. Além disso, tendo em vista que o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 também refere-se à unificação de três contratos anteriores e que um deles já está vencido, **propõe-se, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, determinar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 90 dias, em razão do disposto no art. 6º da Lei 8.987/1995,**

informe sobre as providências adotadas ou a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço do Terminal 37 do Porto de Santos, considerando o vício de nulidade na unificação e na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, bem como o decurso do prazo do Contrato PRES 11/95, referente ao arrendamento do citado terminal. (grifos no original)

64. Por fim, a empresa alega que ‘mesmo que se reconhecesse eventualmente nulidade formal pelo descumprimento do inciso II já citado, o que comprovadamente não ocorreu, estaríamos diante de um vício inequivocamente sanável, passível de convalidação, conforme diversos precedentes do TCU’.

65. Na instrução à peça 48 é possível encontrar os seguintes trechos que descaracterizam tais alegações da arrendatária:

153. Para elucidar a situação, cabe trazer à instrução o fato de que o árbitro deve fazer duas definições antes da prorrogação antecipada de um contrato com litígio em discussão. Primeiramente, o árbitro deve deliberar se é necessária ou não a definição de um valor provisório para a obrigação litigiosa, pois somente ele tem a imparcialidade necessária para tomar essa decisão que lhe é imposta pelo art. 13, caput, do Decreto 8.465/2015. No caso de o árbitro entender que essa definição provisória é necessária, a arrendatária deve obrigatoriamente fazer o pagamento ou o depósito em juízo do valor para que o contrato seja prorrogado. Já no caso de o árbitro entender que não é necessária a definição de valor provisório para a obrigação litigiosa, não se aplicaria a obrigação do §8º do art. 13 do Decreto 8.465/2015.

154. Esclarecido esse ponto, passa-se a analisar a situação concreta, em que o Contrato PRES 32/98 foi prorrogado sem que o árbitro tenha se manifestado sobre a necessidade ou não de definição de valor provisório para a obrigação litigiosa. **Imagine-se que, depois de a prorrogação ter sido efetivada, o árbitro analise a lide e venha a definir o valor provisório para a obrigação litigiosa.**

155. Nesse caso, o §8º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 terá sido descumprido. O dispositivo é claro ao definir que a obrigação de pagamento ou depósito do valor provisório é anterior à efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação, dessa forma, a arrendatária não poderia cumprir *a posteriori* uma obrigação que o regulamento diz ser de cumprimento obrigatório antes da renovação, o que torna o aditivo irregular.

156. A definição do valor provisório para a obrigação litigiosa após o termo aditivo assinado pode resultar em prejuízos irreparáveis para o erário público, uma vez que não se tem garantias de que a arrendatária conseguirá honrar com um compromisso que é compulsório, contudo era desconhecido no momento da celebração da avença. A definição de que deve ser feito o pagamento ou o depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa somente após a celebração da prorrogação traz prejuízos inclusive para a própria arrendatária. O grupo Libra elaborou seus estudos e seu projeto executivo sem considerar que o árbitro ainda pode tomar essa decisão. Não se sabe, portanto, qual será o efeito na equação econômico-financeira de uma possível definição do árbitro de que há valor provisório, nem se a arrendatária terá condições financeiras para pagar ou depositar em juízo tal montante.

157. Portanto, isso mostra que a manifestação do árbitro quanto à necessidade ou não de definição de valor provisório para a obrigação litigiosa e o consequente pagamento ou depósito em juízo desse valor pela arrendatária deveriam ter ocorrido previamente à celebração do termo aditivo, como preconiza o regulamento. **O descumprimento desses dispositivos mostra-se um vício insanável no Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 e que gerará a proposta de encaminhamento ao final deste tópico da instrução.** (grifos nossos)

66. Vê-se, portanto, que o descumprimento do art. 13 do Decreto 8.465/2015 constitui vício insanável, pois não é possível antever qualquer tipo de decisão que poderá ser tomada pelo árbitro. Não é possível nem mesmo fazer qualquer tipo de previsão sobre se a arrendatária terá condições ou não de quitar eventual dívida a que venha a ser condenada. Por isso, a exigência de pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa deve ser etapa anterior à prorrogação antecipada, conforme ditames do Decreto 8.465/2015.

67. Cabe salientar, ainda, que eventual convalidação da irregularidade constatada pode vir a trazer sérios prejuízos ao poder público, conforme destacado na instrução à peça 48:

145. A alegação de que o art. 13, §1º, inciso II, do Decreto 8.465/2015 somente poderia ser considerado descumprido nas hipóteses em que tivesse sido emitida decisão arbitral sobre a fixação de valor provisório anteriormente à prorrogação também não merece prosperar. Se esse entendimento fosse utilizado, a citada exigência do regulamento se tornaria inócua. **Bastaria que todos os contratos com litígio em discussão no juízo arbitral fossem prorrogados na mesma data em que fosse assinado o respectivo Termo de Compromisso Arbitral (ou seja, não haveria decisão arbitral sobre a fixação do valor provisório previamente à prorrogação, como disse a arrendatária para exemplificar o seu caso concreto) para que essa exigência prevista no Decreto perdesse sua utilidade.** (grifos nossos)

68. Desse modo, convalidar o descumprimento da exigência de pagamento ou depósito do valor provisório da obrigação litigiosa tornaria inócua o art. 13, §1º, inciso II, do Decreto 8.465/2015. Outras arrendatárias que possuem dívidas em discussão judicial com administrações portuárias poderiam vir a assinar suas prorrogações antecipadas na mesma data em que assinassem termos de compromisso arbitral, submetendo o erário a mais situações de possível não quitação de dívidas atualmente existentes.

69. Como é possível notar, a própria prestação do serviço público está em risco na presente situação. Caso a arrendatária venha a ser condenada a quitar o valor entendido como devido pela Codesp, nem mesmo os investimentos que ela realizará em 20 anos de contrato serão suficientes para atingir tal monta. Assim, entende-se que a alternativa que mais atende ao interesse público e que virá a trazer mais segurança ao erário é aquela enviada como proposta de encaminhamento à peça 48.

70. Diante do exposto, entende-se que os presentes autos devem ser devolvidos ao Ministro Relator, por não terem sido trazidos fatos novos que pudessem alterar o entendimento desta unidade técnica, exposto na peça 48 do presente processo.”

3. O Ministério Público junto ao TCU - MPTCU, provocado para se manifestar em razão da relevância e complexidade da matéria, apresentou parecer nos termos do excerto a seguir transcrito (peça 133):

“Trata-se de representação formulada por equipe de auditoria designada no âmbito do TC-012.558/2016-8 (Relatório de Auditoria) acerca de indícios de irregularidades na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, celebrado em 25/6/1998 entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) e o Consórcio Libra-Boreal, cujo objeto era o arrendamento para exploração de área de aproximadamente 100.000 m², localizada na Ponta da Praia, na margem direita do Porto de Santos (armazéns 34 e 35, ou Terminal 35), pelo prazo original de 20 anos (peça 81, pp. 13/40).

O Contrato PRES 32/98 decorreu da Concorrência 12/1997 (edital à peça 80, pp. 22/52). O licitante vencedor foi o Consórcio Libra-Boreal, constituído pelas empresas Libra – Linhas Brasileiras de Navegação S.A. (atual denominação: Libra Terminais S.A.) e Boreal Serviços e Administração S.A. O Consórcio Libra-Boreal constituiu uma sociedade de propósito específico, denominada Libra Terminal 35 S.A., que passou a ser a arrendatária do Terminal 35 do Porto de Santos.

Em 18/3/2004, a Codesp e a Libra Terminal 35 S.A. (denominação atual: Libra Terminal Santos S.A. – peça 89), celebraram o Primeiro Instrumento de Retificação, Ratificação e Aditamento ao Contrato PRES 32/98 (peça 81, pp. 41/67), em cumprimento ao item 8.5.2 do Acórdão 392/2002 (Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues), mantido pelos Acórdãos 415/2003 e 156/2009, todos do Plenário, proferidos no TC 011.765/1999-2 (peça 77, pp. 148/9). Referido item conteve determinação à Codesp para a correção da redação do Contrato PRES 32/98, com vistas a adequá-la aos exatos termos da minuta contratual anexa ao edital da Concorrência 12/1997.

Mediante o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 (peça 1), celebrado em 2/9/2015 entre a União e a Libra Terminais S.A., com a interveniência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e da Libra Terminal 35 S.A., foi feita a unificação dos contratos PRES 32/98, DP/019.2000 e PRES 11/95, os quais passaram a constituir o Contrato PRES 32/98, denominado de Contrato Unificado. Os contratos PRES 11/95 (peça 109, pp. 61/83) e DP/019.2000 (peça 111, pp. 35/65) cuidam, respectivamente, dos arrendamentos do Terminal 37 e do Terminal 33 do Porto de Santos, de titularidade da Libra Terminais S.A., cujos prazos de vigência originais eram até 4/9/2015 e 16/5/2020, prorrogáveis.

Além da unificação dos três contratos de arrendamento (Terminais 33, 35 e 37), o aditivo teve por objeto: a sub-rogação do Contrato Unificado (a Codesp foi sub-rogada pela União), a expansão da área do Contrato Unificado (com adensamento da área entre o Terminal 35 e o Terminal 37, denominada Enclave), a

prorrogação antecipada do Contrato Unificado (com nova vigência até 4/9/2035), a previsão de investimentos (orçados em R\$ 723.002.125,95), o ajuste do valor do arrendamento (para R\$ 4,39/m² e R\$ 32,64/contêiner), a inclusão de direitos e obrigações das partes, o ajuste da movimentação mínima contratual (para 400.000 contêineres por ano), a inclusão de níveis de serviço, o ajuste do valor do Contrato Unificado (para R\$ 11.594.147.782,65) e a inclusão de cláusulas resolutivas (cláusula primeira, peça 1, pp. 3/4).

No mesmo dia da assinatura do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 (2/9/2015), foi assinado Termo de Compromisso Arbitral entre a União e a Codesp, com a interveniência da Antaq, de um lado, e as empresas Libra Terminal 35 S.A. e Libra Terminais S.A., do outro, com o objetivo de pôr fim a nove processos judiciais, submetendo seus objetos à arbitragem (peça 10).

Entre esses processos, estava o processo 0008341-12.2003.4.03.6104, em grau de **apelação** na 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF/3ª Região), que trata de ação de cobrança movida pela Codesp em face da Libra Terminal 35 S.A., em razão do pagamento a menor dos valores de arrendamento.

Desde o início da vigência do Contrato PRES 32/98, a Libra Terminal 35 S.A. não vinha pagando integralmente à Codesp os valores de arrendamento fixados no contrato. Enquanto os valores faturados (cobrados) pela Codesp entre dezembro/1998 e setembro/2014 somaram R\$ 1.138.364.952,31 (valor histórico), o valor pago pela Libra Terminal 35 S.A. nesse período atingiu apenas R\$ 103.160.215,47 (valor histórico), menos de 10% do cobrado, gerando uma dívida dessa empresa para com a autoridade portuária de R\$ 1.035.204.736,84, que, atualizada e com o acréscimo de juros de mora, alcançava R\$ 1.896.879.530,54 em 27/10/2014 (peça 2, pp. 133/4).

A Lei 12.815, de 5/6/2013, denominada de Lei dos Portos, instituiu novo marco regulatório do setor portuário. Seu art. 57 estabelece que os contratos de arrendamento firmados sob a Lei 8.630/1993 e que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada poderão ter sua prorrogação antecipada, **a critério do poder concedente**. Já o art. 62 da lei assim dispõe:

‘Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, **impossibilita** a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o *caput*, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 2º O impedimento previsto no *caput* também se aplica às pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas, ou de controlador comum com a inadimplente.’ (grifou-se)

O § 1º do art. 62 da Lei 12.815/2013 foi regulamentado pelo Decreto 8.465, de 8/6/2015, cujo art. 13 apresenta a seguinte redação:

‘Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados, observados os demais requisitos legais e regulamentares, **se caracterizado o interesse público, desde que:**

I - o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;

II - o contratado **tenha pago ou depositado** à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo *caput*; e

III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública.

§ 2º O prazo máximo para o pagamento a que se refere o inciso III do § 1º não será superior a cinco anos.

§ 3º Caso o árbitro estabeleça que o prazo total para pagamento de que trata o inciso III do § 1º será superior a cento e oitenta dias, deverá estabelecer que o pagamento ocorrerá em prestações periódicas, sendo a primeira prestação paga no prazo de até cento e oitenta dias, contado da data de ciência da decisão arbitral definitiva.

§ 4º Em caso de omissão da decisão arbitral, o prazo de pagamento a que se refere o inciso III do § 1º será de cento e oitenta dias, contado da data de ciência da decisão.

§ 5º Na hipótese de prorrogação do contrato a que se refere o litígio, **o termo aditivo considerará,**

para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, os valores provisórios estabelecidos pelo árbitro, sem prejuízo de posterior reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da decisão arbitral definitiva.

§ 6º Na situação de que trata o § 5º, caso a decisão arbitral provisória não seja proferida com antecedência mínima de noventa dias em relação ao termo final do contrato, o poder concedente poderá definir valores provisórios no termo aditivo para efeito de definição da equação econômico-financeira referente ao período de prorrogação, que vigorarão até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva, sem prejuízo da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de decisão arbitral definitiva superveniente.

§ 7º Na situação de que trata o § 6º, os valores provisórios serão definidos pelo poder concedente e utilizarão como parâmetro os valores de contratos similares relativos ao mesmo porto ou, se não houver, de outros portos.

§ 8º **O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º não exclui a obrigação de pagamento ou depósito da quantia a que se refere o inciso II do § 1º antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação**, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, nos termos do § 6º.

§ 9º O disposto neste artigo também se aplica à celebração de novos contratos durante o curso de procedimento arbitral.

§ 10. A condição de que trata o inciso III do § 1º constará como cláusula resolutiva no termo aditivo de prorrogação ou no instrumento de contrato que venha a ser celebrado durante o curso da arbitragem.’ (grifou-se)

A equipe de auditoria autora da representação, ao analisar o processo que resultou na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, entendeu que **fatores relevantes não haviam sido levados em consideração pelos órgãos envolvidos**, notadamente no que tange à **definição do valor provisório da obrigação litigiosa**.

Assim, a equipe, com o aval do Diretor e do Secretário da então Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária, Hídrica e Ferroviária (SeinfraHidroFerrovia), propôs o conhecimento da representação e a realização de diligência ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPAC), que, nos termos da Lei 13.341/2016, assumiu as atribuições da extinta Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), bem como à Codesp, para que encaminhassem as seguintes informações (peças 13 a 15):

‘b.1) justificativas para a inexistência de prestação de garantias por parte da Libra Terminais S.A. anteriormente à celebração da prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, conforme explicações dos parágrafos 42 a 64 da presente instrução;

b.2) motivos que levaram à não definição de um valor provisório para a obrigação litigiosa da Libra Terminais S.A. e porque a possibilidade de condenação da arrendatária a quitar a dívida assumida como devida pela Codesp não foi levada em consideração ao se prorrogar o Contrato PRES 32/98, conforme explicações dos parágrafos 65 a 86 da presente instrução;

b.3) atual situação do procedimento de arbitragem em andamento com a Libra Terminais S.A., a previsão de quando este se tornará eficaz, se houve descumprimento da Cláusula Décima Terceira do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, alterada pela Cláusula Primeira do Terceiro Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, e se a avença se tornou extinta considerando eventual descumprimento de cláusula, conforme explicações dos parágrafos 87 a 93 da presente instrução;

b.4) demais informações que considerem pertinentes para esclarecimento dos fatos levantados nesta instrução.’

O então relator do feito, Ministro Augusto Nardes, conheceu da representação e restituiu o processo à unidade técnica, autorizando a diligência e a realização de medidas necessárias ao saneamento dos fatos apontados (peça 16).

Após analisar as respostas à diligência, constantes às peças 21 e 22, a unidade técnica entendeu que o requisito para a prorrogação contratual previsto no art. 13, § 1º, II, do Decreto 8.465/2015 não havia sido cumprido. Tal dispositivo trata do pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa definido pelo árbitro. Além desse descumprimento, foi identificada a possível morosidade da Codesp em sua atuação como parte do processo de arbitragem. Em vista disso, foi proposta a realização das seguintes oitivas (peças 23 a 25):

a) do MTPAC e da Libra Terminais S.A., para que se manifestassem sobre o possível descumprimento do inciso II do §1º do artigo 13 do Decreto 8.465/2015;

b) da Codesp, para que se manifestasse sobre os fatos relacionados à possível morosidade da companhia como parte do procedimento arbitral, informando a previsão para a conclusão dos procedimentos que atualmente lhe são cabíveis.

Em resposta às oitivas, o MTPAC, a Codesp e a Libra Terminais S.A. apresentaram os esclarecimentos contidos, respectivamente, às peças 33, 35 e 46.

O Auditor da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) analisou as respostas às oitivas e, com a anuência do Diretor e do Secretário, formulou a seguinte proposta de encaminhamento (peças 48 a 50):

‘a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la procedente;

b) assinar prazo de 15 dias, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, rescindindo o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, celebrado com a Libra Terminais S.A., por estar em desacordo com o art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015 e por sua expressiva potencialidade de dano ao erário;

c) determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 90 dias, em razão do disposto no art. 6º da Lei 8.987/1995, informe sobre as providências adotadas ou a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço do Terminal 37 do Porto de Santos, considerando o vício de nulidade na unificação e na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, bem como o decurso do prazo do Contrato PRES 11/95, referente ao arrendamento do citado terminal;

d) determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à Codesp que, no prazo de 30 dias, informe a este Tribunal sobre a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da Companhia no juízo, e, caso estes não tenham sido concluídos, que encaminhe, no prazo de 30 dias, plano de ação contemplando cronograma, atividades detalhadas e responsáveis para a conclusão de tais procedimentos;

e) que seja autorizada, com fundamento no art. 250, §6º, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 43 da Resolução TCU 259/2014, a autuação de processo apartado para apurar as responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015;

f) encaminhar cópia da deliberação que vier a ser proferida neste processo, bem como do relatório e voto que a fundamentarem ao MTPA, à Codesp, à Antaq, à Libra Terminais S.A., à Libra Terminal 35 S.A. e à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal;

g) encerrar o presente processo, com fundamento no art. 169, inciso V, do Regimento Interno do TCU.’

O Ministro Augusto Nardes, mediante despacho datado de 24/5/2017, consignou que as propostas apresentadas pela unidade técnica ainda não se encontravam em condições de serem apreciadas, em face da necessidade de se obterem elementos adicionais ao exame da matéria posta nos autos. Desse modo, determinou a restituição dos autos à SeinfraPortoFerrovia, para que, preliminarmente, adotasse as seguintes medidas (peça 53):

‘a) promova diligência junto ao MTPA para que, no prazo de 30 (trinta) dias, informe a este Tribunal as medidas eventualmente adotadas relativamente ao Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES nº 32/1998 frente ao disposto no art. 13, § 1º, inciso II, do Decreto nº 8.465/2015, bem como os resultados porventura delas advindos, em face das manifestações contidas no Memorando nº 858/2016/DOUP-GC/SEP, de 21/11/2016, e na Nota nº 02419/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU, de 24/11/2016, acerca da conclusão contida no Parecer nº 00313/2016/CONJUR-MT/CGU/AGU, de 13/10/2016, e em face das medidas sugeridas no Memorando nº 816/2016/DOUP-GC/SEP, de 4/11/2016, esclarecendo se houve definição arbitral e pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa de que trata o aludido dispositivo legal e, em caso positivo, detalhando o *quantum* e o respectivo cálculo desse valor;

b) promova diligência junto à Codesp para que, no prazo de 30 (trinta) dias, informe a este Tribunal

sobre:

b.1) a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da Companhia no juízo, ou, caso isso ainda não tenha sido feito, apresente as justificativas devidas, acompanhadas de cronograma com indicação das atividades, prazos e responsáveis para a conclusão desses atos;

b.2) a situação atual do procedimento arbitral, com informações atualizadas e detalhadas sobre o andamento desse procedimento, frente ao prazo estabelecido para a resolução das controvérsias de 24 meses, a partir de 11/3/2016, data em que o Termo de Compromisso Arbitral celebrado entre as partes adquiriu eficácia, e ao transcurso de mais da metade desse prazo;

c) conceda prazo de 30 (trinta) dias à empresa Libra Terminais S.A. para que, caso seja do seu interesse, apresente as informações que julgar cabíveis acerca da situação atual do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES nº 32/1998 e do procedimento arbitral instaurado em conjunto com a Codesp.

A unidade técnica deu cumprimento ao despacho (peças 54 e 55). Em resposta às medidas preliminares, o MTPAC encaminhou os documentos à peça 62, a Codesp encaminhou o ofício à peça 65, e a Libra Terminais S.A. encaminhou as informações às peças 66, 67 e 68.

O Auditor da unidade técnica analisou as respostas apresentadas e considerou que elas não alteravam o entendimento contido na instrução anterior. Assim, com a concordância do Diretor e do Secretário, os autos foram devolvidos ao então Relator, em 4/9/2017, informando-lhe que as respostas às diligências não alteravam a proposta de encaminhamento constante na instrução de peça 48 (peças 69/71).

Por meio de despacho datado de 2/2/2018, o Ministro Augusto Nardes declarou-se impedido para relatar o feito, com fulcro no art. 151, parágrafo único, do Regimento Interno do TCU (peça 72).

Os autos foram, então, remetidos à Secretaria das Sessões, para sorteio de novo relator.

Vossa Excelência foi sorteada como relatora e, mediante o despacho à peça 74, solicitou o pronunciamento do Ministério Público de Contas da União, considerando a relevância da matéria e as questões jurídicas envolvidas.

II

São duas as questões em debate neste processo: a primeira diz respeito à ilegalidade da celebração do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 (datado de 2/9/2015) e a segunda diz respeito à morosidade da Codesp em adotar os procedimentos de sua alçada para dar início ao procedimento arbitral de que trata o Termo de Compromisso Arbitral (datado de 2/9/2015) celebrado com as sociedades empresárias Libra Terminal 35 S.A. e Libra Terminais S.A.

Tais questões serão abordadas nos tópicos que se seguem, e, após, serão feitas algumas considerações adicionais sobre aspectos não examinados pela unidade técnica.

1. Da ilegalidade da prorrogação do contrato de arrendamento

Inicialmente, cumpre fazer um histórico dos principais fatos que antecederam a celebração do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98.

No dia 5/6/2013, foi editada a Lei 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. A Lei 12.815/2013, que decorreu da conversão da MP 595/2012, revogou a Lei 8.630/1993, que dispunha sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. Os arts. 57, *caput* e § 1º, e 62 da nova lei assim dispõem acerca da prorrogação dos contratos de arrendamento (grifou-se):

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

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

(...)

Art. 62. **O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento,** bem como obter novas autorizações.

§ 1º **Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.**

§ 2º O impedimento previsto no *caput* também se aplica às pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas, ou de controlador comum com a inadimplente.’

Em 23/8/2013, o Grupo Libra apresentou à SEP/PR pedido de unificação contratual, aprovação de investimentos e prorrogação antecipada referente aos seus três contratos de arrendamento no Porto de Santos (contratos PRES 32/98, DP/019.2000 e PRES 11/95), o que ensejou a abertura do processo administrativo 50300.002099/2013-09 (peça 6, p. 5), cuja cópia integral foi entregue pelo MTPAC ao TCU no âmbito do TC 012.558/2016-8 (item não digitalizável à peça 14 daqueles autos, juntado às peças 97 a 132 dos presentes autos).

Submetido o pleito para a manifestação da Antaq, **a agência reguladora afirmou que seria adequado, primeiramente, sanear os assuntos relacionados ao equacionamento de dívidas**, objeto de ações judiciais entre a Codesp e o Grupo Libra, sobre os quais estava sendo discutida a possibilidade de acordo, no âmbito dos processos 50300.00277/2011-97 e 00400.003629/2010-89 (peça 6, p. 6). Assim, em 20/12/2013, propôs o sobrestamento do processo 50300.002099/2013-09, até decisão final acerca da questão envolvendo o acordo da dívida (peça 7, p. 2).

