



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS  
COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DE ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS DA  
ANTAQ - CPLA

**DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

**PROCESSO:** 50300.008726/2018-11

**REFERÊNCIA:** LEILÃO Nº 05/2018-ANTAQ

**OBJETO:** Arrendamento de área e infraestrutura pública para a movimentação e armazenagem de granéis líquidos, localizadas dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominada STS13

**IMPUGNANTE:** Bruno Alves Duarte

**DA INTRODUÇÃO**

1. Trata-se de impugnação ao Edital nº 05/2018-Antaq, cujo objetivo é o arrendamento de área e infraestrutura pública para a movimentação e armazenagem de granéis líquidos, localizadas dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominada STS13.

**DAS PRELIMINARES**

2. O pedido foi apresentado pelo advogado Bruno Alves Duarte, OAB/DF 27.485, conforme previsão contida na *Seção VI - Da Impugnação ao Edital* do instrumento convocatório, ou seja, protocolado em até 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura das propostas.

**DAS ALEGAÇÕES E PEDIDOS DA IMPUGNANTE**

3. A peticionária insurge-se contra o edital e a minuta contrato, alegando, em suma, o que segue:

- a) Existência de vantagens indevidas da Granel em relação à possibilidade de manutenção dos bens na área do arrendamento;
- b) Ausência de mecanismos que evitem assimetrias na potencial negociação dos ativos existentes com a Granel;
- c) Aparente descompasso entre as informações prestadas por representantes da atual arrendatária e o que consta nos pedidos de esclarecimentos divulgados pela Comissão no dia 10/09/2018;
- d) Necessidade de garantia de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro para todos os riscos em que a arrendatária não seja responsável;
- e) Necessidade de garantia de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro caso haja atraso da desmobilização dos bens da Granel;
- f) Necessidade de inclusão de eventuais alterações nas condições da área e das estruturas existentes no rol das responsabilidades do Poder Concedente.

4. Ao fim e ao cabo, requer revisão dos documentos de forma a retificar os itens impugnados.

**DA ANÁLISE TÉCNICA**

5. Superada a introdução, passo agora à análise técnica dos argumentos e requerimentos formulados pela impugnante.

a) Existência de vantagens indevidas da Granel em relação à possibilidade de manutenção dos bens na área do arrendamento:

5.1. Em síntese, aduz o impugnante que a Granel detém vantagem indevida no certame em questão, na medida em que poderá formular melhor proposta de Valor de Outorga ante a possibilidade de permanecer com os seus ativos, sem, portanto, contabilizar aproximadamente R\$ 200 milhões em investimentos previstos no estudo, e poderá iniciar as operações de forma antecipada em relação ao cronograma estimado, pois não terá que despender tempo com a implantação da infraestrutura necessária e terá maior facilidade na obtenção das licenças.

5.2. De início, consigne-se que os bens em exame integram o patrimônio da arrendatária, em observância às disposições expressas do extinto contrato de arrendamento, o qual, conforme relatado no próprio pedido de impugnação, mantém-se vigente por força de decisão judicial:

Contrato de Arrendamento nº 11/92 – 3º Termo Aditivo

*CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA*

(...)

*Parágrafo Primeiro*

*Com a extinção do Contrato, qualquer que seja a sua causa, **retornam à CODESP os bens inamovíveis** vinculados às INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS, além dos direitos e privilégios transferidos à ARRENDATÁRIA através do Contrato.*

(...)

*Parágrafo Quinto*

*Extinto o Contrato, a **ARRENDATÁRIA terá no máximo 120 (cento e vinte) dias para retirar-se da área arrendada, não a podendo reter sob qualquer pretexto.***

(...)

*CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA*

(...)

*Parágrafo Quinto*

***Havendo interesse da CODESP na aquisição das benfeitorias removíveis, estas serão avaliadas, considerando-se as correções e depreciações, nos termos da legislação própria, sendo indenizada a ARRENDATÁRIA pelo valor que vier, então, a ser apurado.***

*Parágrafo Sexto*

***No caso de não haver interesse da CODESP pela aquisição das benfeitorias removíveis, erigidas na área arrendada, e se a ARRENDATÁRIA não as retirar dentro do prazo estabelecido no Parágrafo Quinto da Cláusula Trigésima Segunda - Da Extinção do Arrendamento, passarão, mencionadas benfeitorias, a integrar o patrimônio do Porto de Santos, sem que, por isso, caiba qualquer indenização à ARRENDATÁRIA.***

5.3. Ainda a esse respeito, informo que consta no Anexo III do referido instrumento contratual o rol de bens considerados inamovíveis (reversíveis) e removíveis (não reversíveis), estando claro que os tanques se enquadram nesta última classificação.

