

Rafael Wallbach Schwind: Minirreforma do setor portuário

Foi publicada no dia 25 de agosto a Lei Federal 14.047, resultado da conversão da Medida Provisória 945, de 4 de abril.

A MP 945 tinha por objetivo estabelecer medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da Covid-19 no âmbito do setor portuário. Entretanto, no processo de conversão em lei, foram estabelecidas diversas outras regras que acabaram resultando numa verdadeira minirreforma do marco legal do setor portuário.

Alguns pontos merecem destaque e nos levam a um questionamento: o que esperar dessas inovações?

O primeiro ponto de destaque da minirreforma diz respeito às concessões de portos organizados — figura que não se confunde com os arrendamentos de terminais portuários.

O novo artigo 5º-A da Lei 12.815 passou a estabelecer que os contratos celebrados entre a concessionária de um porto organizado e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração de instalações portuárias, serão regidos pelas normas de direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da Antaq.

A ideia, portanto, é que as concessionárias de portos organizados assumam um papel similar ao dos concedentes nos contratos de arrendamento, mas mediante contratos privados.

Tal previsão tende a ganhar uma importância maior com as privatizações das autoridades portuárias. Afinal, uma importante fonte de receita das concessionárias de portos organizados será justamente a exploração de instalações portuárias por terceiros.

Da nova previsão normativa, não se conclui que o modelo de contratos administrativos de arrendamento se tornará ultrapassado, mesmo porque nem todas as autoridades portuárias serão necessariamente privatizadas. De todo modo, a sistemática de exploração por meio de contratos privados com a concessionária do porto pode ser bastante inovadora, seja em termos de modelagem, seja no tocante à distribuição de riscos e incentivos. Resta saber até que ponto a concessionária terá liberdade para estabelecer regras contratuais nesse tipo de arranjo.

O segundo ponto que chama a atenção na minirreforma está previsto no parágrafo único do novo artigo 5º-B da Lei 12.815, introduzido pela Lei 14.047.

O dispositivo estabelece a possibilidade de celebração de contratos de arrendamento portuário sem a necessidade de licitação. Essa dispensa de licitação será possível apenas se houver um único interessado na exploração do bem e se estiverem presentes os seguintes pressupostos, de forma concomitante: (1) realização de chamamento público pela autoridade portuária com vistas à identificação de interessados na exploração econômica da área e (2) conformidade com o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto.

A regra tem o claro propósito de facilitar a realização de investimentos em terminais portuários localizados nos portos organizados. Permite que as autoridades competentes, ao identificar a ausência de mais de um interessado, celebrem contratos de arrendamento sem licitação. Assim, dispensa-se a realização de um longo e demorado processo licitatório que acaba não fazendo sentido se a perspectiva é que não haja disputa efetiva alguma.

O terceiro ponto de destaque da minirreforma é a criação de uma nova sistemática de exploração de estruturas portuárias. Além das concessões de portos organizados e dos arrendamentos de terminais portuários, passou a haver a possibilidade de se estabelecer "contratos de uso temporário" de áreas e instalações portuárias localizadas na poligonal dos portos organizados.





Na realidade, a figura do contrato de uso temporário já existia na Resolução 2.240 de 2011 da Antaq, e foi repetida na Resolução Normativa 7 de 2016 da mesma Agência. Os dispositivos que tratam do tema, no entanto, foram suspensos e anulados por decisão da Justiça Federal do Espírito Santo em ação civil pública proposta pelo MPF.

Entendeu-se que a exploração de áreas nos portos organizados só poderia ocorrer mediante licitação e que a Antaq teria extrapolado o seu poder regulamentar ao prever a possibilidade de exploração por meio de contrato antecedido de mero procedimento simplificado.

Agora, no entanto, a figura do contrato de uso temporário está prevista em lei formal. A mesma lei formal estabeleceu que esse contrato dispensa a realização de licitação ou, quando muito, admite que seja realizado um procedimento seletivo simplificado prévio caso haja mais de um interessado e não exista disponibilidade física para alocar todos os interessados concomitantemente.

Assim, considerando que a Constituição admite inclusive contratações diretas, não nos parece que os óbices levantados pela sentença da ação do MPF permaneçam.

Mas o que é o contrato de uso temporário? Trata-se de uma possibilidade de exploração de áreas e instalações portuárias situadas nos portos organizados, na qual o interessado pretende realizar a movimentação de cargas com mercado não consolidado — isto é, cargas relativas a um mercado não amadurecido.

Nessas hipóteses, justamente por não haver um amadurecimento do mercado relativo a determinada carga, normalmente não fará sentido ao próprio particular a celebração de um contrato de arrendamento de longo prazo, derivado de licitação. A iniciativa privada não estará disposta a passar por um procedimento licitatório e firmar um contrato que normalmente prevê elevados investimentos e longo prazo, inclusive com metas de movimentação mínima.

Nesse contexto, fica-se num impasse: o particular não tem segurança para ingressar num contrato de arrendamento e a autoridade portuária acaba ficando com a área ociosa, sem ser explorada e sem a obtenção de receitas para ela própria. Assim, para essas situações específicas, surge o contrato de uso temporário como uma alternativa interessante.

O objetivo do contrato de uso temporário, portanto, é criar uma sistemática de exploração voltada a cargas de mercados não consolidados, com prazos contratuais mais curtos, menos investimentos e que resultem de contratações diretas ou procedimentos seletivos simplificados, tendencialmente mais céleres.

Note-se que os procedimentos seletivos simplificados são um mecanismo de seleção plenamente compatível com os princípios que regem a Administração Pública. De um lado, permitem maior celeridade na celebração de contratos mais simples e celebrados por menos tempo.

Não faria sentido realizar longas e complexas licitações para contratos de curtíssima duração, por exemplo. Isso afastaria investidores e restringiria a obtenção de receitas pelas próprias autoridades portuárias. De outro lado, procedimentos simplificados de seleção são mais condizentes com empresas estatais — natureza jurídica da grande maioria das autoridades portuárias do país — notadamente a partir da edição da Lei das Estatais (Lei 13.303).

A verdade é que já é passada a hora de se deixar de lado o fetiche pelas licitações, como se elas fossem o único instrumento legitimador dos contratos administrativos. Outros procedimentos seletivos podem ser mais eficientes e compatíveis com certas realidades, sem descuidar dos princípios que regem a Administração Pública — como os da legalidade, objetividade, impessoalidade e (por que não?) da eficiência.

Diante dessas inovações, afinal, o que se pode esperar? Parece-nos que os aprimoramentos introduzidos são muito positivos. Eles derivam de um diagnóstico: o ambiente de investimento nos portos organizados brasileiros é um tanto hostil. De um lado, é necessário propiciar condições para que os investimentos ocorram de forma mais célere.

Daí a possibilidade de contratações diretas de arrendamentos portuários. De outro lado, é importante criar novas modalidades de exploração de instalações portuárias: por isso a importância dos contratos de uso temporário e dos contratos privados firmados com as concessionárias de portos organizados.

Aplicando-se as novas previsões com os olhos voltados ao futuro, espera-se que haja um ambiente mais acolhedor aos investimentos privados nos portos brasileiros.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-ago-29/rafael-wallbach-schwind-minirreforma-setor-portuario/>