Mediante memorando datado de 3/2/2014, a SEP/PR corroborou a manifestação da Antaq no sentido do sobrestamento do processo (peça 7, p. 3).

Em 22/8/2014, a Libra Terminal 35 S.A. sugeriu à Codesp que as diversas lides acerca da execução do Contrato PRES 32/98 fossem solucionadas por meio de arbitragem (peça 5, p. 9) e apresentou as principais condições da arbitragem (peça 2, p. 5).

A Diretoria Executiva da Codesp (Direxe), em reunião ordinária ocorrida em 18/9/2014, apreciou os conceitos a serem utilizados em eventual Termo de Compromisso Arbitral entre a Codesp e a Libra Terminais, referentes às pendências judiciais dos contratos PRES 11/95, PRES 32/98 e DP/019.2000, e encaminhou o assunto ao Conselho de Administração (Consad) para manifestação (peça 2, pp. 5/11).

Em 30/9/2014, a Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) editou a Portaria 349/2014, a fim de regulamentar o art. 57 da Lei 12.815/2013. Os arts. 6º, 7º e 8º da referida portaria assim dispõem (grifou-se):

‘CAPÍTULO III

DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Art. 6º Nos termos do art. 57 da Lei nº 12.815, de 2013, a SEP/PR, a seu critério, poderá prorrogar antecipadamente os contratos de arrendamento em vigor que, cumulativamente, atendam aos seguintes requisitos:

I - tenham sido firmados sob a vigência da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; e

II - possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada.

Parágrafo único. A arrendatária deverá manifestar expressamente o interesse de realizar novos investimentos, nos termos de Plano de Investimentos a ser proposto à SEP/PR, para aprovação.

CAPÍTULO IV

DOS CRITÉRIOS

Art. 7º **A prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento a que se refere o caput do art. 6º observará cumulativamente os seguintes critérios:**

I - o cumprimento das obrigações contratuais vigentes;

II - a aprovação do Plano de Investimentos; e

III - a aprovação do Evtea.

Seção I

Das Obrigações Contratuais

Art. 8º **O cumprimento das obrigações contratuais vigentes será atestado por meio de relatório circunstanciado elaborado pela Autoridade Portuária, o qual analisará, entre outros aspectos e, no que couber, informações relativas:**

I - ao atendimento dos níveis mínimos de movimentação;

II - aos investimentos obrigatórios;

III - às melhorias implementadas pela arrendatária;

IV - à qualidade e aos parâmetros de desempenho;

V - **à adimplência financeira da arrendatária e das pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas ou de controlador comum com a arrendatária perante a Autoridade Portuária;**

VI - a penalidades aplicadas;

VII - **às obrigações específicas relacionadas à prorrogação do contrato;** e

VIII - à manutenção das condições de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômica e regularidade fiscal, previdenciária e trabalhista.

Parágrafo único. O relatório circunstanciado deverá ser encaminhado acompanhado dos seguintes documentos e informações:

I - cópia do processo administrativo referente ao procedimento licitatório do contrato de arrendamento, digitalizada com uso de componente que permita reconhecimento óptico de caracteres (OCR);

II - cópia do contrato de arrendamento e respectivos termos aditivos, bem como dos comprovantes das respectivas publicações em diário oficial, digitalizada com uso de componente que permita reconhecimento óptico de caracteres (OCR);

III - relação de procedimentos e processos judiciais e extrajudiciais relativos ao contrato de arrendamento, em tramitação ou com trânsito julgado, mas pendente de execução, nas esferas federal, estadual e municipal; e

IV - informações comparativas relativas aos terminais congêneres.’

Em 14/10/2014, o Grupo Libra reiterou o pedido de unificação contratual, adensamento de áreas e prorrogação antecipada dos contratos PRES 32/98, DP/019.2000 e PRES 11/95. Em anexo a esse pedido, foram encaminhados o Plano de Investimentos e o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (Evtea) do empreendimento denominado Projeto Libra Terminais Santos - PLTS (peça 2, p. 193, e peça 6, p. 6).

Em 21/10/2014, a Superintendência Jurídica da Codesp, em cumprimento a solicitação do Consad (peça 2, p. 3), emitiu parecer jurídico acerca da proposta de termo de compromisso arbitral, apontando a necessidade de prévia análise e expressa autorização da União, por meio da Advocacia-Geral da União (AGU), para a celebração do compromisso arbitral (peça 2, pp. 14/57).

Em 22/10/2014, o Grupo Libra encaminhou à Codesp minuta do termo de compromisso arbitral (peça 2, pp. 60/123).

A Direxe, em reunião ocorrida no dia 23/10/2014, manifestou-se favoravelmente à proposta de submissão das pendências comerciais entre a Codesp e o Grupo Libra ao juízo arbitral (peça 2, p. 58). Em 27/10/2014, o Consad solicitou que a matéria fosse enviada para análise da AGU (peça 2, p. 59).

Em 4/11/2014, a Codesp encaminhou ofício à SEP/PR, requerendo análise jurídica quanto à proposta de termo de compromisso arbitral (peça 2, pp. 145/8).

Mediante o Memorando 162/2014/SPP/SEP/PR, o Secretário de Políticas Portuárias realizou consulta à Assessoria Jurídica da SEP/PR (Asjur-SEP/PR), para que se manifestasse a respeito da possibilidade de adoção do juízo arbitral (peça 5, p. 9). Em resposta, consubstanciada no Parecer 16/2015/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU, a Asjur-SEP/PR afirmou que a análise jurídica do acordo competia ao Advogado-Geral da União (peça 6, p. 7).

Em 8/6/2015, foi editado o Decreto 8.465/2015, que regulamentou o § 1º do art. 62 da Lei 12.815/2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Seu art. 13 estabelece o seguinte (grifou-se):

‘Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º **Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados, observados os demais requisitos legais e regulamentares, se caracterizado o interesse público, desde que:**

I - o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;

II - **o contratado tenha pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo caput;** e

III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração

pública.

§ 2º O prazo máximo para o pagamento a que se refere o inciso III do § 1º não será superior a cinco anos.

§ 3º Caso o árbitro estabeleça que o prazo total para pagamento de que trata o inciso III do § 1º será superior a cento e oitenta dias, deverá estabelecer que o pagamento ocorrerá em prestações periódicas, sendo a primeira prestação paga no prazo de até cento e oitenta dias, contado da data de ciência da decisão arbitral definitiva.

§ 4º Em caso de omissão da decisão arbitral, o prazo de pagamento a que se refere o inciso III do § 1º será de cento e oitenta dias, contado da data de ciência da decisão.

§ 5º Na hipótese de prorrogação do contrato a que se refere o litígio, o termo aditivo considerará, para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, os valores provisórios estabelecidos pelo árbitro, sem prejuízo de posterior reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da decisão arbitral definitiva.

§ 6º Na situação de que trata o § 5º, caso a decisão arbitral provisória não seja proferida com antecedência mínima de noventa dias em relação ao termo final do contrato, o poder concedente poderá definir valores provisórios no termo aditivo para efeito de definição da equação econômico-financeira referente ao período de prorrogação, que vigorarão até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva, sem prejuízo da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de decisão arbitral definitiva superveniente.

§ 7º Na situação de que trata o § 6º, os valores provisórios serão definidos pelo poder concedente e utilizarão como parâmetro os valores de contratos similares relativos ao mesmo porto ou, se não houver, de outros portos.

§ 8º O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º não exclui a obrigação de pagamento ou depósito da quantia a que se refere o inciso II do § 1º antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, nos termos do § 6º.

§ 9º O disposto neste artigo também se aplica à celebração de novos contratos durante o curso de procedimento arbitral.

§ 10. A condição de que trata o inciso III do § 1º constará como cláusula resolutive no termo aditivo de prorrogação ou no instrumento de contrato que venha a ser celebrado durante o curso da arbitragem.

Após a edição do Decreto 8.465/2015, a Consultoria-Geral da União (CGU) elaborou a Nota 63/2015/CGAPS/Decor/CGU/AGU, em que concluiu que cabia ao órgão de execução contenciosa da AGU a atribuição de subsidiar a decisão da SEP/PR quanto à vantajosidade processual da celebração de convenção arbitral, e ao órgão de execução consultiva da AGU a atribuição de efetuar em concreto a análise do cabimento de arbitramento e da adequação jurídica dos termos, das cláusulas e das condições de proposta de compromisso arbitral, salientando que a questão da arbitragem deveria observar o disposto no Decreto 8.465/2015 (peça 6, p. 7).

Em 16/6/2015, a SEP/PR solicitou à Codesp informações relativas aos valores pagos por terminais similares aos do Grupo Libra no Porto de Santos, tendo em vista a possibilidade de caber à SEP/PR fixar os valores de arrendamento provisório a serem considerados para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos do Grupo Libra, nos termos do art. 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 (peça 2, p. 193). As informações requeridas foram prestadas pela Codesp, conforme ofício datado de 24/6/2015 (peça 2, pp. 201/6), complementado pelo ofício datado de 7/7/2015 (peça 2, pp. 236/7) e retificado pelos ofícios datados de 10/7/2015 (peça 2, p. 210) e 15/7/2015 (peça 2, p. 214).

Em 24/6/2015, a Libra Terminal 35 S.A., considerando a edição do Decreto 8.465/2015, encaminhou à SEP/PR nova minuta de Termo de Compromisso Arbitral (TCA), a fim de solucionar as controvérsias relativas ao Contrato PRES 32/98 (peça 2, pp. 163/79).

Tal minuta foi analisada pela SEP/PR na Nota Informativa 14/2015/DOUP/SPP/SEP/PR, de 6/7/2015 (peça 6, pp. 4/19). Nesse documento, entre outros pontos, foi salientado que a Assessoria Jurídica da SEP/PR deveria esclarecer:

a) se há óbice para a continuidade da análise do pleito de unificação contratual e prorrogação antecipada formulado pelo Grupo Libra, tendo em vista a possibilidade de adoção de juízo arbitral para a solução das controvérsias judiciais envolvendo o Contrato PRES 32/98;

b) **se seria possível a condicionante contida na minuta de TCA proposta pelo Grupo Libra, no sentido de que o TCA teria sua eficácia condicionada à assinatura do instrumento de prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento do Grupo Libra no Porto de Santos;**

c) se seria possível limitar a 24 meses, sem prorrogação, o prazo para a prolação da sentença arbitral;

d) se está de acordo com a legislação em vigor a fixação dos valores provisórios de que trata o § 6º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 em R\$ 3,37/m² (valor atualmente pago pela Santos Brasil, que é um centavo superior ao valor atualmente pago pela Libra em relação ao Terminal 35) e R\$ 31,81/contêiner (valor atualmente pago pela Libra em relação ao Terminal 35).

Em 7/7/2015, a Codesp encaminhou à SEP/PR o Relatório Circunstanciado referente aos contratos PRES 32/98, DP/019.2000 e PRES 11/95, datado de 25/6/2015, em cumprimento ao disposto no art. 8º da Portaria SEP/PR 349/2014 (peça 4).

Por meio do Parecer 168/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU, datado de 10/7/2015, a Asjur-SEP/PR apresentou os seguintes principais entendimentos (peça 83, pp. 70/88):

a) não há óbice jurídico à celebração de compromisso arbitral para dirimir questões relacionadas ao contrato de arrendamento portuário em questão e que tenham sido submetidas ao Poder Judiciário, desde que observados os requisitos do Decreto 8.465/2015;

b) para a incidência da norma contida no § 6º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, é necessário que tenha sido **efetivamente instituída a arbitragem**. Supondo-se que os valores que vêm sendo pagos pela Libra equivalem aos valores mais altos entre os demais arrendamentos similares no mesmo porto, a sua fixação como valores provisórios mostra-se compatível com o art. 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015;

c) não há óbice em examinar o pleito de unificação e de prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento já formulado pelo Grupo Libra antes da instituição da arbitragem, porém **a efetiva unificação e prorrogação dos contratos com base em valor provisório definido pelo poder concedente só pode ocorrer após a efetiva instituição da arbitragem**, ou se ficar condicionada (condição suspensiva) à instituição da arbitragem enquanto ainda estiverem vigentes todos os contratos de arrendamento envolvidos na unificação/prorrogação;

d) o dispositivo do Decreto 8.465/2015 que autoriza a prorrogação de contratos ou a celebração de novos contratos enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral é compatível com o art. 62 da Lei 12.815/2013, na medida em que o *'particular seria obrigado a pagar ou depositar o valor de sua dívida em conformidade com uma decisão provisória do árbitro antes que possa celebrar prorrogações contratuais ou contratos novos, cuja continuidade ficaria dependente do pagamento integral de eventual valor a maior que o árbitro considerasse devido ao final do procedimento'*. *'(...) a decisão provisória do árbitro teria a eficácia de uma decisão liminar, que estabeleceria um valor provisório das obrigações do particular perante a Administração Pública a fim de que se possa considerá-lo adimplente e assim permitindo a celebração de prorrogações de prazo e novos contratos quando presentes os requisitos de conveniência e oportunidade em cada caso'* (peça 83, p. 82, grifou-se).

Na sequência, foram produzidos os seguintes documentos:

a) Nota Técnica 75/2015/DOU/SPP/SEP/PR, de 15/7/2015, que teve por objetivo verificar o cumprimento dos requisitos de admissibilidade do pedido de unificação contratual, adensamento de áreas e prorrogação antecipada, bem como analisar o Plano de Investimentos apresentado pelo Grupo Libra (peça 5, pp. 1/43). Nessa nota, foi consignado que os valores provisórios a serem admitidos pelo prazo máximo de 24 meses da assinatura do TCA deviam ser de R\$ 4,39/m² e R\$ 32,64/contêiner, que são os valores propostos no próprio Plano de Investimentos do Grupo Libra, atualizados para junho/2015 (peça 5, pp. 27/9 e 42). Ademais, concluiu-se que *'a arrendatária cumpriu os requisitos de admissibilidade para a prorrogação antecipada e, além disso, foi atestado o cumprimento das obrigações contratuais pela Codesp, ressalvadas as questões que estão motivando o juízo arbitral'* (peça 5, p. 41);

b) Parecer 170/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU, de 16/7/2015, que teve por objetivo analisar a possibilidade de unificação dos contratos PRES 32/98, DP/019.2000 e PRES 11/95, a possibilidade de adensamento da área denominada 'Enclave', e a minuta da portaria de aprovação preliminar do Plano de Investimentos (peça 5, pp. 49/64);

c) Portaria SEP/PR 271, de 16/7/2015, que aprovou, em caráter preliminar, o Plano de Investimentos apresentado pelo Grupo Libra, com as ressalvas constantes na Nota Técnica 75/2015/DOU/SPP/SEP/PR, **condicionando a eficácia dessa aprovação à celebração do termo de compromisso arbitral, bem como ao cumprimento dos requisitos para a prorrogação contratual estabelecidos no art. 13 do Decreto 8.465/2015**

(peça 5, p. 73).

Em seguida, o processo de prorrogação antecipada (processo 50300.002099/2013-09) foi enviado para a Antaq, para que se manifestasse acerca do Evtea (peça 5, pp. 77/9).

Estando o processo na Antaq, o Grupo Libra entregou, em 20/7/2015, nova versão do Evtea (peça 120, p. 51), adaptado ao Plano de Investimentos aprovado (peça 8, p. 8).

A área técnica da Antaq emitiu o Parecer Técnico 8/2015/GPO/SOG/ANTAQ/DRA, datado de 14/8/2015 (peça 7, pp. 1/118), com recomendação para a reformulação do Evtea, de modo a atender minimamente às ponderações elencadas no parecer, relacionadas, essencialmente, aos dados de capacidade operacional, previsão de demanda, previsão de MMC (Movimentação Mínima Contratual), custos estimados e receitas estimadas. O parecerista ressaltou que o Evtea não refletiu os ganhos operacionais e o incremento de eficiência que o projeto pode proporcionar, estando o resultado proposto sensivelmente subestimado (peça 7, pp. 114/5). Além disso, sugeriu, ***‘como medida de salvaguarda dos ativos públicos da União, que uma eventual prorrogação antecipada dos contratos seja condicionada, primariamente, ao cumprimento da decisão da arbitragem’*** (peça 7, pp. 117). A Superintendente de Outorgas da agência, mediante o Despacho 949/2015/SOG/ANTAQ, aprovou o parecer técnico, com algumas ressalvas, encaminhando os autos para análise jurídica (peça 7, pp. 125/37), em 17/8/2015, sob regime de urgência (peça 8, p. 8).

A Procuradoria Federal junto à Antaq, por sua vez, emitiu o Parecer 26/2015/GAB/PFANTAQ/PGF/AGU, datado de 20/8/2015 (peça 8), em que opinou pela necessidade de complementação do Evtea, com sua posterior apresentação à Antaq para fins de nova análise, em razão de diversos apontamentos feitos pela área técnica. Nesse sentido, salientou a grande disparidade entre o Valor Presente Líquido (VPL) apresentado pela arrendatária (R\$ 128 milhões negativos, base 2018) e o VPL estimado pela área técnica da agência (R\$ 241 milhões positivos, base 2018). Apontou, ainda, como questão prejudicial à unificação contratual, que a Antaq instrísse o processo de transferência de titularidade para a empresa que assumiria o contrato unificado, conforme manifestação expressa no Parecer 60/2015/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU.

Em seguida, a Superintendente de Outorgas complementou o Despacho 949/2015/SOG/ANTAQ, a fim de apresentar o resultado econômico-financeiro do PLTS ajustado às conclusões e ressalvas contidas no referido despacho (peça 124, pp. 107/10, e peça 125, pp. 1/4). Com esse ajuste, o VPL do projeto, estimado pela Antaq, passou para R\$ 42.309.692,43 negativos (base 2018).

Mediante expediente datado de 18/8/2015, protocolado em 20/8/2015, o Grupo Libra apontou inconsistências no Parecer Técnico 8/2015/GPO/DRA (peça 125, pp. 7/19). E, mediante expediente datado de 24/8/2015 (peça 125, pp. 27/49), o Grupo Libra apresentou questionamentos aos fundamentos contidos no Parecer 26/2015/GAB/PFANTAQ/PGF/AGU.

A Diretoria da Antaq, baseada em voto do Diretor Relator Márcio Povia (peça 9, pp. 1/81), aprovou o Evtea, ***‘na versão ajustada que contempla as observações da GPO [Gerência de Portos Organizados] e ressalvas de procedência da SOG [Superintendência de Outorgas] às fls. 1.402/1.406 [peça 124, pp. 107/10, e peça 125, pp. 1/4]’*** (peça 9, p. 79), conforme Resolução 4.304, de 24/8/2015 (peça 9, p. 83). Nessa mesma data, os autos foram encaminhados à SEP/PR (peça 9, p. 85). (grifou-se)

Em 26/8/2015, a SEP/PR encaminhou ofício ao Presidente do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC), solicitando-lhe que apresentasse proposta comercial para a arbitragem do conflito entre a Codesp e o Grupo Libra (peça 2, pp. 242/3). Constatou do ofício que ***‘já há acordo sobre a possibilidade e a conveniência da adoção do juízo arbitral, de forma a permitir a continuidade da operação dos Terminais e a realização de investimentos propostos pela Arrendatária’***. O ofício foi respondido em 2/9/2015 pelo Presidente da CAM/CCBC (peça 2, pp. 248/53).

Em 1º/9/2015, a Assessoria Jurídica junto à SEP/PR emitiu o Parecer 214/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU, opinando pela viabilidade jurídica da celebração do termo aditivo de prorrogação contratual, desde que observadas as ressalvas e recomendações contidas no parecer (peça 84). Entre as recomendações, destaca-se a seguinte (grifou-se):

‘(...), para fins de atendimento aos requisitos do art. 13, § 1º, incisos I e II, do Decreto nº 8.465, de 2013, será necessário que a CODESP certifique que a arrendatária vem pagando integralmente todo o valor incontroverso e que também pagou ou depositou à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa. Além disso, para fins de atendimento à exigência do inciso III do § 1º do art. 13 do Decreto nº 8.465, de 2013, deve constar do termo aditivo cláusula resolutiva

em caso de não pagamento tempestivo do valor a que a arrendatária venha a ser eventualmente condenada a pagar no processo arbitral.’

No dia seguinte, foram firmados o Termo de Compromisso Arbitral (peça 10) e o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 (peça 1).

Feito o histórico, passa-se ao exame do cerne da presente representação.

A Lei 12.815/2013 **estabeleceu a impossibilidade de prorrogação antecipada de contratos de arrendamento em caso de inadimplemento**, pelas arrendatárias, no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, como se percebe da redação do *caput* do seu art. 62. Como bem realçado pela unidade técnica, *‘tal dispositivo visa garantir a proteção ao erário pra que eventuais prorrogações de contratos com empresas inadimplentes não tragam ainda mais prejuízos aos cofres públicos’* (peça 48, p. 8).

Ao ver do Ministério Público de Contas, o dispositivo em tela não busca apenas prevenir maiores danos ao erário, mas também criar um incentivo a que as empresas arrendatárias mantenham-se adimplentes a fim de que se possam candidatar a uma eventual prorrogação, afinal de contas **não faz sentido algum permitir que empresas inadimplentes sejam premiadas com prorrogações contratuais**.

A prorrogação contratual não é, sob nenhuma hipótese, um direito da empresa arrendatária, é apenas uma possibilidade sujeita a critério de avaliação do poder concedente quanto à sua oportunidade e conveniência com vistas a **melhor atender ao interesse público**. Assim, somente se restar comprovado que a prorrogação atende melhor ao interesse público que a promoção de nova licitação, a prorrogação será possível. **Evidente que uma empresa que sequer paga suas obrigações em dia não oferece condições para que se possa considerar que atenda ao interesse público a prorrogação de seu contrato**.

Registre-se que a decisão final de que trata o art. 62 da Lei 12.815/2013 é a decisão final no âmbito administrativo, conforme se verifica do Parecer 14/2013 da Comissão Mista do Congresso Nacional, que analisou a Medida Provisória 595/2012 e elaborou o Projeto de Lei de Conversão 9/2013 (peça 82, p. 10). Aliás, caso se tratasse de decisão judicial final (transitada em julgado), o § 1º do art. 62 da Lei 12.815/2013 perderia sua utilidade, pois não faria sentido submeter ao juízo arbitral um litígio já definitivamente julgado pelo Poder Judiciário.

O § 1º do art. 62 da Lei 12.815/2013 trouxe a possibilidade de que os litígios relativos aos débitos a que se refere o *caput* do mesmo artigo pudessem ser dirimidos pela arbitragem. Ciente de que a arbitragem é um meio mais célere de resolução de conflitos, se comparado ao processo judicial, o legislador quis deixar expressa a possibilidade de uso do referido procedimento no âmbito do setor portuário. Veio na mesma linha a Lei 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/1996, para permitir que a administração pública direta e indireta utilizasse a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A resolução mais célere dos conflitos pela via da arbitragem, por sua vez, poderia viabilizar que arrendatárias/concessionárias cuja inadimplência estivesse sendo discutida há muitos anos no âmbito judicial, sem perspectiva de solução definitiva antes do término da vigência dos seus contratos, tivessem ao menos a chance de terem seus contratos prorrogados, desde que cumprida, é claro, a decisão arbitral.

Note-se, porém, que o fato de a Lei 12.815/2013 ter permitido o uso da arbitragem para dirimir litígios entre a arrendatária e a autoridade portuária/agência reguladora não autoriza a conclusão de que bastaria a simples assinatura de termo de compromisso arbitral (TCA) para se afastar o impedimento à prorrogação antecipada do contrato de arrendamento, até porque tal assinatura, por si só, não descaracteriza o inadimplemento da arrendatária.

De fato, com a assinatura do termo de compromisso arbitral em apreço nestes autos (peça 10), houve tão somente um acordo entre as partes com vistas à transferência da matéria em discussão em diversos processos judiciais para a via arbitral, sem que fosse afastada a inadimplência financeira da Libra Terminal 35 S.A., devidamente atestada pela Codesp (peça 83, p. 180), e que vinha ocorrendo **desde o primeiro ano da vigência do Contrato PRES 32/98**. Saliente-se que a dívida da Libra Terminal 35 S.A. com a Codesp, atualizada até 23/6/2015, já superava os **R\$ 2 bilhões** (peça 83, pp. 182/289).

