



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

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCESSO: 50300.014081/2019-37

REFERÊNCIA: Leilão nº 01/2020-ANTAQ

OBJETO: Arrendamento da área denominada STS14, destinada à movimentação e armazenagem de carga geral, especialmente celulose, localizada dentro do porto organizado de Santos, no estado de São Paulo.

IMPUGNANTE: SUZANO S.A.

DA INTRODUÇÃO

1. Trata-se de impugnação ao Edital nº 01/2020-ANTAQ, cujo objetivo é o arrendamento da área denominada STS14, destinada à movimentação e armazenagem de carga geral, especialmente celulose, localizada dentro do porto organizado de Santos, no estado de São Paulo.

DAS PRELIMINARES

2. O pedido foi apresentado pela empresa SUZANO S.A., conforme previsão constante na Seção VI - Da Impugnação ao Edital do instrumento convocatório.

DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE E PEDIDOS DA IMPUGNANTE

3. A peticionária insurge-se contra o edital e a minuta contrato, atacando os seguintes temas e dispositivos do edital:

a) NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

- I - indevida limitação à ampla competitividade. Vício de legalidade (Item 22.14 do Edital);
- II - participação em consórcio e aplicação da cláusula restritiva de forma proporcional. Vício de ilegalidade na interpretação (II.2. Itens 9.1. e 22.14 do Edital);
- III - análise de documentos em ambiente reservado (II.3. Item 23.1. do Edital);
- IV - necessária definição prévia e adequada do objeto licitado (II.4. Cláusula 2 do Contrato);
- V - investimentos a serem realizados e necessária divulgação de informações sobre o acesso ferroviário (II.5. Cláusula 7.1.2.3 da Minuta de Contrato); e
- VI - alterações da minuta em razão das respostas aos esclarecimentos (Cláusulas 12 e 13 da minuta do Contrato).

b) NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO E DEVOLUÇÃO DO PRAZO PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA.

DA ANÁLISE TÉCNICA

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

a.I - indevida limitação à ampla competitividade. Vício de legalidade (Item 22.14 do Edital)

5. De início, registra-se que, de acordo com Lei nº 10.233/2001, compete à Antaq em sua esfera de atuação elaborar editais e promover os procedimentos de licitação de arrendamento de áreas portuárias, em consonância com as diretrizes do poder concedente.

6. Pelas disposições contidas no art. 20 da mesma Lei nº 10.233/2001, observa-se, também, que é um dos objetivos da Agência harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das arrendatárias e dos demais interessados, impedindo situações que configurem competição imperfeita.

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

...

II – **regular** ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

- a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;
- b) **harmonizar, preservado o interesse público**, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e **impedindo situações que configurem competição imperfeita** ou infração da ordem econômica.

7. Foi com fundamento nesse preceito regulatório que a Antaq optou por restringir a concorrência ao limitar a adjudicação do objeto leiloado às empresas que já detém participação significativa no mercado de movimentação e armazenagem de celulose na região geográfica de Santos/SP.

8. Nesse contexto, é importante destacar que não há qualquer exigência normativa de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE para dar exigibilidade às ações da Agência. Porém, em harmonia regulatória, também encaminhamos o assunto àquele órgão especializado, que, em sua análise, não vislumbrou vícios na elaboração da cláusula 22.14 do Edital nº 01/2020-ANTAQ. Ao contrário, elencou que o cálculo de participações de mercado está em linha com o praticado pelo CADE na análise de seus casos. Além disso, também apontou que a restrição ora imposta tem o efeito provável de aumentar a concorrência no mercado, uma vez que privilegia empresas que não participam do segmento de celulose ou ainda tenham pequena participação, podendo, inclusive, ter efeitos positivos em decorrência da verticalização que ocorre no mercado de celulose.