5.4. A Granel é, portanto, legítima proprietária dos bens, não podendo a Antaq, tampouco o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA, dispor de forma contrária. Consta em contrato ainda a obrigação de levantamento desses bens considerados removíveis, a não ser que haja decisão do Poder Concedente, atualmente exercido pelo MTPA, no sentido de adquiri-los, o que exigiria o pagamento de indenização, conforme Parágrafo Quinto da Cláusula Trigésima Quinta.

5.5. Nesse caso, o Poder Concedente entendeu que a solução que melhor atenderia o interesse público seria considerar uma área desocupada, devendo o futuro arrendatário garantir determinada capacidade estática e movimentação mínima, independentemente da solução de engenharia concebida, a qual seria de sua inteira responsabilidade.

5.6. Por isso, o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental considera os investimentos necessários para uma hipótese em que outra empresa se sagre vencedora e venha a explorar a área, justamente no desígnio de imprimir maior competitividade ao certame. Assim, caso a arrendatária julgue oportuno adquirir os bens existentes, possivelmente gastando menos no início da vigência do contrato, porém certamente mais com manutenção e/ou reposição de ativos, trata-se de sua estratégia comercial, a qual não será objeto de ingerência da Agência Reguladora, desde que sejam observados os parâmetros do contrato e a qualidade na prestação do serviço, quesitos estes que serão rigorosamente fiscalizados.

5.7. Poderia, por outro lado, haver prejuízo à concorrência se o Poder Concedente estabelecesse como obrigação da futura arrendatária a aquisição dos bens existentes, na medida em que restringiria as opções de modelagem do terminal e garantiria à atual arrendatária o direito ao recebimento de um valor significativo que, nesse caso sim, a colocaria em uma posição estratégica na formulação de sua proposta pelo arrendamento.

5.8. Assim, em que pese tratar-se de assunto atinente à modelagem do arrendamento e, por essa razão, de competência do Poder Concedente, entende-se que foi adotada a solução mais adequada para a promoção da concorrência no certame.

b) Ausência de mecanismos que evitem assimetrias na potencial negociação dos ativos existentes com a Granel;

5.9. Aduz o impugnante que a prerrogativa da Granel de livre negociação dos bens pode ocasionar em violação a princípios constitucionais e direcionamento indireto do leilão, na medida em que esta poderá negociar com quem entender melhor e determinar o preço que lhe convier.

5.10. Conforme já exposto, os bens em questão integram o patrimônio da Granel, logo, em se tratando de bens de propriedade privada, não cabe ao Poder Público fixar preço ou qualquer outra disposição que esteja relacionada a eventual negociação entre privados. Caberia, por outro lado, ingerência do Poder Público se fosse o caso de desapropriação ou da aquisição prevista no Parágrafo Quinto da Cláusula Trigésima Quinta do 3º Termo Aditivo.

5.11. Ocorre que essa definição de obrigatoriedade de aquisição dos bens colocaria a Granel em situação estratégica na negociação, podendo fixar livremente os preços, sabendo que a outra parte não tem outra alternativa. Portanto, essa postura de não ingerência visa, essencialmente, trazer maior liberdade e melhores condições de igualdade em eventual negociação entre as partes.

5.12. Nesse tocante, reitera-se que a modelagem pressupõe o adequado cumprimento das obrigações vigentes, tanto por parte da Granel quanto por parte do Poder Público. Sendo assim, caso a desmobilização prevista não ocorra no período de cento e vinte dias, e não havendo comprovação de negociação que transfira à nova arrendatária os bens contratualmente considerados removíveis, estes passarão a integrar o patrimônio público. Nessa hipótese, entende-se que caberá discussão envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro da avença junto ao Poder Concedente, a fim de que tal situação não venha a prejudicar a licitante vencedora.

5.13. Por oportuno, destaque-se que a decisão judicial que assegura a exploração da área está vinculada à realização do correspondente processo licitatório, de modo que, tão logo seja realizado o certame e seja declarada uma proponente vencedora, haverá atuação judicial no sentido de extinguir o contrato e dar início à contagem de prazo para desmobilização.