À época da assinatura do TCA, os principais processos judiciais acerca do Contrato PRES 32/98 eram os seguintes:

Processo	Objeto	Estágio antes do TCA
0005951-69.2003.4.03.6104* (processo original 302/99)	Ação cautelar movida pela Libra Terminal 35 S.A. contra a Codesp, objetivando provimento jurisdicional para que a ré	Sentença proferida em 23/3/2004 julgou improcedente o pedido,

(3ª Vara Federal de Santos)	se abstenha da prática de qualquer ato que dificulte, prejudique ou impeça a execução do Contrato PRES 32.98, até o julgamento final da demanda principal.	revogando a liminar anteriormente concedida (peça 79, pp. 21/32). A autora recorreu ao TRF/3ª Região. Foi concedida a antecipação da tutela recursal, para impedir a Codesp de praticar qualquer medida que dificultasse, prejudicasse ou impedisse as operações da autora no Terminal 35 do Porto de Santos (peça 2, p. 17). O mérito recursal ainda não havia sido julgado.
0005952-54.2003.4.03.6104* (processo original 800/99) (3ª Vara Federal de Santos)	Ação ordinária movida pela Libra Terminal 35 S.A. contra a Codesp, objetivando a declaração do direito de aplicar a cláusula de 'exceção de contrato não cumprido', de modo a só estar compelida a cumprir na íntegra suas obrigações, quando cumpridas as da ré, consistentes na realização de dragagem dos berços de atracação e na realização de remanejamento e remodelação do sistema rododiferroviário.	Sentença proferida em 23/3/2004 julgou improcedente o pedido (peça 78, pp. 168/73, e peça 79, pp. 1/18). A autora recorreu, mas o recurso ainda não havia sido julgado pelo TRF/3ª Região.
0008341-12.2003.4.03.6104* (processo original 1.936/00) (3ª Vara Federal de Santos)	Ação de cobrança movida pela Codesp contra Libra Terminal 35 S.A., objetivando a condenação da ré ao pagamento integral do débito, inclusive as obrigações vincendas, acrescidas de multa e correção monetária, relativamente ao contrato de arrendamento celebrado para a exploração de instalação portuária.	Sentença proferida em 23/3/2004 julgou procedente o pedido (peça 78, pp. 155/65). A ré recorreu, mas o recurso ainda não havia sido julgado pelo TRF/3ª Região.
0014006-67.2007.4.03.6104 (processo original 2.028/00) (3ª Vara Federal de Santos)	Ação ordinária movida pela Libra Terminal 35 S.A. contra a Codesp, objetivando o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato PRES 32/98.	Ainda não havia sido proferida sentença (peça 2, p. 23).
0019750-15.2004.8.26.0562 (processo original 948/04) (12ª Vara Cível de Santos)	Ação de consignação em pagamento movida pela Libra Terminal 35 S.A. contra a Codesp, objetivando depositar em juízo o valor relativo ao faturamento do Contrato PRES 32/98 que entende devido, considerando, para tanto, o reequilíbrio econômico-financeiro pretendido.	Ainda não havia sido proferida sentença (peça 2, p. 26).

* Os três processos tramitavam em conjunto.

A morosidade na solução definitiva dos referidos processos judiciais certamente era um fator importante a ser considerado para a escolha da via arbitral. Contudo, cumpre repisar, **a mera assinatura de termo de compromisso arbitral não constitui causa suficiente para o afastamento da vedação contida no art. 62, caput, da nova Lei dos Portos.**

Ao ver do Ministério Público de Contas, a autorização contida na Lei 12.815/2013 para que questões atinentes à inadimplência contratual fossem dirimidas pela via da arbitragem não permite que se prorroguem contratos cujas divergências ainda não foram dirimidas. Vale dizer, a lei veda a prorrogação de contrato em que haja inadimplência contratual da arrendatária e autoriza que questões conflituosas sejam submetidas à arbitragem, mas **tais questões precisam estar já dirimidas por ocasião da prorrogação**, sem o que resta não atendida a proibição de prorrogação de contratos com empresas inadimplentes.

Desse modo, o Decreto 8.465/2015 extrapola seu campo de regulamentação, inovando de modo indevido na ordem jurídica, ao prever que **'enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados'** (grifou-se)

Evidentemente, não era esse o propósito da lei, nem poderia ser, uma vez que, dessa forma, o poder concedente está acenando com a possibilidade de prorrogação para empresas que se mantêm em litígio com a Administração, devedoras do exato cumprimento de suas obrigações, não merecendo, portanto, o prêmio de ver seus contratos prorrogados. Seria muito melhor para a sociedade que uma nova empresa, desta feita cumpridora de suas obrigações, fosse selecionada para explorar esse relevante serviço público mediante licitação. Ao ver do Ministério Público de Contas, não há como se considerar evidenciado o melhor atendimento ao interesse público na prorrogação de contrato com empresa que se mantêm em litígio com o poder concedente. Só por esse fundamento, já se impõe que seja declarado nulo o Segundo Termo Aditivo ao Contrato Pres 32/98.

Ad argumentandum tantum, já apontada a indevida e ilegal flexibilização da vedação contida no art. 62, caput, da Lei 8.465/2015 pelo Decreto 8.465/2015, acrescenta-se que, mesmo que fosse considerada legal tal regulamentação, ficaram expressamente delineados requisitos específicos que deveriam ser observados para a prorrogação de contratos de arrendamento em que a inadimplência da arrendatária

estivesse sendo discutida em sede de arbitragem.

O art. 13, § 1º, do decreto estabeleceu três condições que deveriam ser cumulativamente cumpridas para a prorrogação de tais contratos, a teor dos seus incisos I, II e III, a seguir reproduzidos:

- ‘I - o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;
- II - o contratado tenha pago ou depositado em juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo caput; e**
- III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública.’

De acordo com a unidade técnica, o primeiro requisito havia sido cumprido, uma vez que os valores incontroversos (que a arrendatária entendia como devidos) estavam sendo pagos ou depositados em juízo no âmbito da ação de consignação em pagamento 0019750-15.2004.8.26.0562 (peça 21, p. 10, e peça 48, p. 11).

O terceiro requisito também havia sido cumprido, pois o parágrafo segundo da cláusula décima-terceira do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 assim dispôs (peça 1, p. 14):

‘Nos termos do inciso III do §1º e do §10 do art. 13 do Decreto 8.465, de 8 de junho de 2015, caso a ARRENDATÁRIA venha a ser condenada, na arbitragem decorrente do COMPROMISSO de que trata o item 16 do preâmbulo deste Termo Aditivo, a pagar alguma quantia em favor da União ou da Codesp, ficará obrigada a pagar todo o valor nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, sob pena de extinção do presente Termo Aditivo.’

O segundo requisito, porém, à toda evidência, deixou de ser cumprido, haja vista que não houve nenhum pagamento ou depósito em juízo de valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro. Para que tal requisito pudesse ser atendido, o juízo arbitral já teria de estar efetivamente instaurado, com a fixação pelo árbitro de um valor provisório. **Sem que sequer o juízo arbitral estivesse instaurado, jamais se poderia cogitar da prorrogação contratual em tela.**

Na verdade, na tentativa de atabalhoadamente se prorrogar o contrato com a empresa Libra, buscou-se suprir o evidente descumprimento do requisito do decreto com a mera assinatura de um Termo de Compromisso Arbitral celebrado **na mesma data do aditivo de prorrogação contratual (2/9/2015)**, um claro acochambramento feito a apenas dois dias do fim da vigência do contrato PRES 11/95 (4/9/2015). Cabe destacar que a efetiva instauração da arbitragem só veio a ocorrer em 4/9/2017, ou seja, **mais de dois anos após a prorrogação contratual**, a teor do Termo de Arbitragem à peça 96.

Como bem esclarecido pela unidade técnica, o art. 13 do Decreto 8.465/2015 previu dois tipos distintos de valor provisório: a) o valor provisório da obrigação litigiosa, a ser fixado apenas pelo árbitro; e b) o valor provisório para efeito de definição da equação econômico-financeira do contrato, a ser fixado pelo árbitro, ou, caso este não o faça até 90 dias antes do vencimento do contrato, pelo próprio poder concedente.

Trata-se, de fato, de valores que apresentam natureza distinta. Enquanto o valor provisório da obrigação litigiosa refere-se ao passivo acumulado (incluindo atualização monetária, juros e multa) da arrendatária decorrente do inadimplemento do contrato em vigor, o valor provisório para efeito de definição da equação econômico-financeira refere-se aos valores de arrendamento (por metro quadrado de área arrendada e por contêiner movimentado, considerada a movimentação mínima contratual - MMC) **a serem adotados para o período da prorrogação contratual**. Um valor provisório cuida do passado, enquanto o outro mira o futuro.

O próprio MTPAC reconheceu, em resposta a diligência, que *‘é fato que há ‘dois’ valores, um que alguma das partes será obrigada a pagar por ocasião da decisão arbitral referente ao passado; e o outro referente aos valores que estabelecerão o equilíbrio econômico financeiro para os anos vindouros’* (peça 21, p. 13). Defendeu, porém, que os parâmetros para se chegar a esses dois valores seriam os mesmos, havendo, na realidade, apenas um valor central a ser definido pelo árbitro, qual seja, o montante justo por contêiner movimentado e por m² de área que deveria ser pago desde o início do contrato, pois é esse montante, aliado aos valores dos novos investimentos, que baliza o período da prorrogação contratual (peça 21, p. 13). Asseverou que eventuais valores provisórios para a obrigação litigiosa poderiam ser estabelecidos posteriormente pelo árbitro, após a assinatura do TCA, e que a SEP/PR cumpriu o seu papel ao estabelecer os valores provisórios de arrendamento para o período da prorrogação, com base na metodologia prevista no art. 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 (peça 21, pp. 14/5).

Contudo, o fato de o poder concedente ter fixado os valores provisórios de arrendamento para o período da prorrogação contratual, quais sejam, R\$ 4,39/m² e R\$ 32,64/contêiner (data-base: junho/2015),

considerada a movimentação mínima contratual de 400.000 contêineres/ano (valores esses propostos pelo próprio Grupo Libra, no seu Plano de Investimentos – peça 5, p. 29), não excluía a necessidade de que fosse fixado o valor provisório da obrigação litigiosa, **a ser depositado previamente à prorrogação contratual**, ainda mais quando se leva em conta a alta materialidade da dívida da Libra Terminal 35 S.A., calculada pela Codesp em mais de R\$ 2 bilhões.

Quanto a esse ponto, o § 8º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 foi claro em estabelecer que *‘o disposto nos § 5º, § 6º e § 7º não exclui a obrigação de pagamento ou depósito da quantia a que se refere o inciso II do § 1º antes da efetiva celebração do termo aditivo de prorrogação, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, nos termos do § 6º’.*

Portanto, não há dúvidas de que a definição, pelo poder concedente, do valor provisório para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, com base no § 6º do art. 13 do decreto, **não afastava a obrigação de pagamento do valor provisório da obrigação litigiosa antes da assinatura do termo aditivo.**

Se não houve o cumprimento desse requisito por alegada falta de tempo para que o árbitro definisse um valor provisório da obrigação litigiosa antes da data-limite para a prorrogação contratual, isso se deveu à própria torpeza da arrendatária, com a conivência da Administração, pois aquela não tinha o mínimo interesse em instaurar a arbitragem e solucionar os conflitos antes da efetivação da prorrogação contratual.

Em verdade, ela atuou, com a conivência do poder público, de modo a inverter a lógica da lei. Enquanto a lei condiciona a prorrogação a que as questões de inadimplência estejam já dirimidas, autorizada a possibilidade de que sejam dirimidas por juízo arbitral, a empresa condicionou a aceitação da possibilidade de que seus débitos fossem dirimidos por juízo arbitral a que lhe fosse garantida a prorrogação do contrato. **O poder concedente se despiu de todas as suas prerrogativas e responsabilidades para atender de modo servil aos interesses da arrendatária.**

Com efeito, desde a primeira proposta apresentada pelo Grupo Libra para a realização da arbitragem, em agosto/2014, estava previsto que **a eficácia do termo de compromisso arbitral estaria condicionada à assinatura dos instrumentos de renovação antecipada** dos Contratos PRES 32/98, DP/019.2000 e PRES 11/95 (peça 2, p. 5). Tal condição suspensiva também constou das minutas de TCA apresentadas pelo Grupo Libra em outubro/2014 (peça 2, p. 111) e junho/2015 (peça 2, p. 169).

Considerando-se que tal condição suspensiva não tem nenhum respaldo legal ou regulamentar, as partes resolveram celebrar o Termo de Compromisso Arbitral **no mesmo dia** do 2º TA ao Contrato PRES 32/98, inviabilizando, assim, o cumprimento do disposto no art. 13, § 1º, II, e § 8º, do Decreto 8.465/2015.

A inviabilidade fática de se cumprir a obrigação de pagamento prevista no inciso II do § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 deveria ter logicamente conduzido à não celebração da prorrogação contratual, em vez da celebração de termo aditivo em flagrante contrariedade à norma regulamentar e ao espírito da Lei 12.815/2013, que claramente quis vedar a continuidade de vínculos contratuais com empresas inadimplentes em suas obrigações financeiras.

Ora, a lei que permitiu a adoção da arbitragem no setor portuário (Lei 12.815/2013) entrou em vigor em 5/6/2013, mais de dois anos antes do fim da vigência do contrato mais antigo de arrendamento do Grupo Libra (Contrato PRES 11/95). Assim, não faz sentido algum, sob a ótica do interesse público, que o poder concedente e o Grupo Libra tenham firmado o compromisso arbitral apenas em 2/9/2015, na véspera do encerramento do aludido contrato. **Em verdade, o que se observa é que, na renovação antecipada dos contratos de arrendamento do Grupo Libra, prevaleceu o interesse privado desse grupo econômico em perpetuar suas operações no Porto de Santos, em detrimento do interesse público de se preservar o erário federal contra a inadimplência da arrendatária**, ainda que por meio de uma decisão arbitral provisória, privando a sociedade brasileira de ser mais bem atendida por outra empresa de comportamento idôneo, selecionada mediante nova licitação.

Ressalte-se que, embora o *caput* do art. 13 do Decreto 8.465/2015 contenha a expressão ‘Quando necessário’, o fato é que, por culpa das partes, o árbitro sequer teve oportunidade de decidir se era ou não necessário o estabelecimento de um valor provisório para a obrigação litigiosa, a ser pago obrigatoriamente antes da prorrogação contratual.

Acerca da inadimplência da Libra Terminal 35 S.A., convém lembrar alguns aspectos apreciados no TC 011.765/1999-2, que bem revelam a falta de boa-fé dessa empresa, **desde o momento em que participou da Concorrência 12/1997.**

No processo em questão, que cuidou de auditoria realizada na Codesp, no período de 16/8/1999 a 3/9/1999, com a finalidade de examinar as licitações relativas aos projetos de arrendamento portuários e a execução dos contratos delas decorrentes, apurou-se o seguinte em relação à Concorrência 12/1997 e ao Contrato PRES 32/98, conforme Relatório de Auditoria elaborado pela Secex/SP (peça 75, pp. 19/31, grifou-se):

‘4.44 O exame da proposta da licitante vencedora evidencia que **os valores apresentados são muito superiores aos oferecidos pelas demais licitantes**, conforme ilustramos abaixo:

Licitante	A (R\$/m ²)	B (R\$/contêiner)	MMC* garantida no 1º ano (contêineres)	MMC* garantida no 20º ano (contêineres)	Carência (meses)
Consórcio Libra/Boreal	5,00	44,00	300.000	750.000	0
TRANSBRASA	2,00	50,00	75.000	200.000	3
Consórcio SAAM	1,84	10,30 a 16,63	80.000	300.000	0
Consórcio Santos Docks	0,75	20,00	150.000	150.000	0
Consórcio Columbia/Wilson	3,05	8,25	75.001	157.500	0
Valor mínimo previsto no edital**	0,50	8,00	75.000	75.000	24

*MMC: movimentação mínima de contêineres por ano, garantida pela licitante

** Com relação à carência, valor máximo previsto no edital

4.45 Na proposta da Libra, o valor de ‘a’ excedia o mínimo previsto no edital em 900%; o valor de ‘b’, em 450%; a MMC garantida no 1º ano, em 300%; e a MMC garantida no 20º ano, em 900%. Ainda assim, **em suas impugnações aos recursos das concorrentes, a licitante vencedora reiterou a exequibilidade da sua proposta, alegando ser esta ‘concreta, real e exequível’.**

4.46 Embora tenha com veemência buscado refutar todas as teses das concorrentes que clamavam pela desclassificação de sua proposta, sob a alegação de que era manifestamente inexequível, causa estranheza o fato de que a Libra venha agora apresentar pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, consoante será relatado, reivindicando redução dos preços que assegurara serem exequíveis, de modo que atinjam exatamente os valores mínimos constantes do quadro acima, inferiores às propostas de todas as demais licitantes, como sumarizado a seguir:

- redução do valor de ‘a’ de R\$ 5,00/m² para R\$ 0,50/m²;
- redução do valor de ‘b’ de R\$ 44,00/contêiner para R\$ 8,00/contêiner;
- alteração do prazo de carência de zero meses constante de sua proposta, para cinco anos, prazo superior ao máximo estabelecido no edital, de 24 meses.

(...)

4.78 Conquanto tenham sido indevidamente emitidas faturas referentes apenas ao período posterior a 12.11.98, a arrendatária tem contestado administrativamente o valor dessas faturas (fls. 147/280 do Volume 4), pelos motivos a seguir sumarizados:

- entende que não é devida a parcela de aluguel relativa à parte da área arrendada na qual ela (a arrendatária) está realizando obras;
- pelo mesmo motivo, solicita redução do ressarcimento pelas condições superiores a de ‘sítio’ padrão;
- questiona os valores do faturamento relativo ao consumo de água;
- entende que deve ser paga somente a movimentação efetivamente realizada no mês, em decorrência da inclusão da alínea ‘d’ no item 1 da cláusula 12ª;
- alega que não atinge a movimentação mínima contratual em decorrência da falta de dragagem.

4.79 Assim, a arrendatária tem pago apenas a parcela das faturas que julga ser cabível, o que acarretou o surgimento de uma dívida com a CODESP no valor de R\$ 13.838.544,52, conforme demonstrativo às fls. 150/154 do Volume 4. Incluindo-se os valores devidos no período de 25.06.98 a 11.11.98, já quantificados nesta instrução, a dívida total da arrendatária perfaz a soma de R\$ 21.092.495,50 (em valores históricos, sem computar atualização monetária e juros de mora).

4.80 Quanto às alegações que servem de base para as contestações da arrendatária, há que se

considerar o seguinte.

4.81 No tocante ao não pagamento da parcela de aluguel relativa à parte da área arrendada na qual a arrendatária está realizando obras, como não existe previsão contratual para tanto, não há como deferir o pleito da contratada, até porque tal vantagem não foi oferecida aos demais licitantes quando da concorrência.

4.82 Pelas razões expostas, não cabe também a redução do ressarcimento pelas condições superiores a de 'sítio-padrão'.

4.83 Quanto aos valores do faturamento relativo ao consumo de água, não há no processo elementos suficientes que possibilitem uma conclusão, porque, preliminarmente, é necessário verificar se o consumo faturado corresponde às medições realizadas, bem como se o medidor de consumo encontra-se regulado e funcionando em perfeitas condições.

4.84 Sobre o pagamento apenas da movimentação efetivamente realizada no mês, com base na alínea 'd' do item 1 da cláusula 12º, é improcedente, haja vista que a inclusão do referido dispositivo no contrato n.º PRES/048.98 ofende aos princípios da isonomia e vinculação ao edital, consoante já relatado.

4.85 Também não cabe a alegação da contratada de que não atinge a movimentação mínima contratual em decorrência da falta de dragagem, pelas razões elencadas abaixo.

4.86 Preliminarmente, nota-se que a declaração de visita à área arrendada integra a documentação de habilitação apresentada pela LIBRA (fls. 180/183 do Volume 3).

4.87 Não consta qualquer menção à profundidade de 11,7 m no edital de licitação ou na minuta contratual. Além disso, cabe ressaltar que, previamente à abertura da licitação, em resposta à consulta formulada pela licitante Multerminais que indagava 'quais são as profundidades dos berços do Terminal', a CODESP esclareceu que correm por conta e risco da proponente obter todas as informações e verificações que possam ser necessárias para a preparação de suas propostas, conforme especificado nos itens 69 a 71 do edital de licitação - resposta essa encaminhada a todas as interessadas, inclusive à LIBRA (fls. 92/94 do Volume 2).

4.88 Aliás, o item 69 do edital dispõe: '*... não podendo a licitante, ou, no futuro, a ARRENDATÁRIA, em hipótese alguma, propor, posteriormente, modificações nos preços, prazos ou condições estipuladas, alegar qualquer prejuízo ou reivindicar qualquer benefício, sob a invocação de insuficiência de dados ou informações sobre o sítio de arrendamento*'.

(...)

4.92 A LIBRA apresentou, em 14.06.99, pedido de reequilíbrio econômico-financeiro (fls. 73/100 do Volume 4), arguindo fatos econômicos de natureza superveniente e imprevisível e pleiteando redução das parcelas de remuneração relativas ao aluguel da área arrendada (de R\$

5,00/m² para R\$ 0,50/m²) e à movimentação de contêineres (de R\$ 44,00/contêiner para R\$

8,00/contêiner) para o valor mínimo previsto no edital de licitação, valores estes inferiores às propostas de todas as demais licitantes, consoante anteriormente mencionado. A LIBRA também solicitou alteração do prazo de carência de zero meses para cinco anos, ou seja, para um prazo superior aos oferecidos pelas demais licitantes e, ainda, ao prazo máximo admitido pelo edital, que era de 24 meses.

4.93 Em consequência, a CODESP formulou a consulta aludida precedentemente ao jurista Ivan Barbosa Rigolin, que se manifestou contrariamente ao deferimento do pleito da arrendatária, assinalando as pendências graves e variadas envolvendo o contrato, notadamente problemas administrativos e judiciais, inclusive com depósitos judiciais dos valores que a empresa entende devidos (fls. 101/111 do Volume 4). (...)

(...)

4.100 Acerca do pedido da contratada de reequilíbrio econômico-financeiro, configura incontroversa violação ao princípio da igualdade, uma vez que a sua proposta venceu exatamente por estar oferecendo condições e preços muitos superiores aos das concorrentes.

4.101 A propósito, os fatos vêm corroborando as assertivas das concorrentes acerca da inxequibidade da proposta comercial da LIBRA (assertivas essas que se encontram sumarizadas nos itens 4.26 e 4.27 deste Relatório). Assim é que, de acordo com o demonstrativo de fls. 147 do Volume 4, no período compreendido entre a data da assinatura do contrato até 29.04.99, a movimentação da contratada totalizou 4.974 contêineres, correspondente a apenas 2% da movimentação mínima

proposta, que seria de 250.000 contêineres (= 25.000 contêineres/mês x 10 meses).

(...)

4.103 Destacam-se, pois, as alterações carentes de fundamento legal que levaram à substituição do contrato PRES/032.98 pelo PRES/048.98, bem como o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que veio corroborar a inexecutabilidade da proposta inicial, confirmando fatos circunstanciadamente contestados pelas demais licitantes.

4.104 Em suma, observa-se no presente contrato a prática de atos lesivos ao Erário, que impõe, nessa fase em que ainda está ocorrendo a execução, a audiência dos responsáveis e adoção imediata de medidas cabíveis, tendentes a repor os prejuízos causados, sob pena de citação do responsável na hipótese de não serem obtidos administrativamente tais reparos.’ (grifou-se)

Ao apreciar a auditoria, o Ministro-Relator Walton Alencar Rodrigues assim se manifestou no voto condutor do Acórdão 392/2002-Plenário (grifou-se):

‘Em relação ao contrato 32.98, este foi alterado, em sua cláusula 12ª, de forma a atrasar a data do início da emissão das respectivas faturas. A questão é que, no mesmo dia em que o contrato foi celebrado, foram também lavrados os termos de posse e de entrega da área arrendada. Como, no caso específico, cuidava-se de carência zero, houve coincidência nas datas de celebração do contrato e disponibilização da área arrendada, sendo esta também a data inicial para a emissão das faturas.