9. Pela experiência da Agência, a adoção de mecanismos regulatórios alternativos em contratos se mostra onerosa e de poucos efeitos práticos, sobretudo por serem de difícil concretização, seja em razão da longevidade, seja pela força das relações instituídas pelo contrato e seu equilíbrio. Qualquer interferência com mecanismos externos pode impactar na matriz de risco originalmente estabelecida, sendo a intervenção com mecanismos internos (no contrato ou no edital) um recurso preferível.

10. Ademais, a inclusão da cláusula em momento posterior à audiência pública não fere a publicidade e, tampouco, viola os princípios que regem a atuação administrativa, porquanto a realização da oitiva da sociedade é justamente para que se possa aprimorar a atuação regulatória, recebendo *inputs* de eventuais interessados e ajustando os instrumentos editalícios para atender melhor aos anseios do mercado regulado, sem, contudo, ferir o interesse público.

11. Quanto ao patamar de 40% (quarenta por cento), de participação de mercado como condição para participar do Leilão, cumpre esclarecer que o percentual tem pelo menos duas vertentes. A primeira, calcada em decisões anteriores do Tribunal de Contas da União, a exemplo da área STS13A, também em Santos-SP. E outra, de não permitir a adjudicação de áreas a empresas que possuem grande fatia de mercado na movimentação de celulose dentro do complexo portuário e, além disso, a cláusula 22.14 ainda impede que qualquer empresa, detentora ou não de fatia de mercado, arremate as duas áreas a serem leiloadas.

12. No tocante à não consideração do Armazém 31 no cálculo de capacidade, elucidamos a questão pelo fato de que, embora o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Santos-SP, edição 2020, aponte a área como passível de movimentação de celulose ou carga geral, o contrato que rege a exploração da área expira em 2028, antes, portanto, do prazo considerado para definição de capacidade (2030).

13. Com a idônea fundamentação, os parâmetros técnicos que sustentam a Cláusula 22.14 do Edital nº 01/2020-ANTAQ estão descritos no Ato Justificatório que contém as diretrizes do Poder Concedente para abertura do certame, bem como são parte integrante do Edital. De igual maneira, é de se lembrar que a cláusula regulatória também foi apreciada pelo Tribunal de Contas da União, não havendo qualquer objeção quanto à sua aplicação.

14. Dessa maneira, estando os atos praticados com a devida fundamentação, revestidos de publicidade e seguindo os ditames legais, não merece prosperar o argumento de que houve vício de legalidade na limitação à participação contida no Edital.

a.II - participação em consórcio e aplicação da cláusula restritiva de forma proporcional. Vício de ilegalidade na interpretação (II.2. Itens 9.1. e 22.14 do Edital)

15. A despeito das discordâncias registradas pela impugnante no tocante à interpretação do Edital, não é certo afirmar que houve ilegalidade na leitura das cláusulas contratuais referentes à participação de cada consorciado.

16. No mérito, com a devida vênua à impugnante, a constatação de um erro material na elaboração da ata de esclarecimentos não invalida todo o trabalho empreendido de forma conjunta e coordenada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Ministério da Infraestrutura, Empresa de Planejamento e Logística, Advocacia-Geral da União e Tribunal de Contas da União.

17. O que deve prevalecer é a vontade, em detrimento da forma. É dizer que, pelo princípio da primazia da essência sobre a forma, a intenção do legislador deve preponderar.

18. Desta forma, prevalece o entendimento de que, para fins do cálculo da participação do mercado e da restrição prevista no item 22.14 do Edital, será levado em consideração o percentual de participação no consórcio, sendo o cálculo feito de forma proporcional, ponderado pela respectiva participação no consórcio.

a.III - análise de documentos em ambiente reservado (II.3. Item 23.1. do Edital)

19. Questionamento semelhante já foi alvo de preocupação de interessados na ocasião do Leilão nº 01/2018-ANTAQ (PAR01), todavia foi devidamente esclarecido e o certame prosseguiu com desfecho satisfatório.