PROCESSO N° 7760-63.2013.4.01.3400

*Isso posto reconsidero o decisor de fls. 379/380, pelo que antecipo a tutela pretendida, em parte, tão-só para determinar a permanência da Autora na prestação dos serviços objeto do Contrato de Arrendamento n° 11/92 até a prolação da decisão de mérito nesta Ação, ou até que sobrevenha certame licitatório que tenha por objeto a prestação dos serviços de armazenagem e movimentação de granéis líquidos para exportação/importação no mesmo Terminal Portuário.*

c) Aparente descompasso entre as informações prestadas por representantes da atual arrendatária e o que constava nos pedidos de esclarecimentos divulgados pela Comissão no dia 10/09/2018;

5.14. O impugnante alude ainda que, em visita técnica, lhe foi informado por representantes da atual arrendatária que as fundações dos tanques existentes seriam de estaca de concreto e aço, e que foi surpreendido em um dos pedidos de esclarecimentos com a informação de que, em outra visita técnica, foi noticiado também pela arrendatária que existem tanques com fundação de eucalipto, com estacas de madeira.

5.15. Anuncia também o impugnante que há aparente divergência de informações prestadas pela atual arrendatária, em visitas técnicas diferentes, com interessados diferentes, quanto à existência de processo de tratamento de contaminação no solo.

5.16. Diante disso, requer o impugnante que seja incluída na minuta de contrato a previsão de que o Poder Concedente deverá assumir os riscos relacionados à fidedignidade e precisão das informações técnicas fornecidas no Edital, Minuta, documentos relevantes e durante as visitas técnicas.

5.17. Preliminarmente, cabe observar que as informações necessárias à caracterização do objeto do certame, e pelas quais o Poder Concedente e Agência Reguladora assumem a responsabilidade, são aquelas expostas na documentação publicada no sítio eletrônico da Antaq, eis que devidamente apreciadas e deliberadas pelas instâncias competentes.

5.18. Ressalte-se também que os estudos que fundamentam o certame em tela possuem caráter referencial, cujo objetivo é precificar e definir a matriz econômico-financeira do arrendamento, sem qualquer caráter vinculativo que responsabilize a Antaq e/ou o Poder Concedente perante as proponentes e a futura arrendatária, vide item 7.10 do Edital.

5.19. Nesse sentido, as visitas técnicas visam conferir aos interessados a possibilidade de complementar as informações já disponibilizadas, no intuito de subsidiá-los no estudo de formulação de suas propostas. As informações obtidas nessas visitas deverão ser ponderadas e confirmadas pelos próprios interessados, não sendo razoável supor que o Poder Público seja por elas responsável.

5.20. É importante observar também que as instalações em questão se encontram em situação operacional, sujeitas a fiscalizações periódicas pelos diversos entes envolvidos, incluindo Antaq, ANP, CODESP, Ministério do Trabalho e outros.

5.21. Em relação às fundações dos tanques, cumpre-nos reportar ao que consta no Terceiro Termo Aditivo ao Contrato de Arrendamento nº 11/92:

*2 - FUNDAÇÕES E BASES:*

*89 (oitenta e nove) fundações de tanques de armazenagem de graneis líquidos de diversas capacidades executadas através da cravação de estacas (fundações estaqueadas);*

*89 (oitenta e nove) bases de concreto de tanques de armazenagem de graneis líquidos de diversas capacidades;*

*Fundação estaqueada e base de concreto de tanque reservatório de água para o sistema de proteção de incêndio (fundação e base para sustentação de tanque de 2.300 m<sup>3</sup> de capacidade);*

*89 fundações e bases de bombas de produtos e 2 fundações e bases de bombas do sistema de proteção de incêndio;*

*Fundações e bases de 2 (dois) tanques de armazenagem de nitrogênio líquido; e Fundação e base de caldeira elétrica.*

5.22. Nesse ponto, informo que o estudo deixa claro quais serão os bens existentes que poderão ser aproveitados pelo futuro arrendatário, sem entrar no nível de detalhamento de qual teria sido o método construtivo adotado para cada estrutura. Assim, entende-se que esse tipo de informação, caso seja do interesse das proponentes, deve ser obtido por meio das visitas técnicas.