Em parte, é essa a origem do débito de R\$ 2.929.460,00 (dois milhões, novecentos e vinte e nove mil, quatrocentos e sessenta reais). Esse valor corresponde às faturas relativas ao aluguel da área e à tarifa prevista na tabela II.2, cancelado, segundo o responsável, por equívoco, com a substituição do contrato 32.98 pelo contrato 48.98.

E foi a aplicação incorreta da cláusula 12, item 1, do contrato 48.98, que gerou prejuízo de R\$ 7.253.950,98 (sete milhões, duzentos e cinquenta e três mil, novecentos e cinquenta reais e noventa e oito centavos), uma vez que os pagamentos foram iniciados em 12.11.98, data da aprovação do projeto executivo apresentado pela arrendatária, quando eram devidos desde 25.6.98, data da assinatura do contrato 32.48.

Além dessas questões, em que a diferença de valores teve origem no tratamento que a Codesp deu ao contrato, a arrendatária também fez pagamentos a menor do que os efetivamente devidos, fazendo apenas os depósitos, em favor da Codesp, que julgou cabíveis. A diferença entre o devido e o que a arrendatária pagou é de R\$ 13.838.544,52 (treze milhões, oitocentos e trinta e oito mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos).

A justificativa apresentada é a de que a arrendatária estaria obrigada a pagar a remuneração prevista somente a partir da efetiva disponibilização da área arrendada e de que, para a falta de cobrança e do cancelamento de faturas, já teriam sido adotadas as medidas judiciais cabíveis.

Como já mencionado, o contrato 32.98 previu carência zero. No mesmo dia em que foi celebrado, foram lavrados os termos de posse e de entrega da área arrendada. A impetração das ações judiciais citadas não foi confirmada. Aquelas indicadas pelo responsável Paulo Fernandes do Carmo, em suas razões de justificativa, são ações impetradas pela empresa Libra [arrendatária] contra a Codesp, e não o contrário. A ação movida pela Codesp – processo 795.2000, em trâmite na 12ª Vara Cível da Comarca de Santos – foi impetrada pelo seu sucessor.

De forma idêntica ao contrato 5.95, houve ‘*ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário*’, a que se refere o art. 58, III, da Lei 8.443/92.

Houve, ainda, a substituição do contrato 32.98 pelo de número 48.98. A justificativa é a de que essa substituição era uma imposição do item 59 do edital da concorrência 12/97. Enquanto o contrato 32.98 foi celebrado com o Consórcio Libra/Boreal, o contrato 48.98 teria sido celebrado com a verdadeira arrendatária, a empresa Libra Terminal 35 S.A., Sociedade de Propósito Específico que sucedeu ao consórcio.

A justificativa deve ser rejeitada. Nos termos do item 59 do edital da concorrência 12/97, o consórcio vencedor da licitação deveria constituir uma sociedade anônima antes da celebração do contrato de arrendamento. O contrato 32.98 já deveria ter sido celebrado com a Sociedade de Propósito Específico. É isto, também, o que estabelece a Lei 8.666/93, no art. 33, § 2º:

‘*O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso ‘I’ deste artigo.*’

Há a circunstância agravante de que, na substituição dos contratos, houve alteração de cláusulas que asseguraram à contratada vantagens não previstas na minuta do contrato, consistentes na desconsideração do piso mínimo de movimentação para os 12 primeiros meses após o término da carência e a não-contabilização dos contêineres sem carga para fins de remuneração do arrendamento.

Por essas razões, acolho a proposta da unidade técnica, no sentido de se fixar prazo, nos termos do art. 45 da Lei 8.443/92, para que a entidade adote providências para o exato cumprimento da lei, consistente na declaração de nulidade do contrato 48.98, na adequação da redação da cláusula 12ª do contrato 32.98 aos termos da minuta contratual anexa ao edital da concorrência 12/97, na emissão das faturas referentes ao arrendamento, considerando a tarifa prevista na tabela II.2 e à movimentação de contêineres previstos no contrato 32.98, relativamente ao período de 25.6 a 11.11.98, tendo em vista a carência zero estabelecida no contrato.'

Por meio do Acórdão 392/2002-Plenário, foram expedidas as seguintes determinações atinentes ao Contrato PRES 32/98:

'8.5. fixar, com base no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal e no art. 45, *caput*, da Lei 8.443/92 c/c o art. 195 do Regimento Interno/TCU, o prazo de quinze dias para que a Companhia Docas de São Paulo – Codesp adote todas as providências necessárias ao exato cumprimento dos arts. 2º, 3º, 41, 54, § 1º, e 61, parágrafo único da Lei 8.666/93, consistente na:

8.5.1. declaração da nulidade do contrato Pres/48.98, tendo em vista: a inexistência de amparo legal para a substituição do contrato Pres/32.98 por esse instrumento contratual; a inexistência de prévio parecer jurídico, aprovação e homologação pelos Órgãos Colegiados da Codesp; a falta de publicação resumida do instrumento de contrato na imprensa oficial, condição indispensável para sua eficácia; e o fato de o contrato Pres/48.98 ter introduzido modificações em desacordo com a minuta contratual anexa ao edital da concorrência 12/97 e com a proposta da contratada, violando os princípios da isonomia e da vinculação ao edital;

8.5.2. correção da redação do contrato Pres/32.98, com vistas a adequá-la aos exatos termos da minuta contratual anexa ao edital da concorrência 12/97;

8.5.3. respeito ao texto dado ao item 1 da cláusula 12ª do contrato Pres/32.98, reconhecendo a prevalência da alínea 'c' sobre as alíneas 'a' e 'b' daquele dispositivo contratual, por prever o contrato carência zero;

8.5.4. emissão das faturas referentes ao aluguel da área arrendada, à tarifa prevista na tabela II.2 e à movimentação de contêineres previstos no contrato Pres/32.98, relativamente ao período de 25.6 a 11.11.98;'

Observa-se, pois, que **o Grupo Libra, agiu com manifesta deslealdade na licitação para o arrendamento do Terminal 35**, propondo valores muito superiores aos ofertados pelas demais licitantes, a fim apenas de eliminá-las da disputa, porém, após assinado o contrato, **nunca chegou a honrar os preços propostos**, tendo ingressado em juízo contra a Codesp já em 1999.

O histórico conturbado entre a Codesp e o Grupo Libra certamente recomendava a não prorrogação do contrato. **Quem em sã consciência quer manter um relacionamento contratual conturbado?** O histórico de comportamento da empresa, desde sua vitória na licitação, com ofertas de tarifas que ela jamais pretendeu honrar, deveria ter sido utilizado para descartar de plano o pleito de prorrogação contratual.

Como bem destacado pela unidade técnica, a dívida da Libra Terminal Santos S.A. com a Codesp é tamanha que ultrapassa, com grande folga, o valor em investimentos previstos para serem realizados pela arrendatária ao longo dos 20 anos do novo período de vigência contratual (4/9/2015 a 4/9/2035) e representa mais de 90% do valor total das contas a receber líquidas (já deduzidas as perdas estimadas com créditos de liquidação duvidosa) da Codesp e mais de 25% do ativo total dessa companhia, apurado ao final de 2015 (peça 48, p. 16). Diante de valor tão significativo, era ainda mais necessário que o requisito estipulado no art. 13, § 1º, II, do Decreto 8.465/2015 fosse estritamente cumprido, se considerado que o contrato pudesse ser prorrogado sem que as questões pendentes estivessem integralmente dirimidas, como prevê a lei.

Ora, se a arrendatária, desde 1998, não se dispôs a cumprir com suas obrigações contratuais, o risco de ela não arcar com o valor da condenação ao final estabelecido pelo árbitro não pode ser minimizado ou desconsiderado. E é justamente em razão desse tipo de risco que o Decreto 8.465/2015, embora mais leniente que a lei, impôs, como condição para a prorrogação de contrato de arrendamento com empresa inadimplente, o **prévio** depósito do valor provisório da obrigação litigiosa. O decreto, não obstante seus vícios, claramente quis proteger minimamente o erário contra a possível resistência da arrendatária em quitar com suas

obrigações financeiras após a prorrogação contratual.

Ratifica-se, aqui, trecho da análise da unidade técnica que refutou, com propriedade, argumento apresentado pela arrendatária (peça 48, p. 23):

‘145. A alegação de que o art. 13, §1º, inciso II, do Decreto 8.465/2015 somente poderia ser considerado descumprido nas hipóteses em que tivesse sido emitida decisão arbitral sobre a fixação de valor provisório anteriormente à prorrogação também não merece prosperar. Se esse entendimento fosse utilizado, a citada exigência do regulamento se tornaria inócua. Bastaria que todos os contratos com litígio em discussão no juízo arbitral fossem prorrogados na mesma data em que fosse assinado o respectivo Termo de Compromisso Arbitral (ou seja, não haveria decisão arbitral sobre a fixação do valor provisório previamente à prorrogação, como disse a arrendatária para exemplificar o seu caso concreto) para que essa exigência prevista no Decreto perdesse sua utilidade.’

Ressalte-se que a **decisão de celebrar o 2º TA na mesma data do TCA (2/9/2015) foi feita em contrariedade a pareceres jurídicos**, notadamente os pareceres 168/2015/ASJUR/SEP/CGU/AGU, de 10/7/2015 (peça 83, pp. 70/88), e 214/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU, de 1/9/2015 (peça 84), que, como já visto acima, apontaram a **necessidade da efetiva instituição da arbitragem** (que só veio a ocorrer em 4/9/2017) e do depósito do valor provisório determinado pelo árbitro (que até hoje não ocorreu) **antes da prorrogação contratual**.

Assim, como, além da violação do artigo 62 da Lei 12.815/2013, foi flagrantemente descumprido o requisito constante do art. 13, § 1º, II, e § 8º, do Decreto 8.465/2015, o Ministério Público de Contas, concordando com a proposta da unidade técnica, entende que o Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 padece de **nulidade absoluta**, não sendo passível, pois, de saneamento.

O descumprimento ao requisito regulamentar mostra-se ainda mais grave quando se verifica que, até o presente momento, não houve fixação do valor provisório da obrigação litigiosa, no âmbito do Procedimento Arbitral 78/2016-CAM-CCBC/SEC7, instaurado com base no TCA em apreço. Consultando-se o andamento do procedimento no portal da Advocacia-Geral da União – AGU (www.agu.gov.br), observa-se que o último ato publicado foi a realização, em 30/1/2018, de audiência preliminar de apresentação do caso pelas partes, tendo sido designada, na oportunidade, a realização de audiência de instrução para os dias 21 a 25/5/2018 (peça 95).

É importante registrar que tampouco houve, até a data da última fiscalização da Antaq, a realização, **ainda que parcial**, dos novos investimentos que alegadamente teriam justificado a prorrogação antecipada dos arrendamentos do Grupo Libra no Porto de Santos, a teor do seguinte trecho do Relatório de Atividades 0297898/2017/GPF/SFC-ANTAQ, datado de 5/9/2017 (peça 80, pp. 3/8, do TC 012.558/2016-8, grifos originais):

‘O 2º aditivo ao contrato de arrendamento prevê a aquisição de uma série de equipamentos (**ainda não adquiridos**) e execução de obras (**ainda não iniciadas**);

- Os prazos máximos para finalização das obras estão previstos até o final de 2018, sendo que as aquisições de equipamentos podem ser feitas após este período. O projeto executivo (ainda não aprovado) apresentado pela empresa prevê o início de diversas intervenções desde janeiro/2017 até o presente mês de agosto, como o reforço do cais do 33, a demolição das instalações do enclave (área cuja entrega pela Codesp ainda não foi feita), a construção de novo armazém de oficinas e a remodelação de *gates*. **Os cronogramas estão muito defasados, pois previam intervenções realizadas desde 2014, sendo que o aditivo foi assinado só em setembro/2015, e o Projeto Executivo entregue em setembro/2016.** Até o presente momento, nenhuma dessas intervenções foram iniciadas pois, segundo alegado pela empresa, está se aguardando a aprovação do Projeto Executivo;

- Os motivos alegados pela empresa para as obras não terem sido iniciadas são os seguintes: a) não liberação da área conhecida como ‘enclave’, ocupada pela empresa de lanchas Fabiana e por instalações da Polícia Federal (Codesp) - **a obrigação de executar a desocupação é da Codesp, entretanto, não o fez pois aguarda definição do SPU para entrega das novas áreas para instalação da Polícia Federal;** b) **Aprovação do projeto executivo (Antaq e MTPA)** c) **Término do viaduto** (obras iniciadas com atraso - Codesp);

- Conforme os parágrafos 2º e 3º da Cláusula 9ª do 2º Termo Aditivo, na hipótese de não cumprimento/atraso das obras/intervenções a serem realizadas pela Codesp, a arrendatária poderá postergar as obras/investimentos que lhe cabem, o que não ensejará reequilíbrio econômico/financeiro,

exceto se o atraso superar 12 meses; b) buscar alternativas para concluir as obras a cargo da Codesp, no que impactar o andamento do PLTS, o que não ensejará reequilíbrio econômico/financeiro;

- Uma vez que as obras dos investimentos não foram iniciadas em razão da não aprovação do projeto executivo pela Agência e demais fatores alheios à vontade da arrendatária, recomendou-se o arquivamento do presente processo [processo 50300.006933/2017-51].’

Desse modo, cumpre fixar prazo para que o MTPAC adote as medidas necessárias para a **declaração de nulidade** do referido termo aditivo, por estar em desacordo com o art. 13, § 1º, II, do Decreto 8.465/2015. Cumpre, também, autorizar a autuação de processo apartado, para apurar as responsabilidades pelo descumprimento ao referido requisito regulamentar, como proposto pela unidade técnica. Mostra-se apropriada, ainda, a proposta de determinação para que o MTPAC informe esta Corte sobre as providências adotadas ou a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço do Terminal 37, considerando-se que já se encerrou o prazo original de arrendamento previsto no Contrato PRES 11/95. Ademais, ante a proximidade do encerramento do prazo original de arrendamento previsto no Contrato PRES 32/98 (25/6/2018), a citada determinação também deverá abarcar o Terminal 35.

Com efeito, considerando o tempo necessário para preparação e modelagem de nova licitação, é de todo recomendável que essa nova licitação abranja desde logo os três terminais, mesmo considerando o prazo final do último contrato em 2020, relativo ao Terminal 33. Tal área pode ser desde logo licitada, com a previsão em edital e em contrato de que a empresa vencedora poderá ocupá-la e explorá-la ao final do termo contratual ainda em vigor.

2. Morosidade da Codesp em adotar providências para o efetivo início do procedimento arbitral

A segunda questão em apreço nestes autos diz respeito à morosidade da Codesp em adotar os procedimentos de sua alçada para dar início ao procedimento arbitral de que trata o Termo de Compromisso Arbitral à peça 10.

O parágrafo primeiro da cláusula décima-terceira do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98 disponha que, caso o compromisso arbitral não adquirisse eficácia no prazo de até 150 dias corridos contados da celebração do termo aditivo, o termo aditivo seria extinto.

O item 1.3 do Termo de Compromisso Arbitral (peça 10, pp. 7/8), por sua vez, estabeleceu que o compromisso arbitral somente teria eficácia a partir do primeiro dia útil seguinte à data da certificação do trânsito em julgado da última sentença que homologasse o acordo judicial para pôr fim aos processos judiciais citados no item 1.1 do TCA. Vale dizer, quando a prorrogação antecipada foi assinada com alegado espeque no Termo de Compromisso Arbitral, ele sequer produzia efeitos, já que sua eficácia estava suspensa por força de seus próprios termos. São inconsistências em cima de inconsistências.

Em 22/1/2016, foi assinado o Terceiro Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, que prorrogou por mais 150 dias o prazo previsto no parágrafo primeiro da cláusula décima-terceira do Segundo Termo Aditivo (peça 13, pp. 14/5).

O compromisso arbitral somente adquiriu eficácia em 4/4/2016 (peça 96, p. 15), após a homologação do acordo nos processos judiciais 0005951-69.2003.4.03.6104, 0005952-54.2003.4.03.6104 e 0008341-12.2003.4.03.6104 (peça 22, p. 4).

O item 5.5 do TCA fixou em até 24 meses o prazo para a prolação da sentença arbitral, a contar da data da eficácia. Já o subitem 5.5.1 admitiu, excepcionalmente, a prorrogação do prazo da sentença arbitral, uma única vez, exclusivamente por solicitação dos árbitros e desde que houvesse concordância de ambas as partes. O subitem 5.5.2 esclareceu que, na hipótese do subitem 5.5.1, os árbitros deveriam justificar a necessidade e o prazo da prorrogação, que não poderia ultrapassar o estritamente necessário para a conclusão da sentença arbitral (peça 10, p. 13).

Sendo assim, a sentença arbitral já deveria ter sido proferida até 3/4/2018 (24 meses após a data da eficácia).

Até pelo menos o dia 7/8/2017, a Codesp ainda não havia contratado o escritório de advocacia que iria representá-la no procedimento arbitral (peça 69, p. 4).

Por esse motivo, a unidade técnica propôs a expedição de determinação à Codesp, para que, no prazo de 30 dias, informe o TCU sobre a conclusão dos atos que lhe eram cabíveis para que fosse dado início ao procedimento arbitral, em especial a indicação de representante da companhia em juízo.

Em consulta ao portal da AGU (www.agu.gov.br), foi possível colher algumas informações sobre o andamento do Procedimento Arbitral 78/2016-CAM-CCBC/SEC7, que cuida da arbitragem entre a Libra Terminais S.A. e a Libra Terminal Santos S.A., como requerentes, e a Codesp e a União, como requeridas.

Verificou-se, por exemplo, que o requerimento para a instauração do procedimento arbitral só foi feito em 18/10/2016 (peça 96, p. 13), ou seja, **mais de 6 meses após a data da eficácia do compromisso arbitral**. Já o Termo de Arbitragem, que deu efetivo início ao procedimento arbitral, foi celebrado apenas em 4/9/2017 (peça 96, P. 23). Os representantes da Codesp no referido procedimento foram os advogados Gabriel Nogueira Eufrásio e Frederico Spagnuolo de Freitas, integrantes da Superintendência Jurídica da Codesp (peça 96, p. 2), ou seja, não foi necessária a contratação de escritório de advocacia para a instauração do procedimento arbitral. Posteriormente, porém, a Codesp contratou o escritório de advocacia Arnold Wald, que a representou nas alegações iniciais e nos atos subsequentes do procedimento arbitral (peças 88, 93 e 95). Tal contratação, feita sem licitação, está sendo examinada no TC 005.157/2018-8, autuado como apartado do TC 028.492/2016-1, que cuidou do monitoramento do item 1.6 do Acórdão 4.845/2016-1ª Câmara, proferido no TC 016.475/2016-0 (Representação), sob a relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues.

O item 9.6 do Termo de Arbitragem assim dispôs (peça 96, p. 15):

‘Considerando que a Data de Eficácia prevista no Termo de Compromisso ocorreu em 04/04/2016, porém, o presente Termo de Arbitragem para início do procedimento somente foi firmado na data de hoje, as Partes concordam que, para pleno exercício do seu direito de defesa, produção de provas necessárias e contraditório, o prazo final para prolação da Sentença Definitiva será de 24 (vinte e quatro meses) a contar de hoje, 04/09/2017, sem prejuízo da possibilidade de eventual prorrogação, nos termos do artigo 8º, IV, do Decreto 8.465/2015 e item 5.5.1 do Termo de Compromisso.’

Vê-se, pois, que o Termo de Arbitragem contrariou expressamente o disposto no item 5.5 e nos subitens 5.5.1 e 5.5.2 do TCA, pois, por mero acordo das partes, e não por solicitação dos árbitros, foi alterada a data limite para a prolação da sentença arbitral (de 3/4/2018 para 3/9/2019), permitindo-se, ainda, que haja nova prorrogação.

O Termo de Arbitragem deveria ter sido firmado assim que verificada a data da eficácia (cf. item 5.1 do TCA), mas só o foi 17 meses depois.

Fica evidente, pois, que houve morosidade, tanto da Codesp, quanto da União, em tomar as providências para o efetivo início do procedimento arbitral. Tal morosidade beneficiou indevidamente o Grupo Libra, na medida em que provocou a extensão do prazo para a prolação da sentença arbitral em 17 meses. Consequentemente, isso fez com que fosse jogado mais para a frente o prazo para o pagamento do valor da eventual condenação do Grupo Libra, que, de acordo com o item 14.1 do TCA, deve ser não inferior a 180 dias e não superior a 5 anos (peça 10, p. 17), contados da ciência da decisão arbitral.

Diante desses fatos, o Ministério Público de Contas propõe que, em processo apartado, seja apurada a responsabilidade, no âmbito da Codesp e da União, pela morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral e pelo descumprimento ao item 5.5 e aos subitens 5.5.1 e 5.5.2 do TCA. Curioso como houve tanto açodamento para prorrogar o contrato, mesmo sem o atendimento do quanto estabelecido na lei e no decreto regulamentador, mas injustificada lentidão para implementar o juízo arbitral.

Propõe-se, ainda, que seja feita determinação à Codesp e à União para que não firmem mais nenhum acordo que tenha por objeto a extensão de prazo para a prolação da sentença arbitral no âmbito do Procedimento Arbitral 78/2016-CAM-CCBC/SEC7, esclarecendo que tal determinação não pressupõe nenhuma forma de aceitação da validade da prorrogação feita. Trata-se apenas da resolução das questões passadas até o momento, relativas aos valores devidos pela Libra à Codesp.

3. Considerações adicionais

Além do descumprimento à Lei 12.815/2013 e ao art. 13, § 1º, II, do Decreto 8.465/2015, reclama atenção o fato de que o valor provisório do arrendamento por m² para o período da prorrogação contratual tenha sido definido pelo poder concedente **em montante inferior ao previsto no Contrato PRES 11/95**, cujo objeto é o arrendamento do Terminal 37, e que foi unificado ao Contrato PRES 32/98.

Conforme informação prestada pela Codesp em junho/2015, o valor mensal do arrendamento relativo ao Terminal 37 era de R\$ 51,078/m² (peça 2, pp. 202/3). Contudo, o valor mensal provisório do arrendamento no Contrato Unificado foi fixado em apenas R\$ 4,39/m², muito inferior ao valor então vigente para o Terminal 37.

Ressalte-se que só havia discussão judicial, posteriormente submetida à arbitragem, sobre os valores de arrendamento do Terminal 35, de modo que não se justifica, à primeira vista, a fixação de valor provisório em patamar inferior ao estabelecido no Contrato PRES 11/95, pois o parâmetro a ser adotado eram os valores de contratos similares relativos ao mesmo porto, ou, se não houvesse, de outros portos.

Além disso, aparentemente não houve justificativa para a fixação da Movimentação Mínima Contratual (MMC) do Contrato Unificado em 400.000 contêineres/ano, porquanto as informações prestadas pela Codesp não indicavam qual era a MMC de contratos similares ao Contrato Unificado, cujo área totalizou 139.949,2 m², ou R\$ 199.766 m², se computada a área que seria adensada (peça 1, pp. 4/5, e peça 2, pp. 201/6, 210, 214 e 236/7).

Nessa linha, há evidências de que o parâmetro estabelecido no art. 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 não foi devidamente atendido.

Outro ponto que reclama a atenção desta Corte de Contas refere-se à inobservância ao requisito do art. 9º, § 4º, inciso II, do Decreto 8.465/2015, que assim dispõe:

‘Art. 9º Ainda que o contrato não contenha cláusula compromissória de arbitragem, a administração pública poderá celebrar compromisso arbitral para dirimir os litígios de que trata o art. 2º.

(...)

§ 4º Caso já tenha sido proposta ação judicial por qualquer das partes, além das condições estabelecidas no *caput*, a celebração de compromisso arbitral para dirimir a questão dependerá do cumprimento dos seguintes requisitos adicionais:

(...)