20. É bom lembrar que o leilão de áreas portuárias é um regime conjugado (Lei de Portos e o Regime Diferenciado de Contratações - RDC) sendo dividido em duas etapas. Na primeira, os participantes apresentam a proposta e se submetem a compromisso perante o certame. Num segundo momento, somente os vencedores são obrigados a entregar os documentos de habilitação, que, sem sombra de dúvidas, é uma documentação onerosa ao participante, composta de grande quantidade de documentos. Com essa divisão, tornamos a análise da documentação mais célere, pois somente do vencedor é obrigado a entregá-la; e menos onerosa, tanto para administração quanto para os demais participantes do leilão.

21. Em razão desse modelo, o *Capítulo 5 - Habilitação do Manual de Procedimentos de Leilões*, publicado no sítio eletrônico da Antaq, estabelece que após ser declarado o resultado da sessão pública do Leilão, haverá uma sessão destinada à entrega do "Volume 3" da proponente vencedora.

22. Por seu turno, a análise da documentação será realizada posteriormente, em ambiente reservado, pela Comissão de Licitações e equipe técnica da Brasil Bolsa Balcão - B3 (antiga BOVESPA). Concluída a análise do "Volume 3" da proponente vencedora, a decisão será publicada pela Comissão.

23. No que tange ao caráter procedimental, como qualquer decisão que negue ou afete direitos, é passível de recurso pelo interessado, que será cientificado de todos os motivos que ensejaram sua inabilitação, garantida a ampla defesa e o contraditório,

conforme previsto item 23.5 do Edital.

24. Assim, não há que se falar em restrição à publicidade do procedimento, havendo, contudo, reserva quanto ao teor dos documentos contidos no "Volume 3", que possui documentos com informações empresariais sensíveis, cuja publicidade ao público em geral deve ser restringida.

25. Por conseguinte, considerando que não há preponderância nem caráter absoluto dos princípios que norteiam a Administração Pública, no caso, aplica-se o sigilo dos documentos às partes diretamente interessadas.

a.IV - necessária definição prévia e adequada do objeto licitado (II.4. Cláusula 2 do Contrato)

26. Ainda que se quisesse considerar os elementos apresentados pela impugnante para demonstrar que o objeto a ser licitado possui imprecisão quanto a sua definição, não há qualquer concretude acerca de eventual substituição de área envolvendo arrendamentos vizinhos e, para além, não se pode utilizar um certame público para discutir relações contratuais vigentes, extrapolando o objetivo da impugnação ao edital.

27. Não obstante, nas palavras do Poder Concedente, é bom esclarecer que não existe qualquer sobreposição em relação às áreas dos Leilões nº 01/2020-ANTAQ e nº 02/2020-ANTAQ com outros contratos de arrendamento do porto de Santos-SP.

28. Como se observa do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Santos, recém publicado em 18 de julho de 2020, versão *PDZ_BRSSZ_Julho_2020.pdf*, página nº 38, a área denominada SSZ 11 é reservada ao Contrato 02/2016, com dimensão de 33.000 m² (trinta e três mil metros quadrados), estando as áreas, adjacentes à direita, sem denominação justamente porque são objetos dos certames nº 01/2020 e 02/2020-ANTAQ. Na imagem é nítida a delimitação das áreas, que não se confundem, tampouco se sobrepoem.