*Os bens existentes atualmente enquadradas como inamovíveis são reversíveis à CODESP e serão incorporados ao futuro arrendamento, **nas condições de conservação em que se encontram**. Podendo, assim, ser considerados nas propostas dos licitantes. Constam enquadrados nessa categoria os seguintes*

*(...)*

*b) fundações e bases dos tanques, bombas, caldeira elétrica;*

*(...)*

*O dimensionamento foi realizado considerando-se a demanda projetada para 25 anos e as capacidades de embarque/desembarque e armazenagem anuais estimadas do Complexo Portuário de Santos. Adicionalmente, foram consideradas as estruturais atuais que poderão ser aproveitadas pelo vencedor do certame, com destaque para as fundações, bases e bacias dos tanques de armazenagem. Para maiores detalhes sobre dimensionamento do terminal, consultar Seção B – Estudos de Mercado.*

5.23. No que diz respeito à preocupação com o processo de tratamento de contaminação do solo, refiro-me aos seguintes trechos, extraídos da Nota Técnica nº 21/2018-GEINF/GENEC/GEMAB e do Estudo Seção F - Ambiental, respectivamente, ambos publicados no sítio eletrônico da Antaq.

*Nota Técnica nº 21/2018-GEINF/GENEC/GEMAB*

*No diagnóstico preliminar de passivos ambientais, foram incluídas e atualizadas as informações relativas à gestão ambiental do Terminal STS13, por meio de vistoria técnica realizada na área, em outubro de 2017, na qual não foram identificadas evidências de contaminação ou passivos ambientais aparentes. Contudo por se tratar de área com histórico de contaminação e que a mesma encontra-se cadastrada no Registro das áreas Contaminadas da CETESB, deverá posteriormente ser adotado procedimentos estabelecidos para se prever o monitoramento das águas subterrâneas, considerando que os procedimentos relacionados à remediação já foram adotados.*

*Estudo Seção F - Ambiental*

*11. Precificação dos Custos Ambientais para Licenciamento do Terminal*

*(...)*

*Os custos de atividades permanentes, como monitoramentos e controles ambientais, foram calculados para todo o período do contrato de arrendamento.*

5.24. Do exposto, depreende-se que a modelagem do arrendamento partiu da premissa de que inexistem evidências de contaminação ou passivos ambientais aparentes.

5.25. De qualquer forma, a minuta de Contrato dispõe, em seu item 12 (Obrigações e Passivos Ambientais), que aqueles passivos não conhecidos identificados pela Arrendatária no prazo de até 360 (trezentos e sessenta) dias contados da Data de Assunção serão de responsabilidade do Poder Concedente, o que mitiga a preocupação externada pelo impugnante, na medida em que será conferida à nova arrendatária a possibilidade de avaliação criteriosa do aspecto ambiental da área.

*d) Necessidade de garantia de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro para todos os riscos em que a arrendatária não seja responsável;*

5.26. Em suma, requer o impugnante que as circunstâncias elencadas no item 13.2 da minuta de contrato, que cuidam de situações alocadas à matriz de riscos da arrendatária, porém sem previsão de penalização, possam dar ensejo à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, eis que nenhuma delas se concretizaria por culpa da arrendatária.

5.27. De início, esclareço que a matriz de riscos definida para os contratos de arrendamentos portuários estabelece de forma objetiva a responsabilidade de cada uma das partes envolvidas, alocando os riscos de acordo com as diretrizes do Programa de Arrendamentos Portuários, que são pautadas pelos princípios básicos da alocação de riscos, de acordo com a literatura técnica internacional, são eles: melhores condições para avaliar, controlar e gerenciar; melhor acesso a instrumentos de cobertura; maior capacidade para diversificar; ou o menor custo para suportá-los.

5.28. Sob essa perspectiva, reputa-se que as arrendatárias dispõem de melhores condições de gestão, melhor acesso a instrumentos de cobertura, maior capacidade de diversificar e menor custo para suportar a ocorrência de tais riscos.

5.29. Ademais, convém ponderar que essa matriz de riscos já vem sendo adotada pelo setor portuário, sobretudo nas mais recentes licitações de arrendamentos, sendo certo dizer que é um modelo aceito pelas entidades públicas envolvidas - Poder Concedente, Agência Reguladora e órgãos de controle - e também pelo mercado, visto que tivemos uma série de leilões bem sucedidos.

e) Necessidade de garantia de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro caso haja atraso da desmobilização dos bens da Granel;

5.30. Argumenta-se que eventual atraso na desmobilização da área por parte da Granel pode vir a prejudicar a futura arrendatária e requer-se que seja prevista em contrato a possibilidade de adiamento nos cronogramas de implantação e operação do terminal e extensão do contrato de arrendamento, caso esse fato venha a ocorrer.