II - a homologação de acordo judicial em que as partes se comprometam a levar a questão ao juízo arbitral.’

Como se vê, a celebração de compromisso arbitral no caso em apreço dependia da homologação de acordo judicial, o qual deveria indicar com precisão o objeto do litígio a ser submetido à arbitragem (art. 9º, § 5º, do Decreto 8.465/2015).

No entanto, a homologação do acordo judicial, pondo fim aos processos judiciais entre o Grupo Libra e a Codesp, só ocorreu **meses após** a celebração do TCA e do aditivo de prorrogação contratual (peça 22, p. 4), contrariando, assim, o requisito regulamentar. Isso porque, tratando-se de requisito para a própria celebração do compromisso arbitral, e não de cláusula suspensiva do TCA, **a extinção dos processos judiciais em curso deveria ser prévia à assinatura do TCA, e não posterior**. Entende-se, pois, que houve infringência ao art. 9º, § 4º, inciso II, do Decreto 8.465/2015.

Destaca-se, ainda, o não atendimento ao art. 7º, I, da Portaria SEP/PR 349/2014, que dispõe que o cumprimento das obrigações contratuais vigentes é um critério que deve ser observado na prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário. Nos termos do art. 8º, I, da portaria, a verificação do cumprimento das obrigações contratuais vigentes deveria abarcar informações relativas ao **atendimento dos níveis mínimos de movimentação**.

De acordo com o Relatório Circunstanciado elaborado pela Codesp (peça 4), a arrendatária não vinha cumprindo a Movimentação Mínima Contratual (MMC) estabelecida nos contratos DP/019.2000, PRES 32/98 e PRES 11/95, a teor das tabelas a seguir reproduzidas:

‘a) – Contrato DP 19/2000 – LIBRA TERMINAIS S/A:

(...)

Período Dez a Nov	MMC (toneladas)	Movimentação efetiva	Diferença
2009/2010	400.000	115.573	-284.427
2010/2011	400.000	3.000	-397.000
2011/2012	400.000	0	-400.000
2012/2013	400.000	0	-400.000
2013/2014	400.000	0	-400.000
2014/2015	400.000	0	-400.000

(...)

b) Contrato DP 032/98 – LIBRA TERMINAL 35 S/A

(...)

Período Jun a Mai	MMC [contêineres]	Movimentação efetiva	Diferença
1998/1999	300.000	2.597	-297.403

1999/2000	300.000	22.095	-277.905
2000/2001	350.000	67.930	-282.070
2001/2002	350.000	69.660	-280.340
2002/2003	400.000	78.851	-321.149
2003/2004	450.000	91.362	-358.638
2004/2005	450.000	84.884	-365.116
2005/2006	500.000	77.775	-422.245
2006/2007	500.000	130.389	-369.611
2007/2008	500.000	187.547	-312.453
2008/2009	600.000	180.540	-419.460
2009/2010	600.000	201.341	-398.659
2010/2011	600.000	227.373	-372.627
2011/2012	650.000	289.651	-360.349
2012/2013	700.000	330.093	-369.907
2013/2014	750.000	295.770	-454.230

c) Contrato PRES 11/95 – LINHAS BRASILEIRAS DE NAVEGAÇÃO S/A:

(...)

Período Abr a Mar	MMC [contêineres]	Movimentação efetiva	Diferença
1995/1996	75.000	134.812	59.812
1997/1998	75.000	149.332	74.332
1998/1999	75.000	160.409	85.409
1999/2000	75.000	179.056	104.056
2000/2001	75.000	219.431	144.431
2001/2002	75.000	200.546	125.546
2002/2003	75.000	226.271	151.271
2003/2004	75.000	197.372	122.372
2004/2005	75.000	156.290	81.290
2005/2006	75.000	157.113	82.113
2006/2007	75.000	152.564	77.564
2007/2008	75.000	195.388	120.388
2008/2009	75.000	177.468	102.468
2009/2010	75.000	152.809	77.809
2010/2011	75.000	124.273	49.273
2011/2012	75.000	120.169	45.169
2012/2013	75.000	88.465	13.465
2013/2014	75.000	28.929	-46.071
2014/2015	75.000	16.151	-58.849

(...)

Se havia discussão judicial envolvendo a inadimplência das obrigações da Libra Terminal 35 S.A. estatuídas no Contrato PRES 32/98, o mesmo não se pode dizer em relação aos contratos PRES 11/95 e DP 19/2000. Em relação a esses dois últimos contratos, **não havia dúvidas quanto à falta de cumprimento das obrigações vigentes**, em face do não atendimento aos níveis mínimos de movimentação de carga. No caso do Contrato DP 19/2000, o descumprimento vinha desde maio/2010, e, no caso do Contrato PRES 11/95, desde março/2014.

Nessa linha, ao ver do Ministério Público de Contas, a prorrogação dos arrendamentos objeto dos Contratos PRES 11/95 e DP 19/2000 contrariou também o disposto no art. 7º, I, da Portaria SEP/PR

349/2014.

Considerando-se que as possíveis violações aos arts. 9º, § 4º, inciso II, e 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 e ao art. 7º, I, da Portaria SEP/PR 349/2014 não foram identificadas pela unidade técnica e, por isso, não foram submetidas ao contraditório dos interessados/responsáveis, é certo que não podem servir de fundamento para a anulação do 2º TA ao Contrato PRES 32/98. Por outro lado, a urgência na solução deste processo não recomenda que os autos sejam restituídos à unidade técnica para a adoção de novas medidas preliminares, até porque a gravidade das ilegalidades apontadas justifica já com sobra a declaração de nulidade da prorrogação em tela.

Propõe-se, assim, que tais irregularidades sejam examinadas pela unidade técnica no âmbito do processo apartado de responsabilização.

Por fim, a título informativo, cumpre fazer menção à existência de denúncias de favorecimento indevido a empresas que atuam no Porto de Santos, incluindo empresas do Grupo Libra, consoante se extrai das seguintes reportagens divulgadas na imprensa nacional (sublinhou-se):

‘Temer influenciou diretamente a aprovação da MP dos Portos, diz Funaro

Corretor aponta em sua delação relação do presidente com a empresa Rodrimar. No STF, ministro Barroso autorizou investigação para explicar atuação de Temer para beneficiar empresas que atuam no Porto de Santos

O corretor Lúcio Bolonha Funaro afirmou em seu acórdão de colaboração premiada que o presidente Michel Temer tem negócios com a empresa Rodrimar e por isso influenciou diretamente a aprovação da MP 595/13, conhecida como Medida Provisória dos Portos, para defender interesses de grupos ligados a ele. A MP foi aprovada em maio de 2013.

Na segunda-feira, 12, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), autorizou abertura de inquérito para investigar a relação de Temer com a Rodrimar, que atua no Porto de Santos. ‘Os elementos colhidos revelam que Rodrigo Rocha Loures, homem sabidamente da confiança do Presidente da República, menciona pessoas que poderiam ser intermediárias de repasses ilícitos para o próprio Presidente da República, em troca da edição de ato normativo de específico interesse de determinada empresa, no caso, a Rodrimar S/A’, assinalou Barroso ao abrir a investigação contra Temer.

Em sua colaboração, Funaro, que é apontado como principal arrecadador de propina do grupo político de Temer, o PMDB da Câmara, não citou valores. Mas segundo o corretor, após a aprovação da MP, ele acredita que tenham recebido comissão o presidente Temer, Eduardo Cunha e Henrique Eduardo Alves. Funaro também não soube informar como foi operacionalizado os pagamentos, mas que Cunha teria contado sobre a atuação no caso dos Portos.

‘Após a aprovação da MP acredita que tenham recebido uma comissão pela aprovação da mesma as seguintes pessoas dentre outras: Temer, Cunha, Henrique Alves (que era presidente da câmara a época), o Ministro dos Transportes, tendo conhecimento de repasses por Gonçalo Torrealba proprietário do Grupo Libra’, diz o anexo sobre o tema.

O Estado revelou em 2016 que graças a uma emenda parlamentar incluída por Cunha na nova Lei de Portos, o Grupo Libra foi o único beneficiário de uma regra que permitiu a empresas em dívida com a União renovar contratos de concessão de terminais portuários. Na campanha de 2014, o Grupo Libra doou R\$ 1 milhão para a Michel Temer, então candidato à vice-presidência.

‘Essa referida Medida Provisória foi feita para beneficiar os grupos já instalados nos Portos, tendo Eduardo Cunha como o articulador e o responsável pela arrecadação frente a algumas empresas tinham interesse na redação dessa MP’, explica Funaro em um dos anexos aos quais o Estado teve acesso.

COM A PALAVRA, EDUARDO CUNHA

O advogado Délio Lins e Silva Júnior afirmou que a defesa de Cunha não vai se manifestar até a delação de Funaro ter seu sigilo baixado.

COM A PALAVRA, MICHEL TEMER

Em nota divulgada nesta quarta-feira, 13, a Secretaria de Comunicação da Presidência da República afirmou que as declarações do corretor Lúcio Funaro não são dignas de crédito. ‘Versões de delator já apontado pelo Ministério Público Federal (MPF) como homem que traiu a confiança da Justiça não merecem nenhuma credibilidade. O criminoso Lúcio Funaro faz afirmações por ‘ouvir dizer’ ou inventa narrativas para escapar de condenação certa e segura’, diz o comunicado.

(...)

COM A PALAVRA, O GRUPO LIBRA

O Estado entrou em contato pelo telefone apontado na página da empresa como sendo o canal de comunicação com a empresa e encaminhou *e-mail* para o endereço disponível no *site* da empresa, mas ainda não obteve uma resposta.’ (Reportagem de 14/9/2017. Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/temer-influenciou-diretamente-a-aprovacao-da-mp-dos-portos-diz-funaro/>. Acesso em 27/3/2018)

‘Temer atuou em favor de empresas portuárias, diz Funaro; veja vídeo

O Operador Lúcio Funaro disse em sua delação premiada que soube que o presidente Michel Temer pediu ao ex-deputado Eduardo Cunha (PMDB-RJ) para defender interesses de empresas portuárias durante a tramitação da MP (Medida Provisória) dos Portos, em 2013.

O depoimento à PGR (Procuradoria-Geral da República), de 23 de agosto deste ano, foi registrado em vídeo, ao qual a Folha teve acesso. Funaro disse que soube da interferência de Temer na medida provisória porque Cunha lhe contou. O delator mencionou supostas relações com três empresas que operam no porto de Santos, no litoral paulista: a Rodrimar, o grupo Libra e a Santos Brasil, além da Eldorado Celulose, que pertencia ao grupo J&F, controlador da JBS, e tinha interesse em atuar em uma área própria em Santos.

‘Essa MP foi feita para reforma do setor portuário e ela ia trazer um grande prejuízo para o grupo Libra, que é um grupo aliado de Cunha e, por consequência, de Michel Temer, porque é um dos grandes doadores das companhias de Michel Temer’, disse Funaro no depoimento.

‘Pela definição dessa MP, o grupo Libra não ia poder renovar mais as suas concessões portuárias. Por quê? Porque tinha vários débitos fiscais inscritos em dívida ativa. O que o Eduardo Cunha fez? Pôs dentro dessa MP uma cláusula que empresas que possuíam dívida ativa inscrita poderiam renovar seus contratos no setor portuário desde que ajuizassem arbitragem para discutir este débito tributário’, afirmou o delator.

A PGR perguntou se Temer influenciou diretamente na medida provisória. ‘Eu acho que ele deve ter feito pedidos para o Eduardo Cunha, que era quem estava conduzindo todo o processo, protegesse quem era do interesse deles’, respondeu.

(...)

A Procuradoria questionou se, após a MP, houve pagamento de comissões ao PMDB. ‘Por doação política, tenho certeza. Oficial. Por comissão, que seria uma propina disfarçada de doação oficial, e outros tipos de recebimento, não tenho conhecimento’, respondeu Funaro.

(...)

Já o grupo Libra, que opera contêineres no porto, conforme a Folha noticiou em junho do ano passado, foi especialmente beneficiado pela MP de 2013 que incluiu na legislação a possibilidade de arbitragem de dívidas que empresas portuárias tinham com a União.

A arbitragem possibilitou que a Libra estendesse seu prazo de atuação no porto de Santos. Como revelou a reportagem, o escritório escolhido pela administração do porto para fazer a arbitragem era de um advogado próximo de políticos do PMDB.’ (Reportagem de 13/10/2017. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1926893-temer-atuou-em-favor-de-empresas-portuarias-diz-funaro-veja-video.shtml>. Acesso em 27/3/2018.)

‘Transmiti o recado

Fonte: Veja

Investigados no inquérito que apura se houve pagamento de propina na edição de um decreto sobre o setor de portos, o presidente Michel Temer e o coronel João Baptista Lima Filho, amigos há mais de três décadas, declaram-se inocentes e perseguidos por adversários. Temer diz que o cerco judicial ao coronel pretende desestabilizar seu governo, e, por isso, seus assessores ameaçam até pedir o *impeachment* do relator do caso, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF). Já o coronel afirma que nunca recebeu propina e nega ser laranja do presidente — os dois, segundo ele, teriam apenas uma relação de amizade, uma ‘coisa pura’, sem ‘outros interesses’.

As mensagens que ilustram esta reportagem comprovam que a relação entre Temer e Lima foi além disso. Mostram como o coronel exerceu — em pelo menos um caso — o papel de intermediário entre Temer e um dos maiores grupos empresariais da área portuária. Revelam que Lima, sem ser

funcionário público nem mesmo assessor de Temer, abriu as portas do governo a interesses privados e fez questão de informar o presidente do serviço prestado. O diálogo não traz o desfecho da história, mas o grupo empresarial ajudado pelo coronel teve sua demanda atendida por um apadrinhado de Temer no governo. Coisa na casa do bilhão de reais.

VEJA teve acesso a dez mensagens encontradas no celular do coronel, cujo sigilo telefônico e telemático foi quebrado por decisão do ministro Barroso, conforme revelou na semana passada o jornal O Globo. Nove delas foram trocadas com Gonçalo Borges Torrealba, um dos donos do Grupo Libra, que tem atuação destacada no Porto de Santos, área sob forte influência política de Temer desde o século passado. Durante três dias, o coronel Lima e Torrealba tentam marcar uma audiência para o empresário. Na madrugada de 12 de agosto de 2015, à 0h44, o coronel finalmente dá a boa-nova: ‘O encontro foi agendado para às 12hs (sic), na Secretaria’. Meia hora depois de confirmar a audiência a Torrealba, o coronel, à 1h13 do mesmo dia 12, informa o então vice-presidente da República: ‘Transmiti o recado. Encontro marcado para as 12hs (sic)’. O coronel cumprira a sua missão. As mensagens não explicitam qual era a secretaria em questão, mas há uma boa pista à disposição das autoridades. Em junho de 2015, dois meses antes da troca de mensagens entre o coronel Lima, Torrealba e Temer, o Grupo Libra pediu à Secretaria de Portos a prorrogação de seus contratos de concessão no Porto de Santos.

Naquele agosto de 2015, esse pedido continuava sob a análise da área técnica da secretaria. Depois da audiência agendada pelo coronel, o processo deslanchou. Em 3 de setembro de 2015, a Secretaria de Portos finalmente prorrogou os contratos do Grupo Libra por vinte anos, até 2035. A decisão, publicada no Diário Oficial da União, foi assinada pelo então comandante da secretaria, Edinho Araújo, que chegou ao cargo indicado por Temer. Foi a consagração de uma parceria longa e profícua entre o Grupo Libra e o escrete político comandado pelo atual presidente da República.

A prorrogação dos contratos no Porto de Santos começou a ser semeada em 2013, durante a tramitação da hoje famosa MP dos Portos. O texto original da MP, editado pela então presidente Dilma Rousseff, permitia a prorrogação de contratos de concessão de terminais portuários com uma ressalva importante: só valia para empresas que não tivessem dívidas com a União e se comprometessem a realizar investimentos no setor. Braço-direito de Temer na Câmara, o então líder do PMDB, Eduardo Cunha, hoje preso em Curitiba, apresentou uma emenda para autorizar o governo a prorrogar os contratos mesmo de empresas devedoras. Cunha impunha uma condição módica: bastava que as empresas devedoras aceitassem discutir seus débitos num processo de arbitragem, e não mais na Justiça comum. Foi o pulo do gato.

Com uma dívida estimada atualmente em 2,8 bilhões de reais pelo governo, o Grupo Libra era o sujeito oculto por trás da emenda de Eduardo Cunha — e logo retribuiu a gentileza. Na campanha eleitoral de 2014, Gonçalo Torrealba doou 250.000 reais ao diretório do PMDB do Rio, cujo principal expoente era o próprio Cunha. Outros dois acionistas do Libra doaram 500.000 reais cada um, num total de 1 milhão de reais, à campanha à reeleição do então vice-presidente Michel Temer. A Polícia Federal suspeita que essas doações foram, na verdade, uma contrapartida às vantagens obtidas pelo Grupo Libra na MP dos Portos — suspeita que cresceu depois que agentes federais apreenderam um *pen drive* num endereço de Eduardo Cunha no qual havia dados do Grupo Libra e referências às suas dificuldades no porto.

Em 2013, quando a MP dos Portos tramitava na Câmara, Eduardo Cunha chegou a levar Gonçalo Torrealba para uma audiência com Temer no Palácio do Jaburu. Por meio de sua assessoria, o presidente confirmou a reunião, que, segundo ele, também contou com a participação de ministros do governo Dilma. Em 2014, com a MP já transformada em lei, o caso ainda não estava inteiramente resolvido a favor do Grupo Libra. Para que a prorrogação do contrato fosse concedida, a burocracia exigia uma autorização expressa da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e da Secretaria de Portos. O Libra pediu o benefício em junho de 2015 e, logo em seguida, entrou em cena o coronel Lima, como mostram as mensagens contidas em seu aparelho celular. A intervenção do amigo de Temer rendeu os frutos esperados. Segundo a assessoria do Ministério dos Transportes, o Libra é a única empresa que conseguiu a prorrogação apesar de ter dívidas com a União — antes, discutidas na Justiça; agora, em processo de arbitragem.

A VEJA, Edinho Araújo, hoje prefeito de São José do Rio Preto, no interior de São Paulo, disse não se lembrar se recebeu o empresário Gonçalo Torrealba em audiência. ‘Devo ter recebido a direção do Grupo Libra. Eu recebia a todos no meu gabinete, parlamentares, empresários e, principalmente,

representantes das áreas técnicas das companhias.’ Em sua agenda oficial, às 12 horas do dia 12 de agosto de 2015, consta apenas que Araújo estava ocupado com ‘reuniões internas’ — definição elástica usada para uma autoridade que não tem nada de relevante para fazer ou tem algo de muito relevante a esconder. Em contrapartida à prorrogação de seus contratos, o Grupo Libra assumiu o compromisso de investir 750 milhões de reais. ‘Como precisamos melhorar os portos e torná-los mais competitivos, não podíamos abrir mão de um investimento desse porte. Segundo os técnicos da Codesp (refere-se à empresa federal que administra o Porto de Santos) e da nossa secretaria, o acordo era o melhor a ser feito pelo Porto de Santos e pelo Brasil’, disse Edinho Araújo. Um mês depois de assinar a decisão favorável ao Grupo Libra, Edinho Araújo foi demitido por Dilma. Em sua notória carta-lamúria enviada à petista, como prenúncio de seu embarque definitivo na nau do *impeachment*, Temer reclamou do expurgo: ‘A senhora não teve a menor preocupação em eliminar do governo o deputado Edinho Araújo, deputado de São Paulo a mim ligado’.’ (Reportagem publicada pela Revista Veja em 16/3/2018. Disponível em: http://www.eb.mil.br/web/resenha/display/-/asset_publisher/9B8IpAnDp1we/content/-transmiti-o-recado-. Acesso em 27/3/2018)

‘MP tem acesso a inquérito antigo que pode ajudar investigação sobre Temer

Na ação, jovem pede pensão a ex-companheiro e cita suposto esquema de corrupção no porto de Santos.

O ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso autorizou, na semana passada, que o Ministério Público tenha acesso ao inquérito, já arquivado, sobre supostas irregularidades no Porto de Santos. Os documentos podem ser úteis nas investigações de um outro inquérito, que apura se um decreto do presidente Michel Temer teria ou não favorecido empresas do setor de portos em troca de propina.

Os repórteres Bruno Tavares e Robinson Cerântula tiveram acesso, com exclusividade, aos papéis.

Os quatro volumes do inquérito que cita o presidente Michel Temer, na época deputado federal, estão arquivados desde outubro de 2017. A ordem foi da juíza Sílvia Maria Rocha, da 2ª Vara Federal Criminal de São Paulo.

O inquérito foi aberto pela Polícia Federal em Santos em 2004, depois que os delegados receberam uma cópia de uma ação. Nela, a estudante Erika Santos pedia pensão alimentícia e parte dos bens do ex-companheiro, o empresário Marcelo de Azeredo, com quem teve um relacionamento desde 1997.

Azeredo presidiu a Codesp, a estatal que administra o Porto de Santos, o maior do país, entre 1995 e 1998.

Na ação, Erika acusava o ex-companheiro de comandar um esquema de corrupção no porto. Erika diz que ‘essas caixinhas ou propinas’ eram repartidas entre Marcelo, o padrinho político dele, o então deputado federal Michel Temer, e uma pessoa conhecida como Lima.

Na ação estão anexadas algumas planilhas com descrição de projetos e diversas anotações. Numa delas, relativa ao lixo do porto, está escrito: ‘Lima quer participação para MT, MA e L em torno de 20%’.

Sobre o arrendamento dos armazéns 34 e 35, e movimentação de contêineres, aparece que o investimento é de R\$ 40 milhões. Em seguida vem a seguinte anotação: ‘Lima está terminando o contrato. Percentual ainda não acertado’, e mais uma vez as siglas: MT, MA e L.

O nome da Argeplan, empresa de engenharia do coronel João Batista Lima Filho, amigo de Michel Temer, aparece nessas planilhas, relacionada a pelo menos três contratos. Num deles, consta que a participação da Argeplan é de 30%. Em outro, sobre o serviço de coleta de lixo, a participação da Argeplan é de 17,5%.

Por causa das acusações de Erika, a Polícia Federal chamou Michel Temer a prestar depoimento duas vezes em 2010. Como Temer era deputado federal, a decisão não poderia ter sido tomada em primeira instância, porque ele tinha direito a foro privilegiado. Temer nunca prestou esses depoimentos e a Justiça Federal, em Santos, encaminhou o processo ao STF.

No Supremo, coube ao ministro Marco Aurélio Mello analisar o caso. Em abril de 2011, ele decidiu arquivar a investigação contra Temer e mandou devolver para Santos o inquérito sobre o ex-presidente da Codesp.

A investigação contra Marcelo de Azeredo continuou na Justiça Federal, em São Paulo, porque o Ministério Público Federal em Santos entendeu que o caso era antigo demais e precisava ser tratado por uma vara especializada em crimes financeiros.

O inquérito original, então, foi dividido em dois, um para apurar os crimes de sonegação fiscal e evasão de divisas, e outro focado nas suspeitas de corrupção, que começaram a perder força no dia em que Erika Santos resolveu voltar atrás nas acusações.

Em depoimento à Polícia Federal, Erika disse que nunca soube de atividade ilícita praticada pelo ex-companheiro, que nunca soube de envolvimento dele com o então deputado federal Michel Temer nem com uma pessoa de nome Lima, e que todas as denúncias foram feitas por conta e risco do advogado dela.

Os advogados prestaram depoimento e foram categóricos: todas as denúncias obedeceram a uma exigência de Erika, que queria pressionar Marcelo a realizar um acordo. Os advogados disseram ainda que Erika entregou a eles a documentação e disse que foi obtida na casa de Marcelo ou extraída do computador dele.

Os advogados disseram que depois de uma viagem aos Estados Unidos, Erika dispensou o serviço deles, e que, posteriormente, souberam que ela havia feito um acordo financeiro com Marcelo.

A Justiça autorizou a quebra dos sigilos bancário e fiscal de Marcelo de Azeredo, que revelaram uma intensa movimentação financeira sem origem. Ele e a irmã aceitaram pagar cerca de R\$ 1 milhão em multas e impostos atrasados e as acusações de crimes financeiros também foram arquivadas.