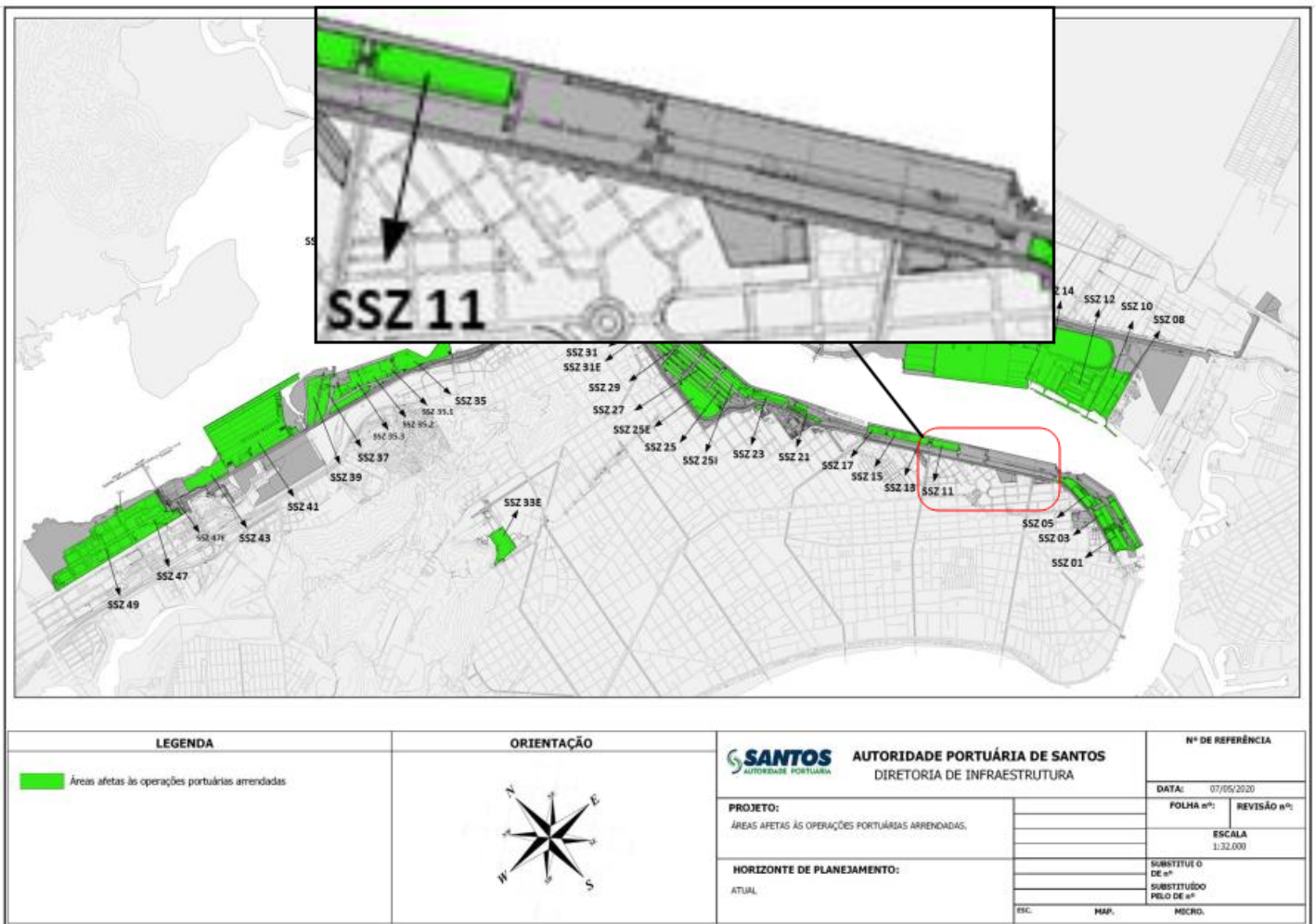


Figura 10 - Áreas afetadas às operações portuárias arrendadas no porto organizado de Santos (Fonte: SPA)

29. Não há dúvida de que a substituição de áreas é procedimento complexo, quase inviável, bem diferente do que supõe a impugnante. Sobre isso, é preciso lembrar que a substituição de área em contratos de arrendamento foi alvo de detida análise do Tribunal de Contas da União, culminando no Acórdão nº 1.446/2018-Plenário, o qual determinou que o Poder Concedente não realizasse a substituição de áreas, prevista nos termos do art. 24-A, do Decreto 8.033/2013, desprovida de análise prévia e fundamentada dos pressupostos que autorizam a modificação contratual no caso concreto.