5.31. De início, consigno que a modelagem do terminal parte do pressuposto de que as obrigações serão cumpridas no prazo previsto e reforço que é dever da Administração Pública evitar que um descumprimento por parte de terceiro venha a macular a execução do contrato de arrendamento em tela. Assim, serão envidados todos os esforços, tanto pela Antaq quanto pelo Poder Concedente, no sentido de evitar que o licitante vencedor seja prejudicado por eventual atraso na liberação da área.

5.32. O procedimento estabelecido no Edital é de que, uma vez concluída a instrução do procedimento licitatório no âmbito da Agência, o processo todo é encaminhado ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil para homologação e adjudicação do objeto, a qual dar-se-á a critério do Poder Concedente, sem prazo definido. Na sequência, haverá um prazo de 45 (quarenta e cinco) dias para cumprimento das obrigações prévias à celebração do contrato, dentre as quais consta a apresentação do Projeto Básico de Implantação. Após a comunicação, pelo Poder Concedente, de "não objeção" ao PBI apresentado, inicia-se um prazo de 30 (trinta) dias para celebração do Termo de Aceitação Provisória e Permissão de Uso de Ativos. Quando assinado esse termo, tem-se a denominada Data de Assunção, quando há o efetivo início do contrato.

5.33. Como se vê, é um processo com uma série de etapas, sem prazo rigorosamente definido, o que confere ao Poder Concedente a prerrogativa de aguardar o deslinde de eventuais imbróglios que remanesçam, observando a orientação de não prejudicar o licitante vencedor que esteja agindo de boa-fé. Nesse sentido, é sensato que a avaliação do Projeto Básico de Implantação seja concluída exclusivamente quando já houver definição quanto à destinação dos ativos removíveis, até mesmo porque, caso não venham a ser levantados no prazo estipulado, passarão a integrar o patrimônio público, o que certamente impactará na solução apresentada pela licitante vencedora.

5.34. Em paralelo, tão logo seja realizado o certame e seja declarada uma proponente vencedora, serão providenciadas as tratativas judiciais necessárias à reforma da decisão que assegura a vigência do contrato de arrendamento atual, dando assim início ao prazo de cento e vinte dias para desmobilização. Espera-se que nesse período haja solução para a situação posta, seja pela efetiva desmobilização por parte da Granel, pela negociação privada de aquisição desses ativos pelo futuro arrendatário ou, em último caso, pela transferência dos bens ao patrimônio público, sem indenização.

5.35. Pelo exposto, entendemos que não há necessidade de revisão dos documentos editalícios, uma vez que há o compromisso do Poder Público em não permitir que eventuais inadimplementos de terceiros venham a prejudicar a execução do contrato de arrendamento, bem como há flexibilidade nos prazos pré-contratuais para que essa questão seja resolvida sem prejuízo ao prazo contratual.

f) Necessidade de inclusão de eventuais alterações nas condições da área e das estruturas existentes no rol das responsabilidades do Poder Concedente.

5.36. Em síntese, explica o impugnante que não é possível verificar o estado das estruturas inamovíveis, que serão disponibilizadas ao futuro arrendatário, antes da efetiva desmobilização da Granel. Assim, requer que seja incluída em contrato a disposição de que o Poder Concedente assume o risco por discrepâncias entre a área e estruturas efetivamente disponibilizadas ao arrendatário e as informações prestadas, que tenham significativo impacto econômico-financeiro do contrato.

5.37. Inicialmente, cabe reiterar que os bens reversíveis se encontram em situação operacional e por isso foram considerados na estruturação do arrendamento. Ademais, isso não impede que a futura

arrendatária opte por substituí-los ou dar-lhes a manutenção que entender necessária para a execução dos serviços. Trata-se de decisão estratégica a ser tomada pela arrendatária.

5.38. Conforme item 7.10 do Edital, os estudos possuem a finalidade exclusiva de precificar o leilão, não havendo qualquer responsabilidade por parte do Poder Concedente quanto aos ativos que foram considerados ou não no arrendamento.

5.39. Por essa razão, inclusive, é que se faculta aos interessados a realização de visitas técnicas, pois nessas ocasiões poderão obter informações importantes para a sua avaliação econômico-financeira do empreendimento, a qual será ponderada e materializada na proposta do leilão (Valor de Outorga).

## DA DECISÃO

6. Pelas razões e análises expostas, esta Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da Antaq - CPLA decide por conhecer do pedido de impugnação para, no mérito, negar-lhe provimento.

RENATO BORGES

Presidente da Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários - Substituto



Documento assinado eletronicamente por **Renato Hugo Reis Borges**, **Presidente da CPLA**, em 20/09/2018, às 17:39, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **0597608** e o código CRC **90E487EA**.