O que dizem os citados

A assessoria do presidente Michel Temer disse que as investigações anteriores foram arquivadas por absoluta falta de provas.

A defesa do coronel Lima não quis se pronunciar.’ (Reportagem publicada em 26/3/2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/mp-tem-acesso-inquerito-antigo-que-pode-ajudar-investigacao-sobre-temer.html>. Acesso em 27/3/2018)

‘Barroso mandou prender 13 na Operação Skala, que pega amigos do presidente

Decisão do ministro do Supremo foi tomada no âmbito do inquérito que investiga o Decreto dos Portos, editado por Temer em maio de 2017 supostamente para beneficiar empresas do setor

O ministro Luís Roberto Barroso autorizou 13 mandados de prisão temporária a pedido da Polícia Federal e da Procuradoria-Geral da República como parte das investigações no inquérito que apura irregularidades no Decreto dos Portos assinado pelo presidente Michel Temer. Além disso, ele autorizou a expedição de 20 mandados de busca e apreensão na Operação Skala, deflagrada nesta quinta-feira, 29, em Brasília, em um desdobramento da Operação Patmos.

Foram expedidos mandados de prisão para Coronel João Baptista Lima, Antonio Celso Grecco, José Yunes, Wagner Rossi, Milton Hortolan, Eduardo Luiz de Brito Neves, Carlos Alberto Costa, Carlos Alberto Costa Filho, Maria Eloisa Adenshon Brito Neves, Rodrigo Borges Torrealba, Ana Carolina Borges Torrealba, Gonçalo Torrealba, Celina Borges Torrealba.

O ministro citou em seu despacho ‘risco concreto de destruição de provas’.

Além dessas prisões, Barroso determinou a intimação para depoimento de quatro pessoas, incluindo a arquiteta Maria Rita Fratezi, mulher do Coronel Lima e sócia do marido na PDA Projeção e Direção Arquitetônico LTDA. ‘Trata-se da empresa que realizou reforma de alto custo em imóvel da senhora Maristela Temer, filha do Excelentíssimo Senhor Presidente da República. Há informações sobre pagamentos de altos valores em espécie’, destaca Barroso.

Os outros três intimados são Edson Coelho Araújo, Almir Martins Ferreira e Zuleika Borges Torrealba. Barroso ressaltou que, por Zuleika Borges Torrealba ter 85 anos, deveria ser ouvida no lugar onde for encontrada.

BUSCAS. Entre os locais de busca e apreensão, o ministro incluiu diversos endereços do Grupo Rodrimar, a PDA Projeto e Direção Arquitetônica, a PDA Administração e Participação LTDA, a AF Consult do Brasil LTDA no Rio de Janeiro, e a AF Consult do Brasil LTDA em Curitiba.

Barroso também autorizou que o MPF, a Polícia Federal e a Receita Federal possam acessar os arquivos eletrônicos apreendidos na operação. E determinou que a Argeplan entregue cópia de ‘toda documentação contábil disponível sobre a empresa, além de blocos de notas fiscais e livros contábeis dos últimos cinco anos’.

O ministro também proibiu expressamente a Polícia Federal de ‘prestar informações sobre as diligências’, bem como realizar alguma coletiva sobre o tema, e determinou que ‘qualquer esclarecimento (deve) ser prestado por meio de nota da Procuradoria-Geral da República’.

COM A PALAVRA, O GRUPO LIBRA

Procurado pelo Estado, o Grupo Libra informou que ‘está prestando todos os esclarecimentos à Justiça, e que uma de suas acionistas já depôs à Polícia Federal. Mais informações serão dadas após integral acesso aos documentos da investigação, o que, até o momento, não foi disponibilizado aos advogados da empresa.’

Abaixo, a lista completa com as suspeitas para cada uma das 13 pessoas que foram presas temporariamente:

(...)

Rodrigo Borges Torrealba

‘Esclarecer os motivos para doação eleitoral pessoal e do grupo Libra, de onde partiram os pedidos e possível solicitação indevida de valores em troca de renovação de contratos de concessão em Santos/SP’

Ana Carolina Borges Torrealba

‘Esclarecer os motivos para doação eleitoral pessoal e do grupo Libra, de onde partiram os pedidos e possível solicitação indevida de valores em troca de renovação de contratos de concessão em Santos/SP’

Gonçalo Torrealba

‘Esclarecer os motivos para doação eleitoral pessoal e do grupo Libra, de onde partiram os pedidos e possível solicitação indevida de valores em troca de renovação de contratos de concessão em Santos/SP’

Celina Borges Torrealba

‘Esclarecer os motivos para doação eleitoral pessoal e do grupo Libra, de onde partiram os pedidos e possível solicitação indevida de valores em troca de renovação de contratos de concessão em Santos/SP’ (Reportagem publicada em 29/3/2018. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/barroso-mandou-prender-13-na-operacao-skala-que-pega-amigos-do-presidente/>. Acesso em: 2/4/2018)

‘Grupo Libra renovou concessão com o governo mesmo devendo R\$ 2 bilhões

Segundo Lúcio Funaro, mudança na ‘MP dos Portos’ que permitiu renovação beneficiou grupo ligado a Eduardo Cunha e Michel Temer. Cunha nega irregularidades; Planalto não se manifestou

Investigação do Ministério Público Federal aponta que o Grupo Libra, um dos alvos da Operação Skala, que levou à prisão empresários e amigos do presidente Michel Temer, se beneficiou de uma mudança na chamada ‘MP dos Portos’, aprovada em 2013 pelo Congresso Nacional.

O grupo, assim como outras empresas do setor portuário, é investigado pela Procuradoria Geral da República por suspeita de terem se beneficiado de mudanças promovidas pelo governo no setor em troca de pagamento de propina.

A TV Globo apurou que, mesmo devendo mais de R\$ 2 bilhões à Companhia de Docas do Estado de São Paulo (Codesp), a Libra conseguiu prorrogar contratos de concessão, o que era vedado.

A renovação só foi possível após os parlamentares promoverem uma mudança de última hora na ‘MP dos Portos’. Isso porque o texto inicial proibia empresas devedoras de celebrar ou renovar contratos de concessão.

Mas, depois de muita negociação, o texto final aprovado pelos congressistas permitiu a renovação dos contratos a partir de uma arbitragem da dívida, ou seja, uma negociação fora da Justiça. O Grupo Libra foi o primeiro e único do setor a utilizar esse recurso até o momento.

Em delação premiada, o doleiro Lucio Funaro, apontado como operador de propinas do MDB, afirmou que essa permissão via arbitragem da dívida foi uma mudança feita sob medida, com participação ativa do ex-presidente da Câmara, o deputado cassado Eduardo Cunha (MDB-RJ), e a pedido do presidente Michel Temer, à época vice-presidente da República.

‘Essa MP foi feita para a reforma do setor portuário e ela ia trazer um grande prejuízo ao Grupo Libra, que é um grupo aliado de [Eduardo] Cunha e, por consequência, de Michel Temer porque é um dos doadores, dos grandes doadores das campanhas do Michel Temer. E o Eduardo me narrou que na época o Michel pediu a ele: ‘Olha, tem que fazer isso, tem que fazer isso, cuidar disso’, para que o negócio não saísse do controle’, disse Funaro em sua delação.

‘E o que acontecia, pela definição dessa MP, o Grupo Libra não ia poder renovar mais as suas concessões portuárias, porque ele tinha vários débitos fiscais inscritos em dívida ativa. E o que que o

Eduardo Cunha fez: pôs dentro dessa MP uma cláusula que empresas que possuíam dívida ativa inscrita poderiam renovar seus contratos no setor portuário desde que ajuizassem arbitragem para discutir esse débito tributário', complementou o doleiro.

Operação Skala

O chamado 'inquérito dos Portos' foi aberto para apurar a suspeita de que o presidente Michel Temer editou um decreto para beneficiar empresas do setor portuário em troca de propina. Mas a Operação Skala mostrou que os investigadores investigam provas sobre fatos ocorridos nos últimos 20 anos.

Na última quinta-feira (29), Celina Torrealba, uma das donas do Grupo Libra, foi presa na Operação Skala, junto a amigos de Temer, ex-ministro e empresários.

Rodrigo Borges Torrealba, Ana Carolina Borges Torrealba Affonso e Gonçalo Borges Torrealba, outros acionistas do Grupo Libra, tiveram mandados de prisão na operação, mas estão no exterior.

Investigadores passaram o sábado analisando arquivos de computador, anotações e a contabilidade das empresas investigadas. O cruzamento desses dados pode levar a repasses de dinheiro e possíveis beneficiários.

Esses dados vão embasar o relatório do inquérito, que deve ser concluído pela PF até o final de abril - mas pode ser prorrogado. A Operação Skala está rastreando quando começou a relação das empresas com amigos de Temer.

A procuradora-geral da República, Raquel Dodge, afirma haver fortes indícios de um esquema de benefícios que durou mais de 20 anos.

(...)' (Reportagem publicada em 31/3/2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/grupo-libra-renovou-concessao-com-o-governo-mesmo-devendo-r-2-bilhoes.ghtml>. Acesso em 2/4/2018)

'Inquérito sobre decreto dos portos busca fatos de até 20 anos atrás

Grupo Libra conseguiu junto ao governo renovação da concessão para atuar em portos, mesmo devendo mais de R\$ 2 bilhões aos cofres públicos.

(...)

O inquérito dos portos investiga se houve pagamento de propina em troca da edição de um decreto, em 2017 para favorecer empresas do setor. Essa nova fase da operação mostrou que os investigadores estão em busca de provas e fatos não só de agora, mas dos últimos 20 anos.

Investigadores passaram o sábado (31) analisando arquivos de computador, anotações e a contabilidade das empresas investigadas.

O cruzamento desses dados pode levar a repasses de dinheiro e possíveis beneficiários. A suspeita é que empresas do setor portuário possam ter sido favorecidas pelo decreto dos portos, assinado pelo presidente Michel Temer em 2017, em troca de pagamento de propina.

Esses dados vão embasar o relatório do inquérito, que tem prazo para ser concluído pela PF no fim de abril, mas pode ser prorrogado.

A Operação Skala está rastreando quando começou a relação das empresas com os amigos de Temer. A procuradora-geral da República, Raquel Dodge, afirma haver fortes indícios de um esquema de benefícios que durou mais de 20 anos.

Na política, o setor de portos tomou a pauta do Congresso em um passado recente, em 2013. Novas regras foram exaustivamente discutidas na chama medida provisória dos portos.

A Câmara fez uma das sessões mais longas de sua história - quase 23 horas. O resultado foi anunciado pelo então presidente da casa, Henrique Eduardo Alves, do MDB, que está preso na Operação Lava Jato: 'Aprovado'.

No Senado, o texto foi tão debatido, tão negociado que o plenário só conseguiu aprová-lo faltando quatro horas para a MP perder a validade. O Congresso modificou o texto de um artigo que antes proibia empresas que deviam tarifas portuárias ao porto ou à Agência Nacional de Transportes Aquaviários de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e passou a condicionar essa proibição a uma decisão final e permitir que as empresas devedoras prorrogassem os contratos a partir de uma arbitragem dos débitos, ou seja, uma negociação fora da Justiça.

O grupo Libra, que atua nos setores de infraestrutura e comércio exterior, foi o primeiro do setor de portos a utilizar esse recurso.

Mais do que isso. O Ministério dos Transportes, ao responder questionamentos da TV Globo,

confirmou que até hoje somente Libra utilizou a prerrogativa de arbitragem.

O ministério disse que o valor que Libra deve à Codesp, a Companhia Docas do Estado de São Paulo, e quer rediscutir, supera os R\$ 2 bilhões.

Na delação, o operador do MDB, Lucio Funaro, já havia dito que essa arbitragem foi uma mudança feita sob medida, com atuação do ex-deputado Eduardo Cunha, preso desde outubro de 2016, e a pedido do presidente Michel Temer. O operador citou o grupo Libra.

Funaro: Essa MP foi feita para a reforma do setor portuário e ela ia trazer um grande prejuízo para o grupo Libra, que é um grupo aliado de Cunha e, por consequência, de Michel Temer porque é um dos doadores, dos grandes doadores das campanhas do Michel Temer. E o Eduardo me narrou que na época o Michel pediu a ele: ‘ó, tem que fazer isso, tem que fazer isso, cuidar disso’, para que o negócio não saísse do controle.

O grupo Libra passou a ter acionistas investigados na Operação Skala. Celina Borges Torrealba Capri foi presa na quinta-feira (29). Rodrigo Borges Torrealba, Ana Carolina Borges Torrealba Affonso e Gonçalo Borges Torrealba têm mandados de prisão, mas estão no exterior.

Funaro afirmou que Cunha atuou para mudar o texto que favoreceu a empresa.

Funaro: E o que acontecia, pela definição dessa MP, o grupo Libra não ia poder renovar mais as suas concessões portuárias, porque ele tinha vários débitos fiscais inscritos em dívida ativa. E o que o Eduardo Cunha fez: pôs dentro dessa MP uma cláusula que empresas que possuíam dívida ativa inscrita poderiam renovar seus contratos no setor portuário desde que ajuizassem arbitragem para discutir esse débito tributário.

A mudança no texto não ocorreu por emenda, por uma inclusão de Cunha.

O relator da comissão que analisou a MP à época, senador Eduardo Braga, também do MDB, afirmou que a redação final foi resultado de um acordo de partidos.

Por telefone, Braga disse ao Jornal Nacional que não se lembra de quem foi a ideia dessa nova redação nem mesmo se foi dele. Mas disse que Cunha participou ativamente da construção do acordo que levou à mudança.

Cunha conseguiu, na comissão da medida provisória, retirar trechos que poderiam ser desfavoráveis às empresas que deviam tarifas portuárias, caso do grupo Libra. E, na etapa seguinte, na votação no plenário, continuou tentando fazer alterações no artigo que, segundo Funaro, beneficiou o grupo Libra. A MP virou lei ainda em 2013, mas as regras para que a empresa e o governo tentassem um acordo só saíram em junho de 2015. Menos de três meses depois, o grupo Libra começa a negociação e, no mesmo dia, a empresa consegue a prorrogação da concessão até 2035.

O então secretário de Portos que assinou o acordo, Edinho Araújo, disse à época que foi vantajoso para o poder público e para a empresa. Indicado por Temer para o cargo, Edinho foi ouvido pela Polícia Federal na Operação Skala.

A Polícia Federal quer saber por que em 2013, ano de tramitação da medida provisória, os empresários procuraram Temer que, na época era vice-presidente; que tipo de pedido fizeram; e que demandas foram solucionadas. Temer já negou à PF irregularidades e disse que não pediu a seu então assessor, Rodrigo Rocha Loures, que acompanhasse as questões do setor de portos ou pedidos de empresários.

(...)’ (Reportagem publicada em 31/3/2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/03/inquerito-sobre-decreto-dos-portos-busca-fatos-de-ate-20-anos-atras.html>.

Acesso em 5/4/2018).

Os fatos relatados, que ostentam extrema gravidade, ainda estão sendo investigados pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal.

Em 29/3/2018, foi deflagrada, pela Polícia Federal, a operação Skala, que resultou: a) na prisão temporária da sra. Celina Borges Torrealba, uma das acionistas do Grupo Libra; b) na expedição de mandados de prisão temporária contra os srs. Gonçalo Borges Torrealba, Rodrigo Borges Torrealba e Ana Carolina Borges Torrealba, também acionistas do Grupo Libra (não cumpridos, pois eles estavam no exterior); c) na execução de mandado de busca e apreensão na sede do Grupo Libra, no Rio de Janeiro/RJ; e d) na intimação da sra. Zuleika Borges Torrealba (mãe de Celina, Gonçalo, Rodrigo e Ana Carolina) para prestar depoimento.

Em vista disso, sugere-se, desde já, que seja autorizado à SeinfraPortoFerrovia promover diligências com vistas à obtenção do compartilhamento de provas produzidas no âmbito das aludidas investigações, caso repute essa medida necessária ou conveniente para a instrução do processo apartado de responsabilização ou

para fins de nova fiscalização/representação.

III

Ante todo o exposto, o Ministério Público de Contas manifesta-se no sentido de o Tribunal:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso V, do Regimento Interno deste Tribunal e no art. 103, § 1º, da Resolução TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la procedente;

b) assinar prazo de 15 dias, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, declarando a nulidade do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, celebrado, em 2/9/2015, com a Libra Terminais S.A., por ilegalidade insanável e expressiva potencialidade de dano ao erário;

c) determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que, no prazo de 90 dias, em razão do disposto no art. 6º da Lei 8.987/1995, informe sobre as providências adotadas ou a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço dos Terminais 35 e 37 do Porto de Santos, considerando o vício de nulidade na unificação e na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, bem como o decurso do prazo original do arrendamento do Terminal 37 e a proximidade do encerramento do prazo original do arrendamento do Terminal 35;

d) determinar, com fundamento no art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, à União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, e à Codesp que não firmem nenhum acordo que tenha por objeto nova prorrogação do prazo para a prolação da sentença arbitral no âmbito do Procedimento Arbitral 78/2016-CAM-CCBC/SEC7, em atenção ao disposto no subitem 5.5.1 do Termo de Compromisso Arbitral;

e) recomendar ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil e à ANTAQ que, na promoção de nova licitação para arrendamento dos Terminais 35 e 37 do Porto de Santos seja considerada a alternativa de licitação das áreas unificadas, com inclusão no objeto da licitação também da área relativa ao Terminal 33, com previsão de ocupação e exploração imediata das áreas relativas aos Terminais 35 e 37 e, da área do Terminal 33, a partir do fim da vigência original do Contrato DP/019.2000 (16/5/2020), de modo a tornar mais atrativa referida licitação e mais eficiente a exploração dessas três áreas;

f) autorizar, com fundamento no art. 250, §6º, do Regimento Interno do TCU c/c o art. 43 da Resolução TCU 259/2014, a autuação de processo apartado para apurar:

f.1) as responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §1º, II, e § 8º, do Decreto 8.465/2015;

f.2) as responsabilidades pela morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral e pelo descumprimento ao item 5.5 e aos subitens 5.5.1 e 5.5.2 do Termo de Compromisso Arbitral celebrado, em 2/9/2015, entre a União e a Codesp, de um lado, e a Libra Terminais S.A. e a Libra Terminal 35 S.A. (atual denominação: Libra Terminal Santos S.A.), do outro;

f.3) a ocorrência de violações aos arts. 9º, § 4º, inciso II, e 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 e ao art. 7º, I, da Portaria SEP/PR 349/2014, bem como as respectivas responsabilidades;

g) determinar à SeinfraPortoFerrovia que monitore as determinações ora propostas;

h) autorizar a SeinfraPortoFerrovia a promover diligências com vistas ao compartilhamento de provas produzidas no âmbito das investigações em curso acerca de suposto esquema criminoso para beneficiar arrendatárias que operam no Porto de Santos, caso repute essa medida necessária ou conveniente para a instrução do processo apartado de responsabilização ou para fins de nova fiscalização/representação;

i) dar ciência da deliberação que vier a ser proferida neste processo ao MTPAC, à Codesp, à Antaq, à Libra Terminais S.A., à Libra Terminal Santos S.A., à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Procuradoria da República no Município de Santos (TC 035.163/2017-8, TC 025.989/2017-0, TC 020.588/2017-8 e TC 025.479/2016-4) e à Procuradoria da República no Distrito Federal (TC 027.222/2017-9).”

É o relatório.

VOTO

Esta representação, formulada por equipe de auditoria da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária – SeinfraPortoFerrovia, trata de irregularidades na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, celebrado em 25/6/1998 entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp e o Consórcio Libra-Boreal, cujo objeto foi o arrendamento do terminal 35 do Porto de Santos.

2. No cerne do arcabouço jurídico do setor portuário, capitaneado pela Lei 12.815/2013, está o estabelecimento de modelo de exploração portuária que priorize investimentos em infraestrutura e que tenha foco na eficiência das operações.

3. Ao lado da autorização de terminais de uso privativo, a licitação de novos arrendamentos e a realização de prorrogações antecipadas de contratos vigentes são as estratégias mais importantes para alavancar o desempenho portuário.

4. As duas últimas, no entanto, são políticas que podem apresentar concorrência recíproca, e, por isso, ao optar pela prorrogação antecipada, caberá ao poder concedente demonstrar que a obrigação constitucional de licitar deve ceder ao interesse público materializado pela possibilidade de antecipação de investimentos e de melhoria da eficiência de determinado arrendamento.

5. É fundamental, portanto, que os pedidos de prorrogação evidenciem os benefícios a ser obtidos com a dilação de prazo e, nesse propósito, as razões que conferem mais clara legitimidade aos aditamentos decorrem das expectativas de ganhos de eficiência ao longo da nova vigência das concessões.

6. O contrato em exame, com vigência inicial de 20 anos, foi prorrogado por igual período por meio do segundo termo aditivo, firmado em 2/9/2015. Além da extensão de prazo, o aditamento promoveu a unificação de três ajustes, todos de titularidade do grupo Libra:

- Contrato PRES 32/98 (terminal 35, vigência até 25/6/2018);
- Contrato DP/019.2000 (terminal 33, vigência até 16/5/2020); e
- Contrato PRES 11/95 (terminal 37, vigência até 4/9/2015).

7. A unificação dos arrendamentos, somada ao adensamento de outra área localizada entre os terminais 35 e 37 (conhecida como Enclave), outorgou ao controle do grupo Libra, até 04/09/2035, área portuária de 199.766m², com capacidade estática de 18.138 TEUs (*twenty-foot equivalent unit*). O valor atribuído ao novo ajuste, designado por Contrato PRES 32/98, é de R\$ 11,5 bilhões.

8. Os trabalhos de fiscalização que deram origem a este processo foram realizados em 2016 e tiveram por objeto o exame geral dos procedimentos adotados para prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários. Ao constatar indícios de irregularidade na renovação concedida ao grupo Libra, no âmbito do Contrato PRES 32/98, a equipe de auditoria representou ao TCU. Inicialmente, propôs ao então relator, ministro Augusto Nardes, a realização de diligências ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA e à Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp.

9. Na sequência, ao analisar os novos documentos trazidos aos autos, a unidade instrutiva confirmou a ocorrência de irregularidades na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98 e propôs ao relator, que anuiu à sugestão, as oitivas do MTPA, da Codesp e da Libra Terminais S.A.

10. O novo exame da SeinfraPortoFerrovia, em abril de 2017, após o contraditório dos interessados, reafirmou a ilegalidade da prorrogação antecipada. A unidade técnica, propôs, assim, fixar prazo para anulação do segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98, além de determinar ao MTPA que adotasse medidas para evitar a descontinuidade dos serviços públicos portuários.

11. A proposta não foi acolhida pelo ministro-relator, que determinou a realização de novas diligências, as quais, em essência, deveriam trazer informações sobre o procedimento arbitral instaurado para apreciar falhas no cumprimento das obrigações constituídas pelo Contrato PRES 32/98. Em acréscimo, nova oportunidade de manifestação foi concedida à arrendatária.

12. As manifestações apresentadas pelo MTPA, pela Codesp e pelo grupo Libra, devidamente analisadas pela SeinfraPortoFerrovia em setembro de 2017, permitiram apenas confirmar a proposta de mérito anteriormente apresentada pela unidade técnica.

13. Submetido o processo ao exame do relator, o ministro Augusto Nardes declarou-se impedido, e o feito foi apresentado à minha relatoria. Ato contínuo, diante da relevância da matéria e das questões jurídicas envolvidas, submeti-o à manifestação do Ministério Público junto ao TCU, que, em exame detalhado, essencialmente endossou as propostas da unidade instrutiva pela anulação do aditivo de prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98.

14. Algumas informações sobre o histórico da concessão são relevantes para avaliar a regularidade do aditamento deferido ao grupo Libra pela antiga Secretaria de Portos da Presidência da República - SEP/PR, com interveniência da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq e da Codesp.

15. Desde o início da vigência do Contrato PRES 32/98, Libra não pagou integralmente à Codesp os valores de arrendamento. Das receitas estimadas entre dezembro/1998 e setembro/2014, da ordem de R\$ 1,1 bilhão, apenas se realizaram 9% (R\$ 103 milhões).