30. Essa determinação do Tribunal de Contas da União foi normatizada na Portaria nº 530-Minfra, que conferiu um regime extenso e baseado em critérios estritamente técnicos para tomada de decisão de substituição de áreas, cuja procedimento estipulado ainda garante o direito de oposição da arrendatária.

31. A publicação do Edital de concorrência é acompanhada dos estudos técnicos que embasam o certame. No rol de documentos existe a Seção - C Engenharia, destinada somente a apresentar os estudos preliminares e questões técnicas relacionadas à área. Além disso, também disponibilizamos mais quatro documentos técnicos destinados à delimitar a área objeto de pleito:

i) *Ilustração Conceitual*, um esboço com cortes do projeto; ii) *Delimitação da Área*, visão área com o traçado e vértices da área; iii) *Layout da Área*, imagem aérea com demarcação da área; e iv) *Locação*, visão aérea mais ampla que possibilita visualizar o entorno.

32. Todos esses documentos constam no sítio eletrônico do Leilão e coincidem com o objeto descrito no Edital. Como visto, não pesa qualquer incerteza sobre a área licitada, conforme se observa na clareza da Cláusula 2.1.1 do Edital e nos estudos técnicos que sustentam o procedimento.

33. Pode-se concluir, seguramente, que o objeto descrito no Edital está plenamente de acordo com diretrizes do Poder Concedente, em perfeita harmonia com o planejamento portuário de Santos-SP, bem como respeita os contratos vigentes adjacentes às áreas dos Leilões nº 01/2020-ANTAQ e 02/2020-ANTAQ e não existem, portanto, dúvidas quanto ao objeto do certame.

a.V - investimentos a serem realizados e necessária divulgação de informações sobre o acesso ferroviário (II.5. Cláusula 7.1.2.3 da Minuta de Contrato)

34. A Minuta de Contrato dispõe que constitui obrigação da arrendatária realizar, no mínimo, investimentos em determinados equipamentos e instalações relacionados à recepção ferroviária. Além disso, os estudos, que não são objeto desta etapa de impugnação, preveem que o fluxo de carga será por meio de: ferrovia, recepção, armazenagem, expedição e navio.

35. Não há, contudo, nenhum nexos lógico na afirmação da Impugnante de que falta de transparência ou de que as informações disponibilizadas acerca do objeto a ser licitado são imprecisas ou insuficientes.

36. Como Agência Reguladora, sabemos que a atratividade e nível de concorrência de um certame estão diretamente ligados à difusão das informações pelo órgão licitante. Quanto mais uniforme forem as informações, mais interessados, inclusive de fora do segmento a ser licitado, se sentem confortáveis a participar, o que gera uma diversificação dos concorrentes e acirra a disputa.

37. Todas as informações concretadas que dispõe sobre os acessos ferroviários estão contidos nos estudos, que podem ser complementados pela visitas técnicas *in loco* previstas na Cláusula 5.1 do Edital, que assim dispõe:

Seção V - Das Visitas Técnicas

5.1. Os interessados poderão realizar até 2 (duas) visitas técnicas destinadas à obtenção de **informações suplementares sobre a atual área, infraestrutura e instalações públicas** objeto do Arrendamento, **ocasião em que as Proponentes poderão também avaliar eventuais questões ambientais e realizar inspeções, estudos e observações mais criteriosos**, tais como batimetrias, sondagens do solo, dentre outros, desde que não prejudique a operação portuária existente, seja compatível com o projeto e dispositivos legais e regulamentares vigentes, sem prejuízo de outras instruções complementares a serem divulgadas pela CPLA e demais órgãos competentes.

38. Visando resguardar o futuro arrendatário, em linha com a preferência da Agência de utilizar mecanismos internos (contrato e edital) para resolução de eventuais problemas, inserimos a Cláusula 13.2.8 no Contrato, de modo a retirar da matriz de risco da arrendatária atraso na conclusão das obras de acesso ferroviários ao terminal a serem executadas no entorno do arrendamento.