16. O Contrato PRES 32/98 é decorrente da Concorrência 12/1997, da qual o grupo Libra foi vencedor com proposta bastante arrojada. Enquanto o edital exigia R\$ 0,50/m² como valor mínimo de remuneração da área arrendada e os concorrentes ofertaram valores médios de R\$ 1,91/m², Libra propôs R\$ 5,00/m². Para o outro parâmetro de definição das propostas financeiras, relacionado ao preço por contêiner movimentado, a empresa ofereceu R\$ 44,00 por contêiner, enquanto a média dos concorrentes foi de R\$ 23,72 e o preço mínimo era de R\$ 8,00. No tocante às movimentações mínimas de contêineres, a proposta do grupo Libra também foi substancialmente superior aos parâmetros-base do edital e às ofertas dos demais licitantes: 300 mil no primeiro ano da concessão e 750 mil no vigésimo ano, enquanto o edital fixou 75 mil como a movimentação mínima durante toda a concessão e os outros licitantes apresentaram propostas com média de 95 mil no início da concessão e 202 mil no último ano.

17. Todavia, um ano após o início do contrato, Libra arguiu a ocorrência de fatos supervenientes, essencialmente atribuíveis ao descumprimento de obrigações pela Codesp, e requereu reequilíbrio econômico-financeiro. Solicitou redução do aluguel da área arrendada (de R\$ 5,00/m² para R\$ 0,50/m²), do valor relativo à movimentação de contêineres (de R\$ 44,00/contêiner para R\$ 8,00/contêiner) e a alteração do prazo de carência, de zero para cinco anos.

18. Diante da negativa da Codesp em conceder o reequilíbrio, a arrendatária decidiu limitar os pagamentos. A disputa foi levada ao Poder Judiciário, e, das nove ações judiciais com matéria de fundo similar, merecem registro: i) o processo 0005951-69.2003.4.03.6104, movido por Libra contra aquela companhia, com inicial julgada improcedente e decisão recursal de antecipação da tutela para impedir a Codesp de praticar qualquer medida que dificultasse, prejudicasse ou impedisse as operações de Libra no terminal 35 do Porto de Santos; ii) o processo 0008341-12.2003.4.03.6104, que tratou de ação de cobrança movida pela Codesp contra Libra objetivando a condenação ao pagamento integral do débito, julgada procedente na primeira instância e não apreciada, ainda, em grau de recurso.

19. Com o objetivo de pôr fim aos nove processos judiciais e submeter a lide à arbitragem, no dia 02/09/2015, a Codesp e o grupo Libra, com a interveniência da Antaq, assinaram termo de compromisso arbitral. Vale registrar que, nesse mesmo dia, foi celebrado o termo aditivo de prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, objeto dos presentes autos.

20. Feito esse breve introito, passo ao exame da matéria.

II

21. A prorrogação antecipada na área portuária, instituída pelo art. 57 da Lei 12.815/2013, submeteu ao juízo discricionário do administrador a autorização de cada pleito, mas estabeleceu quatro condições objetivas a ser observadas: i) estar o ajuste vigente; ii) ter sido firmado sob a vigência da Lei 8.630/1993; iii) possuir previsão expressa de prorrogação ainda não realizada; e iv) apresentar plano de investimento a ser submetido à aprovação do ente público.

22. Em acréscimo, estabeleceu o art. 62 da Lei dos Portos (destaques acrescidos):

“Art. 62. O **inadimplemento**, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, **assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos** de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o *caput*, **poderá ser utilizada a arbitragem**, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 2º O impedimento previsto no *caput* também se aplica às pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas, ou de controlador comum com a inadimplente.”

23. O Decreto 8.465/2015 regulamenta o § 1º do art. 62 da Lei 12.815/2013 e dispõem sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Com destaques pertinentes, reproduzo a seguir o art. 13, que trata das condições para prorrogação antecipada no caso da existência de litígios sobre o arrendamento (com nossos destaques):

“Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§ 1º Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados, observados os demais requisitos legais e regulamentares, **SE CARACTERIZADO INTERESSE PÚBLICO**, desde que:

I - o contratado tenha pago integralmente os valores incontroversos devidos à administração pública;

II - o **CONTRATADO TENHA PAGO** ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao **VALOR PROVISÓRIO DA OBRIGAÇÃO LITIGIOSA** que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo *caput*; e

III - o contratado se obrigue a pagar, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, todo o valor a que eventualmente venha a ser condenado a pagar em favor da administração pública.

§ 2º O prazo máximo para o pagamento a que se refere o inciso III do § 1º **NÃO SERÁ SUPERIOR A CINCO ANOS**.

§ 3º Caso o árbitro estabeleça que o prazo total para pagamento de que trata o inciso III do § 1º será superior a cento e oitenta dias, deverá estabelecer que o pagamento ocorrerá em prestações periódicas, sendo a primeira prestação paga no prazo de até cento e oitenta dias, contado da data de ciência da decisão arbitral definitiva.

§ 4º Em caso de omissão da decisão arbitral, o prazo de pagamento a que se refere o inciso III do § 1º será de cento e oitenta dias, contado da data de ciência da decisão.

§ 5º Na hipótese de prorrogação do contrato a que se refere o litígio, o termo aditivo considerará, para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, os valores provisórios estabelecidos pelo árbitro, sem prejuízo de posterior reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência da decisão arbitral definitiva.

§ 6º Na situação de que trata o § 5º, caso a decisão arbitral provisória não seja proferida com antecedência mínima de noventa dias em relação ao termo final do contrato, o poder concedente poderá definir valores provisórios no termo aditivo para efeito de definição da equação econômico-financeira referente ao período de prorrogação, que vigorarão até que sobrevenha a decisão arbitral definitiva, sem prejuízo da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de decisão arbitral definitiva superveniente.

§ 7º Na situação de que trata o § 6º, os valores provisórios serão definidos pelo poder concedente e utilizarão como parâmetro os valores de contratos similares relativos ao mesmo porto ou, se não houver, de outros portos.

§ 8º O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º **NÃO EXCLUI A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO OU DEPÓSITO DA QUANTIA A QUE SE REFERE O INCISO II DO § 1º ANTES DA EFETIVA CELEBRAÇÃO DO TERMO ADITIVO** de prorrogação, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do contrato, nos termos do § 6º.

§ 9º O disposto neste artigo também se aplica à celebração de novos contratos durante o curso de procedimento arbitral.

§ 10. A condição de que trata o inciso III do § 1º constará como cláusula resolutiva no termo aditivo de prorrogação ou no instrumento de contrato que venha a ser celebrado durante o curso da arbitragem.”

24. Ao contrastar a disposição legal com a norma regulamentar, faço uma primeira observação.

25. Enquanto, primariamente, o *caput* do art. 62 da Lei 12.815/2013 estabelece que o inadimplemento impossibilita a celebração ou a prorrogação de contratos de concessão e arrendamento, o § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 aduz: “Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados (...)”.

26. Ainda que sopesadas as condicionantes fixadas pelo regulamento, não posso deixar de observar que, se, por um lado, o art. 62 repele a prorrogação com concessionários inadimplentes e estabelece salvaguarda expressa à União, de outro lado, o Decreto 8.465/2015 flexibiliza aquela proteção ao erário e cria regras que autorizam o prolongamento de concessões potencialmente inadimplentes.

27. Em que pese essa possível inovação regulamentar *contra legem* para decidir o caso em exame, atendo-me a aspectos próprios do caso concreto, eis que suficientes para demonstrar que o segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98 é irregular. Em linha com as conclusões da SeinfraPortoFerrovia e do MPTCU, considero que ele sequer atendeu aos requisitos do Decreto 8.465/2015.

28. Nesse juízo, tenho por razão fundamental o descumprimento à exigência de pagamento prévio da obrigação litigiosa. Em acréscimo, também resta evidente a ausência de interesse público na prorrogação antecipada.

29. Sigo à análise dos dois itens.

Descumprimento da exigência de pagamento prévio da obrigação litigiosa

30. O Decreto 8.465/2015, nos três incisos do § 1º do art. 13, estabelece os seguintes requisitos para deferimento da prorrogação antecipada: (i) pagamento dos valores incontroversos à Administração Pública; (ii) pagamento ou depósito em juízo do valor provisório da obrigação litigiosa fixado pelo árbitro; e (iii) assunção da obrigação de pagar todo o valor a que eventualmente se venha a ser condenado.

31. A infração ao inciso II, § 1º, do art. 13 do Decreto 8.465/2015, que impõe o prévio recolhimento do valor provisório da obrigação litigiosa, é irregularidade que atesta a invalidade da prorrogação contratual deferida à Libra. O *caput* do mesmo artigo dispõe que “o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa”, mas tal deliberação não havia sido proferida à época do segundo aditivo ao Contrato PRES 32/98.

32. Defenderam a arrendatária e o MTPA que a prorrogação antecipada era premente, dada a expiração de um dos contratos unificados pelo segundo aditivo ao Contrato PRES 32/98, e que a ausência de deliberação arbitral não poderia ser suprida pelo poder concedente. Libra acrescentou que, em face das razões declinadas para não realização integral dos pagamentos e por ter sido a matéria submetida ao juízo arbitral, sequer poderia ser considerada inadimplente.

33. Conquanto o Decreto 8.465/2015 tenha deferido ao árbitro a prerrogativa de indicar o valor da obrigação litigiosa, inexistente qualquer autorização normativa para, diante da ausência de definição arbitral sobre o valor do litígio, prosseguir com a prorrogação sem qualquer salvaguarda à União acerca dos pagamentos inadimplidos.

34. O § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, combinado com o § 8º, deixa evidente que a prorrogação das concessões que envolvam litígio pendente de decisão não dispensa o pagamento, antes da prorrogação, de valor provisório para fazer frente à quantia litigiosa. Pela pertinência, vale nova reprodução do dispositivo regulamentar (destaques acrescidos):

‘§ 8º O disposto nos § 5º, § 6º e § 7º **NÃO EXCLUI A OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO OU DEPÓSITO DA QUANTIA A QUE SE REFERE O INCISO II DO § 1º ANTES DA EFETIVA CELEBRAÇÃO DO TERMO ADITIVO** de prorrogação, ainda que o termo aditivo não tenha utilizado o valor provisório estabelecido pelo árbitro para fins de definição da equação econômico-financeira do

contrato, nos termos do § 6º.’

35. Dessa forma, diante de litígios sobre a concessão a ser prorrogada, um valor provisório para a obrigação litigiosa será definido pelo árbitro e, antes da assinatura do termo aditivo, recolhido pela arrendatária.

36. Essa conclusão constou inclusive da manifestação da Assessoria Jurídica junto à SEP/PR, que emitiu o Parecer 214/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU em 1º/09/2015, no qual opinou pela viabilidade jurídica da celebração do termo aditivo de prorrogação contratual, desde que observada, entre outras ressalvas e recomendações, a seguinte (destaques acrescidos):

‘(...), para fins de atendimento aos requisitos do art. 13, § 1º, incisos I e II, do Decreto nº 8.465, de 2013, será necessário que a CODESP certifique que a arrendatária vem pagando integralmente todo o valor incontroverso **e que também pagou ou depositou à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa**. Além disso, para fins de atendimento à exigência do inciso III do § 1º do art. 13 do Decreto nº 8.465, de 2013, deve constar do termo aditivo cláusula resolutiva em caso de não pagamento tempestivo do valor a que a arrendatária venha a ser eventualmente condenada a pagar no processo arbitral.’

37. A alternativa escolhida de prorrogar o Contrato DP 032/98 sem pagamento prévio da vultosa quantia em disputa contraria o inciso II do § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, ofende o princípio da indisponibilidade do interesse público e não possui fundamentação jurídica.

38. Não cabe alegar ausência de competência do MTPA para definição da obrigação litigiosa com o intuito de justificar o deferimento da prorrogação antecipada, até porque era mesmo impossível que o valor provisório fosse fixado pelo árbitro, já que **o termo de compromisso arbitral e o aditivo de prorrogação foram assinados na mesma data**. E é inviável, em um só dia, a definição do árbitro, a fixação de valor para a obrigação litigiosa, seu pagamento pela arrendatária e, ainda, a assinatura do termo de prorrogação.

39. Aliás, em uma de suas manifestações, o MTPA reconheceu que “a conclusão dos procedimentos de arbitragem previstos no Termo de Compromisso Arbitral - TCA, incluindo a nomeação de árbitros e a decisão preliminar sobre o valor provisório, não iria ocorrer cronologicamente antes do encerramento de um dos contratos, entre Codesp e Libra.” (peça 21, p. 8).

40. Ou seja, o poder concedente verificou a impossibilidade de instauração tempestiva da arbitragem; apesar disso, decidiu pela prorrogação sem recolhimento da obrigação litigiosa; e, quando questionado pelo TCU, alegou que a ausência de fixação do valor da obrigação litigiosa pelo árbitro endossaria a decisão de prorrogar o Contrato DP 032/98 sem prévio recolhimento de valor provisório.

41. Em verdade, vale registrar que, desde a primeira proposta apresentada pelo grupo Libra para realização da arbitragem, em agosto/2014, estava previsto que a eficácia do termo de compromisso arbitral estaria condicionada à prorrogação antecipada dos Contratos PRES 32/98, DP/019.2000 e PRES 11/95 (peça 2, p. 5).

42. O aparente açodamento na assinatura do aditivo tem relação com a impossibilidade de prorrogação de contratos já vencidos, estabelecida no art. 57 da Lei 12.815/2013. Como o Contrato PRES 11/95, unificado pelo aditamento, tinha vencimento em 4/9/2015, a despeito da ausência de instalação efetiva do juízo arbitral e da falta de recolhimento de valores para fazer frente à obrigação litigiosa, a Codesp decidiu assinar o segundo termo aditivo em 2/9/2015.

43. Ainda que seja assumida como indispensável a unificação dos terminais 33, 35 e 37, em vez de prolongar a relação contratual até 2035, poder-se-ia, eventualmente, avaliar a viabilidade de um contrato de transição que permitisse sincronizar a vigência dos três contratos. Prorrogá-los sem o recolhimento de valor provisório, no entanto, é solução irregular.

44. Ao contrário do que argumentou a arrendatária, não constitui ônus exagerado a obrigação de pagamento prévio de valor provisório. Essa exigência, expressa no § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, combinado com o § 8º, constitui, em verdade, a principal garantia financeira da União para avaliar a plausibilidade da renovação da concessão com empresas litigantes. Olvidar a exigência equivale a equiparar as empresas potencialmente inadimplentes, que contestam receitas inicialmente projetadas pela União, com outras que estão plenamente quites com seus pagamentos. A isonomia, a

supremacia do interesse público e a inexistência de qualquer direito subjetivo da arrendatária à prorrogação antecipada impedem acolher tal argumentação.

45. A alegada incerteza em relação à obrigação litigiosa também não favorece os interesses da arrendatária, porquanto a renovação ocorre a critério do poder concedente, e não por ato vinculado decorrente de direito constituído pelo particular. Em juízo circunstancial, voltado ao exame da prorrogação, e não ao mérito da lide entre a Codesp e a arrendatária, a substancial redução dos pagamentos feitos por Libra deveria ter sido elemento essencial na análise da conveniência e oportunidade da prorrogação. E, se não bastasse para o indeferimento do pleito de extensão de prazo, a ausência de recolhimento de valor provisório, com flagrante descumprimento ao inciso II do § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, seria impedimento ao aditivo.

46. Ainda nesse contexto, outro argumento suscitado pela arrendatária para justificar a prorrogação antecipada sem o pagamento do valor provisório diz respeito à necessidade de “decisão final” sobre o inadimplemento, consoante o disposto no art. 62 da Lei 12.815/2013 (destaques acrescidos):

‘Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, **assim declarado em decisão final**, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.’

47. Defendeu a arrendatária que a própria Codesp teria atestado sua adimplência. Acrescentou que o encerramento dos processos judiciais sem decisão definitiva, aliado à formação de juízo arbitral ainda não concluso, seria elemento suficiente para afastar juízo prévio de inadimplemento da Libra.

48. De início, avalio que não procedem as alegações da arrendatária de que o poder concedente teria atestado a adimplência. As manifestações da Codesp e da SEP pela habilitação da Libra quanto às obrigações contratuais, muitas delas passíveis de contestação em razão das evidências de insuficiência de desempenho e da restrição de pagamentos, invariavelmente ressalvam a existência de discussão litigiosa sobre os pagamentos não adimplidos na execução do Contrato DP 032/98.

49. A Nota Técnica 75/2015/DOU/SPP/SEP/PR, de 15/7/2015, expressamente assinalou:

‘(...) a arrendatária cumpriu os requisitos de admissibilidade para a prorrogação antecipada e, além disso, foi atestado o cumprimento das obrigações contratuais pela Codesp, **ressalvadas as questões que estão motivando o juízo arbitral**’ (peça 5, p. 41)

50. Na mesma linha, a Portaria SEP/PR 271, de 16/7/2015, apesar de aprovar, em caráter preliminar, o plano de investimentos apresentado pelo grupo Libra, registrou as ressalvas constantes na Nota Técnica 75/2015/DOU/SPP/SEP/PR.

51. Ademais, em linha com o MPTCU, considero que não há fundamento jurídico ou razão fática para transferir ao Poder Judiciário ou ao juízo arbitral a decisão sobre a constatação, ou não, de inadimplência.

52. No exame do pleito de prorrogação antecipada, em relação ao qual não existe direito subjetivo que demande o deferimento, a expressão “decisão final” do art. 62 da Lei 12.815/2013 deve ser interpretada como aquela proferida administrativamente. Essa compreensão é conclusão lógica do rito procedimental de prorrogação antecipada, uma vez que é do poder concedente a competência precípua de examinar o preenchimento das condicionantes e decidir, à luz do interesse público, se deve ser autorizada a prorrogação antecipada.

53. É pertinente verificar que a lei e o decreto não estabeleceram rito próprio para proferir a “decisão final” de inadimplência e tampouco fixaram a necessidade de trânsito em julgado nos âmbitos judicial ou arbitral.

54. Nesse ponto, registro que, logo no início da execução contratual, o grupo Libra apresentou pleito de reequilíbrio econômico-financeiro que, após análise da Codesp, foi rejeitado. O litígio, na sequência, foi levado ao Poder Judiciário e, posteriormente, submetido ao juízo arbitral. Os procedimentos administrativos internos que discutiram e rejeitaram a redução dos preços e da movimentação mínima previstos em contrato, aliados à submissão da lide ao Judiciário e à arbitragem, demonstram que a inadimplência do grupo Libra era juízo conclusivo no âmbito do poder concedente.

55. Interpretar a locução “decisão final” do art. 62 da Lei 12.815/2013 como aquela proferida em definitivo pelo Poder Judiciário ou pelo juízo arbitral significaria indevida restrição da competência do poder concedente de apreciar os pleitos de prorrogação antecipada que lhe são apresentados e sobre eles decidir.
56. Sem qualquer prejuízo à inafastabilidade jurisdicional e à prerrogativa legal de recorrer ao arbitramento, a “decisão final” indicada na lei deve ser aquela que melhor se harmoniza com o rito ordinário de exame dos pleitos de prorrogação antecipada, que se desenvolve no âmbito administrativo. Nessa esfera, com efeitos restritos ao exame de mérito do pedido de prorrogação da concessão, é que o poder concedente conclui se a arrendatária deve ser considerada adimplente ou inadimplente.
57. De forma ainda mais grave, a compreensão defendida pela arrendatária configuraria interpretação extensiva que realça o interesse particular em detrimento da proteção ao interesse público que o art. 62 da Lei 12.815/2015 busca construir. A mera existência de discussão judicial ou arbitral acerca de inadimplemento contratual, acaso pendente de trânsito em julgado, permitiria que empresas inadimplentes se habilitassem à prorrogação de suas concessões.
58. Mais do que isso.
59. Alargar a interpretação dessa expressão seria mesmo contraditório com os dispositivos que autorizam a prorrogação de concessões pendentes de litígio arbitral. Seria, em verdade, tornar letra morta todo o disposto no art. 13 do Decreto 8.465/2015, pois se exigida fosse “decisão final” que não comporta recurso, que sentido faria regulamentar hipóteses de prorrogação para casos pendentes de deliberação sobre litígio? Que sentido faria criar regras para definição e pagamento de valores provisórios da obrigação litigiosa, como as dispostas no *caput* e nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do art. 13 do Decreto 8.465/2015? Que sentido faria estabelecer requisitos específicos, como os indicados nos incisos de I a III do § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, para que concessionários com litígio pendente pleiteiem a prorrogação antecipada?
60. Por lógica e por direito, a interpretação extensiva alegada não pode ser admitida.
61. Ao olvidar a expressa exigência de recolhimento prévio da obrigação litigiosa, o poder concedente também assumiu risco relevante à viabilidade econômico-financeira da concessão e, por conseguinte, à continuidade dos serviços públicos.
62. O valor da possível dívida, atualizada até 23/6/2015, já ultrapassava 2 bilhões de reais. Esse montante é da ordem de 3 vezes todo o investimento estimado para os 20 anos de prorrogação, projetado em R\$ 723 milhões.
63. De acordo com o § 2º, combinado com o inciso III do § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, nas condições e prazos estabelecidos na decisão arbitral definitiva, a arrendatária deve pagar todo o valor a que eventualmente venha a ser condenada no prazo máximo de 5 anos. Por exigência do § 10 do mesmo artigo, a obrigação de pagamento de todo o valor é objeto de cláusula resolutiva expressa do termo aditivo de prorrogação (cláusula décima terceira, parágrafo segundo).
64. Admitida a extensão do prazo de concessão afetada por dívida desse vulto, a eventual condenação poderia comprometer a viabilidade econômica do negócio e afetar a capacidade da arrendatária de implementar os investimentos que deram causa à prorrogação antecipada.
65. Uma última questão que merece registro diz respeito à decisão arbitral proferida recentemente, em 04/04/2018, em sede de pedido cautelar (peça 136). O indeferimento da liminar requerida pela Codesp, que tinha por objetivo prestação de caução por Libra, foi proferido por entender aquele juízo que não estavam presentes os pressupostos cautelares, o que em nada altera o exame do presente feito.
66. Assim, concluo este ponto por considerar que o descumprimento à obrigação constituída pelo inciso II, § 1º, do art. 13 do Decreto 8.465/2015 evidencia a irregularidade do segundo termo aditivo ao Contrato DP 032/98.

Ausência de interesse público na prorrogação antecipada

67. Outro aspecto que merece registro, por ser central para a prorrogação antecipada, trata do interesse público.

68. Para decidir sobre o pleito apresentado pelas arrendatárias, cabe ao poder concedente examinar as condições oferecidas e, sob a perspectiva do interesse público, deferir, ou não, o pedido de extensão antecipada do prazo da concessão.

69. A prorrogação antecipada não constitui direito subjetivo do concessionário. Segundo o art. 57 da Lei 12.815/2013, cumpridas as condicionantes, os contratos de arrendamento “poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente”.

70. Destarte, a decisão por preterir novo processo concorrencial e deferir o pedido de prorrogação, de forma antecipada, é decisão discricionária, que tem por baliza principal o interesse público, representado, no contexto do setor portuário, pela possibilidade de alavancagem de investimentos e de melhoria dos níveis de eficiência.

71. A Portaria-SEP 349/2014, que regulamenta o art. 57 da Lei 12.815/2013 e estabelece regras objetivas para a prorrogação antecipada, exige que a autoridade portuária ateste o cumprimento das obrigações contratuais vigentes e analise, entre outros aspectos, o atendimento aos níveis mínimos de movimentação, a qualidade e os parâmetros de desempenho da arrendatária e sua adimplência financeira. São condições indispensáveis para o deferimento dos pedidos de prorrogação antecipada.

72. No caso em exame, não há elementos que sustentem a existência de interesse público na prorrogação antecipada da concessão.

73. Primeiro porque a arrendatária nunca atingiu a movimentação projetada para os terminais 33 e 35. Aliás, logo no início da concessão, requereu redução desse parâmetro para patamares mínimos e o aumento do prazo de carência.