13.2 A Arrendatária **não é responsável** pelos seguintes riscos relacionados ao Arrendamento, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

13.2.8 Atraso que extrapole o 3º ano contado da Data de Assunção na conclusão das obras de acesso ferroviários ao terminal a serem executadas no entorno do arrendamento, desde que haja efetivo prejuízo para Arrendatária no cumprimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos neste Contrato.

39. Como se observa, diferente do alega a Impugnante, a Agência não ignora o fato de que atrasos no planejamento portuário podem impactar o futuro contrato de arrendamento. Ao contrário, inserimos uma condição de salvaguarda ao futuro arrendatário, visando evitar longas e intermináveis discussões acerca da responsabilidade.

40. É de amplo conhecimento que a implantação de logística no Brasil é um processo demorado. Em respeito ao princípio da eficiência e, sobretudo, ao bom senso, é desarrazoado aguardar a conclusão do remodelamento dos ramais ferroviários para então licitar o terminal portuário que irá escoar aquela carga. Para se ter ideia, temos hoje um processo célere que entre a fase elaboração de estudos e a entrega da área ao ente privado demora-se, em média, 24 meses. Além disso, ao assumir a área o arrendatário ainda precisa executar investimentos para tornar a área operacional, realizar obras e instalar equipamentos portuários. No caso do projeto STS14, estimam-se 03 (três) anos, conforme Cláusula 5.3 do Contrato.

41. Em razão do exposto, é evidente que não merece prosperar o argumento de que falta de transparência ou de que as informações disponibilizadas acerca do objeto a ser licitado são imprecisas ou insuficientes.

a.VI - alterações da minuta em razão das respostas aos esclarecimentos (Cláusulas 12 e 13 da minuta do Contrato)

42. O fato de as minutas de contratos possuírem cláusulas não uniformes relacionadas à matriz de risco e ambiental para áreas com a mesma vocação (celulose), não as torna ilegítimas e tampouco arbitrárias.

43. Apesar das notáveis semelhanças entre os projetos STS14 e STS14A, devemos lembrar que são arrendamentos distintos, com inúmeras condições similares, mas com alguns elementos que os fazem individuais, eis que estão sujeitos a questões ambientais e riscos específicos.

44. É necessário lembrar que as cláusulas foram amplamente divulgadas público, submetidas ao Tribunal de Contas da União, examinadas pela Advocacia Geral União e aprovadas pela Diretoria Colegiada da Agência Reguladora, não padecendo de qualquer vício que enseje a necessidade de revisão do Edital e a, conseqüente, devolução de prazo para elaboração das propostas.

b - NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO E DEVOLUÇÃO DO PRAZO PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA

45. Sobre a necessidade de republicação e, conseqüente devolução de prazo para elaboração de proposta, temos seguido sempre a orientação do Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 157/2012-Plenário, de que é necessária a republicação

quanto há alterações que tenham o condão de alterar a formulação das propostas. É dizer que apenas cabe republicação quando oriunda de alteração relevante, que possa ensejar mudança de decisão.

46. Não observamos alterações, que não tenham sido levadas ao conhecimento do público em geral, que se enquadrem na condição de afetar a formulação das propostas.

DA DECISÃO

47. Pelas razões e fundamentos expostos, esta Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da Antaq - CPLA decide por conhecer do pedido de impugnação para, no mérito, negar-lhe provimento, bem como esclarecer que (l) prevalece o entendimento de que, para fins do cálculo da participação do mercado e da restrição prevista no item 22.14 do Edital, será levado em consideração o percentual de participação no consórcio, sendo o cálculo feito de forma proporcional, ponderado pela respectiva participação no consórcio.

BRUNO DE OLIVEIRA PINHEIRO

Presidente da CPLA



Documento assinado eletronicamente por **Bruno de Oliveira Pinheiro, Presidente da CPLA**, em 21/08/2020, às 17:56, 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 **1112704** e o código CRC **324CA5B0**.