74. Como indicado pelo MPTCU, de acordo com relatório elaborado pela Codesp (peça 4), os déficits de performance foram substanciais, como demonstram as tabelas a seguir reproduzidas:

Contrato DP 19/2000 – LIBRA TERMINAIS S/A:

Período Dez a Nov	MMC (toneladas)	Movimentação efetiva	Diferença
2009/2010	400.000	115.573	-284.427
2010/2011	400.000	3.000	-397.000
2011/2012	400.000	0	-400.000
2012/2013	400.000	0	-400.000
2013/2014	400.000	0	-400.000
2014/2015	400.000	0	-400.000

Contrato DP 032/98 – LIBRA TERMINAL 35 S/A

Período Jun a Mai	MMC [contêineres]	Movimentação efetiva	Diferença
1998/1999	300.000	2.597	-297.403
1999/2000	300.000	22.095	-277.905
2000/2001	350.000	67.930	-282.070
2001/2002	350.000	69.660	-280.340
2002/2003	400.000	78.851	-321.149
2003/2004	450.000	91.362	-358.638
2004/2005	450.000	84.884	-365.116
2005/2006	500.000	77.775	-422.245
2006/2007	500.000	130.389	-369.611
2007/2008	500.000	187.547	-312.453
2008/2009	600.000	180.540	-419.460

2009/2010	600.000	201.341	-398.659
2010/2011	600.000	227.373	-372.627
2011/2012	650.000	289.651	-360.349
2012/2013	700.000	330.093	-369.907
2013/2014	750.000	295.770	-454.230

Contrato PRES 11/95 – LINHAS BRASILEIRAS DE NAVEGAÇÃO S/A:

Período Abr a Mar	MMC [contêineres]	Movimentação efetiva	Diferença
1995/1996	75.000	134.812	59.812
1997/1998	75.000	149.332	74.332
1998/1999	75.000	160.409	85.409
1999/2000	75.000	179.056	104.056
2000/2001	75.000	219.431	144.431
2001/2002	75.000	200.546	125.546
2002/2003	75.000	226.271	151.271
2003/2004	75.000	197.372	122.372
2004/2005	75.000	156.290	81.290
2005/2006	75.000	157.113	82.113
2006/2007	75.000	152.564	77.564
2007/2008	75.000	195.388	120.388
2008/2009	75.000	177.468	102.468
2009/2010	75.000	152.809	77.809
2010/2011	75.000	124.273	49.273
2011/2012	75.000	120.169	45.169
2012/2013	75.000	88.465	13.465
2013/2014	75.000	28.929	-46.071
2014/2015	75.000	16.151	-58.849

75. Como justificativa para o baixo desempenho, Libra alegou o descumprimento de obrigações por parte da Codesp, a exemplo da falta de dragagem, da redução da área operacional do arrendamento e da omissão em remover linha férrea construída na área de um dos terminais.

76. Não é objeto deste processo, e penso que não cabe ao TCU, substituir o juízo arbitral e decidir o mérito das disputas sobre valores pendentes do arrendamento do Contrato PRES 32/98.

77. De toda forma, merecem registro algumas informações da Concorrência 12/1997, que deu origem ao Contrato DP 032/98: i) a declaração de visita à área arrendada integrava a documentação de habilitação apresentada por Libra; ii) em resposta a questionamento feito por um dos concorrentes sobre as profundidades dos berços do terminal 35, a Codesp esclareceu que corriam por conta e risco das proponentes obter todas as informações necessárias à formulação das propostas; e iii) o item 69 do edital expressamente estabeleceu que a arrendatária não poderia requerer modificações nos preços, prazos ou condições estipulados sob a invocação de insuficiência de dados ou informações sobre o sítio de arrendamento.

78. Além da diminuição dos índices de movimentação, o patamar de receita de apenas 9% da projetada é outro aspecto a demonstrar o esvaziamento do interesse público no prolongamento da relação contratual.

79. A dívida, atualizada até 23/6/2015, consoante estimativa da Codesp, já ultrapassava 2 bilhões de reais e representava mais de três vezes os investimentos totais propostos por Libra Terminais S.A. nos 20 anos da prorrogação contratual (R\$ 723 milhões).

80. A Codesp registrou a dívida de Libra nas Demonstrações Contábeis do exercício de 2015 e consignou que “o valor a receber da empresa Libra Terminal 35 S/A corresponde a 93,79% do valor das contas a receber”. Segundo análise feita pela SeinfraPortoFerrovia do Balanço Patrimonial da Codesp, a dívida do grupo Libra com a Codesp representaria mais de 25% do ativo da Companhia.

81. Nesse cenário, em evidente contradição, a despeito das causas que levaram à negativa do pleito de reequilíbrio contratual, provocaram a discussão judicial sobre os pagamentos a menor de Libra e justificaram o registro contábil das possíveis receitas frustradas, a SEP/PR, a Antaq e a Codesp atuaram no sentido de admitir a prorrogação antecipada do Contrato DP 032/98.

III

82. Os indícios de falhas nos procedimentos que culminaram na prorrogação da concessão de Libra foram graves a ponto de ensejar proposta da SeinfraPortoFerrovia de autuação de processo apartado para apurar responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §1º, do Decreto 8.465/2015.

83. Em acréscimo, anotou o MPTCU que deveriam ser analisadas, em processo específico, as responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §§ 1º, II, e 8º, do Decreto 8.465/2015; pela morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral; pelo descumprimento do item 5.5 e dos subitens 5.5.1 e 5.5.2 do termo de compromisso arbitral; e, ainda, pela possível ocorrência de violações aos arts. 9º, § 4º, inciso II, e 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 e ao art. 7º, I, da Portaria SEP/PR 349/2014.

84. Em integral acolhimento às propostas, considero que as falhas na instrução e análise do pedido de prorrogação antecipada do Contrato DP 032/98, determinantes para a indevida aprovação do aditivo, ensejam exame detido para avaliação da responsabilidade dos gestores envolvidos.

85. Um dos aspectos a ser aquilatado, como já indicado neste voto, diz respeito ao cumprimento das obrigações contratuais vigentes. Fixado no art. 7º, I, da Portaria SEP/PR 349/2014, é este um dos critérios mais relevantes para aprovação da prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento portuário, e há indícios de que o poder concedente deixou de observar evidências claras do não atendimento aos níveis mínimos de movimentação estabelecidos no ajuste.

86. Em relação aos três ajustes unificados na prorrogação do arrendamento (Contratos DP/019.2000, PRES 32/98 e PRES 11/95), há relatório elaborado pela Codesp que registra frustração dos níveis de performance (peça 4). Essa questão é objeto de litígio quanto ao terminal 35, mas o mesmo não se pode dizer dos outros dois terminais. Para os Contratos DP/019.2000 (terminal 33) e PRES 11/95 (terminal 37), os registros da Codesp apontam descumprimento desde maio/2010 e desde março/2014, respectivamente. As informações do relatório, todavia, não serviram para rejeitar a prorrogação das concessões do grupo Libra.

87. Outra questão a ser examinada diz respeito ao valor provisório fixado para o período da prorrogação contratual. Em um dos ajustes unificados, o Contrato PRES 11/95, cujo objeto é o arrendamento do Terminal 37, o valor mensal era de R\$ 51,078/m² (peça 2, pp. 202/3), mas, a partir da unificação e da prorrogação, foi fixado em R\$ 4,39/m². Também não há justificativas suficientes para a movimentação mínima fixada, de 400 mil contêineres/ano, eis que as informações prestadas pela Codesp não indicavam qual era a movimentação de contratos similares ao unificado.

88. Também deve ser objeto do novo apartado a morosidade da Codesp em adotar providências para efetivo início do procedimento arbitral, matéria essa que foi objeto de capítulo específico no parecer do MPTCU. Assinado o termo de compromisso arbitral entre a Codesp e o grupo Libra em 02/09/2015, este apenas adquiriu eficácia em 04/04/2016, após homologação do acordo nos processos judiciais em curso.

89. Aqui, há uma primeira falha grave. Sob a justificativa de ter sido instalado juízo arbitral para decidir sobre a inadimplência de Libra, a prorrogação do arrendamento foi concedida sem recolhimento de valor provisório para a obrigação litigiosa. Contudo, **no momento da prorrogação, não havia homologação judicial do acordo e sequer poderia ser atribuída eficácia ao termo de compromisso arbitral.**

90. Há, nesse ponto, possível descumprimento do art. 9º, § 4º, inciso II, do Decreto 8.465/2015, o qual aduz, no caso de já ter sido proposta ação judicial por qualquer das partes, que a celebração de compromisso arbitral terá como requisito a homologação de acordo judicial em que as partes se comprometam a levar a questão à arbitragem. Como destacado pelo MPTCU, “a extinção dos processos judiciais em curso deveria ser prévia à assinatura do TCA, e não posterior”.

91. Não bastasse isso, apesar de estabelecido no aditivo de prorrogação (cláusula décima terceira) que a falta de eficácia do compromisso arbitral em até 150 dias corridos, contados da celebração do aditivo de prorrogação, levaria à extinção do aditamento, às vésperas do vencimento do prazo foi assinado novo aditivo ao Contrato PRES 32/98, para prorrogar por mais 150 dias o limite para a eficácia do compromisso arbitral. O termo de arbitragem que deu efetivo início ao procedimento arbitral foi celebrado apenas em 4/9/2017, dois anos depois de assinado o aditivo de prorrogação antecipada.

92. Por último, conquanto o prazo inicial para a sentença tenha sido fixado em 24 meses a contar da data da eficácia do compromisso arbitral, foi ele adiado de 3/4/2018 para 3/9/2019, com possibilidade de nova prorrogação. Ocorre, todavia, que o termo de compromisso arbitral apenas permitia o adiamento do prazo de sentença por solicitação dos árbitros, mas a dilação de prazo foi adotada a partir de mero acordo entre as partes.

93. Todas essas questões devem ser examinadas em processo apartado, com identificação dos responsáveis e observância do devido contraditório.

94. Deixo de acolher, no entanto, a proposta do MPTCU de determinar à União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, e à Codesp que não firmem nenhum acordo que tenha por objeto nova prorrogação do prazo para prolação da sentença arbitral no âmbito do Procedimento Arbitral 78/2016-CAM-CCBC/SEC7. Além de não ter sido objeto de contraditório, considero que faltam elementos nos autos para avaliar o potencial prejuízo de tal medida no desenvolvimento regular da arbitragem. Ademais, os demais encaminhamentos são suficientes para resolver a matéria específica sob apreciação.

IV

95. Na sequência do parecer do MPTCU, Libra Terminais S.A. trouxe novas peças aos autos e arguiu prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Contestou a juntada de novos elementos pelo Ministério Público, requereu novo prazo de manifestação de 30 dias e reinício da instrução processual, com reenvio da matéria para análise da SeinfraPortoFerrovia.

96. A primeira manifestação de Libra foi provocada pelo Ofício 0687/2016-TCU/SeinfraHidroFerrovia, de 31/10/2016, enviado à empresa com cópia da instrução da unidade técnica deste Tribunal que apontava irregularidades no aditivo de prorrogação do Contrato PRES 32/98. Ato contínuo, a empresa pediu prorrogação de prazo de 15 dias, no que foi atendida. Às vésperas do fim do prazo, novo pedido de dilação, de 22 dias, foi novamente admitido. Libra apresentou suas razões em 19/01/2017.

97. Posteriormente, em face de novas diligências determinadas pelo primeiro relator deste processo, outra oportunidade de contraditório foi deferida a Libra. Por meio do Ofício 0220/2017-TCU/SeinfraPortoFerrovia, de 25/5/2017, a empresa foi comunicada da possibilidade de, no prazo de 30 dias, encaminhar ao TCU “informações que julgar cabíveis acerca da situação atual do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/1998 e do procedimento arbitral instaurado em conjunto com a Codesp”. A arrendatária pediu prorrogação do prazo por mais 15 dias, foi atendida e apresentou sua manifestação em 29/06/2017.

98. Nesse cenário, ao contrário do que alegou a arrendatária, não vislumbro qualquer prejuízo ao contraditório e à ampla defesa que comprometa a apreciação conclusiva deste feito. Assim, a pretensão da arrendatária de reinício da fase instrutória, que pode ser vista como protelatória, não pode prevalecer.

99. Ao lado do extenso prazo de tramitação desta representação, seguiram-se renovadas oportunidades de contestação oferecidas a todos os envolvidos.

100. É desnecessário registrar que não existe na processualística deste Tribunal etapa de contestação da instrução da unidade técnica e tampouco fase processual de réplica do parecer do MPTCU. Não pode ser tolerada, pois, sucessiva apresentação de novas impugnações, sob o risco de comprometer a celeridade processual.

101. Após o término da fase de instrução, documentação entregue pelos responsáveis tem natureza jurídica de memorial (art. 160, §§ 1º e 3º, do Regimento Interno) e, ainda que contenha argumentos inéditos aos autos, não vincula a formação de juízo do relator, podendo este até mesmo não autorizar sua juntada ao processo.

102. Os documentos trazidos pelo *Parquet*, voltados a substanciar seu parecer, veiculam informações conhecidas por todos os envolvidos. Trazem peças de outros processos do TCU em que o grupo Libra foi parte interessada, cópias de processos judiciais, documentos do pleito de unificação e prorrogação antecipada apresentada por Libra ao MTPA e documentos do processo de arbitragem.

103. Tais documentos, relevantes para o apartado que avaliará as responsabilidades dos gestores envolvidos, não alteram o que deve ser considerada a base essencial das conclusões registradas neste voto, constituída pelas evidências e análises relacionadas ao descumprimento da exigência posta no inciso II, § 1º, do art. 13 do Decreto 8.465/2015. Essa matéria é tratada desde a formação desta representação e foi amplamente submetida à contestação da arrendatária.

104. Assim sendo, deve ser rejeitada a arguição de ofensa ao devido processo legal apresentada pela Libra Terminais S.A.

V

105. Diante das conclusões pela nulidade do segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98, as propostas da SeinfraPortoFerrovia e do MPTCU, uníssonas, foram por assinar prazo de 15 dias para que o MTPA declarasse a nulidade do aditivo. Em acréscimo, sugeriram determinar ao MTPA que, em 90 dias, informasse sobre as providências adotadas ou a serem adotadas para que não haja descontinuidade na prestação do serviço dos terminais 35 e 37 do Porto de Santos.

106. As concessões dos terminais 33, 35 e 37, unificados na prorrogação do Contrato PRES 32/98, possuíam vencimentos em 16/5/2020, 25/6/2018 e 4/9/2015, respectivamente. Em consonância com o entendimento fixado pelo TCU por meio do acórdão 774/2016 - Plenário, que tratou de consulta formulada pelo então ministro da SEP/PR, a prorrogação se deu a partir do final do contrato mais antigo entre os três que foram consolidados, por prazo equivalente ao do contrato original (vinte anos).

107. Nesse cenário, a anulação do segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98 levaria à retomada da vigência do Contrato DP/019.2000, relativo ao terminal 33, até maio de 2020; à vigência por curtíssimo prazo, até junho deste ano, da concessão do terminal 35, inicialmente objeto único do Contrato PRES 32/98; e à extinção dos serviços prestados no terminal 37, por meio do Contrato DP/019.2000, vencido desde 4/9/2015.

108. Algumas ponderações relacionadas ao risco de interrupção das atividades portuárias nos terminais ocupados por Libra e aspectos fundamentais da exigência legal de serviço adequado, entendido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade e eficiência, levam-me a propor encaminhamento diverso.

109. Para justificar a unificação dos três terminais e, principalmente, para legitimar a prorrogação antecipada, o MTPA argumentou que as áreas portuárias exploradas pelo grupo Libra seriam “ativo natural nobre e escasso”, “sendo uma hipotética interrupção do funcionamento do terminal o maior dos prejuízos possíveis do ponto de vista da política portuária”. O MTPA também alegou que “ao unificar os três contratos pelo prazo do menor, a SEP/PR vislumbrou abreviar o prazo de uma futura licitação do terminal unificado”, “trazendo a concorrência por área nobre do porto para momento menos distante”.

110. Não tenho dúvidas de que as irregularidades na formação do aditivo de prorrogação antecipada comprometeram sua validade, mas devo ponderar que, no Direito Administrativo moderno, cada vez mais têm espaço decisões de harmonização e concertação, que buscam maximizar o interesse público.

111. A relevância operacional das áreas, a possibilidade de incremento de eficiência com a unificação dos terminais e as diferenças entre as vigências originais são elementos que devem ser considerados.

112. Também não há como olvidar que são significativos os prazos demandados para realização de nova licitação, eis que sensivelmente impactados por fases obrigatórias, como as de audiência pública e de desenvolvimento de estudos ambientais, técnicos e econômicos.

113. Assim, ao considerar que um dos contratos unificados pelo segundo termo aditivo tem duração até maio de 2020 (Contrato DP/019.2000), e para afastar o risco de prejuízo às atividades desenvolvidas nos outros dois terminais, proponho que seja admitida a vigência do segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98 até 16/5/2020.

114. Além de atendido o interesse público associado à continuidade e regularidade dos serviços portuários, bem como a incremento de desempenho que se busca com a unificação dos três terminais, resta contemplado o direito da arrendatária de prosseguir, até o fim da vigência original, com a exploração do terminal 33 (Contrato DP/019.2000).

115. Em acréscimo, proponho determinar ao MTPA e à Antaq que apresentem ao TCU, em 30 dias, plano de ação que detalhe as medidas necessárias à realização de nova licitação para arrendamento das áreas abrangidas pelo segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98, com indicação dos prazos para implementação de cada atividade e dos respectivos responsáveis, de forma que todo o processo necessário à assunção das áreas pelo vencedor do certame esteja concluído e o novo contrato possa entrar em vigor ao final da prorrogação daquele ajuste. Nesse ponto, pela pertinência, acolho a sugestão do MPTCU de recomendar às mesmas unidades jurisdicionadas que, na promoção de nova licitação, seja considerada a alternativa de unificação das áreas, de modo a tornar mais atrativo referido certame e mais eficiente a exploração dos terminais.

VI

116. Ante todo o exposto, ao lado de medidas de comunicação e determinações de âmbito interno, são conclusões e propostas deste voto:

a. determinar ao poder concedente a adoção de providências para repactuação do segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98, de forma a limitar sua vigência até 16/5/2020;

b. determinar ao MTPA e à Antaq que adotem medidas necessárias à realização de nova licitação para arrendamento das áreas, com recomendação para que seja considerada alternativa de unificação das áreas; e

c. formação de processo apartado para avaliar eventuais responsabilidades por faltas praticadas por gestores do MTPA, da Antaq e, principalmente, da Codesp;

Ao final, agradeço pela valiosa contribuição do Ministério Público junto ao TCU, parabênizo a equipe da SeinfraPortoFerrovia pela qualidade do trabalho e voto por que o Tribunal adote a deliberação que submeto ao Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 23 de maio de 2018.

ANA ARRAES
Relatora

ACÓRDÃO Nº tagNumAcordao – TCU – tagColegiado

1. Processo TC 024.631/2016-7

1.1. Apensos: TC 025.479/2016-4, TC 035.163/2017-8, TC 027.222/2017-9, TC 020.588/2017-8 e TC 025.989/2017-0

2. Grupo II – Classe VII – Representação.

3. Interessada/Responsáveis:

3.1. Interessada: Libra Terminais S.A. (CNPJ 33.813.452/0001-41).

3.2. Responsáveis: Maurício Quintella Malta Lessa (CPF 803.556.334-34), José Alex Botelho de Oliva (CPF 311.806.807-82) e Mário Povia (CPF 052.473.918-88).

4. Unidades: Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp, Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA e Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq.

5. Relatora: ministra Ana Arraes.

6. Representante do Ministério Público: procurador Júlio Marcelo de Oliveira.

7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária - SeinfraPortoFerrovia.

8. Representação legal: Carlos Antônio Vieira Fernandes Filho (OAB/DF 34.472) e outros representando a Libra Terminais S.A.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta representação da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária - SeinfraPortoFerrovia sobre irregularidades na prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, celebrado entre a Companhia Docas do Estado de São Paulo - Codesp e o Consórcio Libra-Boreal para arrendamento do terminal 35 do Porto de Santos.

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pela relatora e com fundamento nos artigos 43 e 45 da Lei 8.443/1992 e nos artigos 235, 237, inciso VII e parágrafo único, 250, inciso II, e 251, § 2º, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer desta representação e considerá-la procedente;

9.2. assinar prazo de 15 dias, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c o art. 45 da Lei 8.443/1992, para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, declarando a nulidade do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES 32/98, celebrado, em 2/9/2015, com a Libra Terminais S.A., por ilegalidade insanável e expressiva potencialidade de dano ao erário;

9.3. determinar, cautelarmente, ao MTPA e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - Antaq a adoção de medidas imediatas para realização de nova licitação destinada ao arrendamento das áreas abrangidas pelo segundo termo aditivo ao Contrato PRES 32/98, devendo apresentar ao TCU, em 30 dias, plano de ação que detalhe as medidas necessárias; com indicação dos prazos para implementação de cada atividade e dos respectivos responsáveis, de forma que todo o processo necessário à assunção das áreas pelo vencedor do certame esteja concluído e o novo contrato possa entrar em vigor antes de 16/5/2020;

9.4. recomendar ao MTPA e à Antaq que, na promoção da nova licitação determinada no subitem anterior, seja considerada a opção de unificação das áreas, de modo a tornar mais atrativo o referido certame e mais eficiente a exploração dos terminais;

9.5. tendo em vista o comando ínsito no item 9.2 e o princípio da continuidade do serviço público, o MTPA poderá, se assim entender necessário, autorizar, excepcionalmente, em caráter precário, a continuidade da exploração, pela atual concessionária, do objeto dos contratos PRES 11/95 (terminal 37) e PRES 32/98 (terminal 35), para que a empresa vencedora da licitação a que se refere item 9.3 possa assumir esse encargo logo após o término da vigência do contrato DP/019.2000 (terminal 33), que ocorrerá em 16/05/2020;

9.6. determinar à SeinfraPortoFerrovia que:

9.6.1. instaure processo de monitoramento para verificar o cumprimento das medidas indicadas nesta deliberação e de acompanhamento da execução das medidas previstas no plano de ação a que alude o item 9.3;

9.6.2. autue processo apartado, com cópia das peças pertinentes dos presentes autos, para apurar:

9.6.2.1. as responsabilidades pelo descumprimento do art. 13, §§ 1º, II, e 8º, do Decreto 8.465/2015;

9.6.2.2. a fundamentação e o interesse público que sustentam a opção por unificar e prorrogar antecipadamente os contratos relativos aos terminais 33, 35 e 37, em detrimento da licitação daquelas áreas, dando oportunidade à atual arrendatária para que se manifeste;

9.6.2.3. as responsabilidades pela morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral e pelo descumprimento ao subitem 5.5 e aos subitens 5.5.1 e 5.5.2 do termo de compromisso arbitral celebrado, em 2/9/2015, pela União e a Codesp, de um lado, com as empresas Libra Terminais S.A. e a Libra Terminal 35 S.A. (atual denominação: Libra Terminal Santos S.A.), do outro;

9.6.2.4. a ocorrência de violação aos arts. 9º, § 4º, inciso II, e 13, § 7º, do Decreto 8.465/2015 e ao art. 7º, I, da Portaria SEP/PR 349/2014, bem como as respectivas responsabilidades.

9.7. autorizar a SeinfraPortoFerrovia a promover diligências com vistas ao compartilhamento de provas produzidas no âmbito das investigações em curso acerca de suposto esquema criminoso para beneficiar arrendatárias que operam no Porto de Santos, caso repute essa medida necessária ou conveniente para instrução do processo apartado de responsabilização ou para fins de nova fiscalização/representação;

9.8. dar ciência desta deliberação ao MTPA, à Codesp, à Antaq, à Libra Terminais S.A., à Libra Terminal Santos S.A., à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, à Procuradoria da República no Município de Santos e à Procuradoria da República no Distrito Federal (TC 027.222/2017-9);

9.9. considerar o presente processo como de urgente tramitação, para efeito de trâmite na SeinfraPortoFerrovia, em vista do interesse público que alberga.