

**MINISTÉRIO DA FAZENDA**

Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
Subsecretaria de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação
Coordenação-Geral de Transportes, Recursos Naturais e Saneamento

PARECER SEI Nº 25/2018/COGTS/SUPROC/SEPRAC-MF

Brasília, 18 de maio de 2018

Assunto: Audiência Pública nº 1/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), que tem por objetivo obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente aos seguintes arrendamentos: terminais portuários para movimentação de granéis líquidos combustíveis, sendo cinco áreas no Porto Organizado de Belém/PA (códigos BEL 2A, BEL 2B, BEL 04, BEL 08 e BEL 09) e uma área no Porto Organizado de Vila do Conde/PA (código VDC 12).

Acesso: Público

Processo SEI nº 10099.100101/2018-29

1. Introdução

1. A Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Fazenda (Seprac/MF) apresenta, por meio deste parecer, considerações sobre a Audiência Pública nº 01/2018, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), com a intenção de contribuir para o aprimoramento do arcabouço regulatório do setor portuário, nos termos de suas atribuições, definidas na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e no Decreto nº 9.266, de 15 de janeiro de 2018.

2. A mencionada audiência pública tem o objetivo de obter contribuições, subsídios e sugestões para o aprimoramento das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), necessários à realização de certame licitatório referente aos seguintes arrendamentos: terminais portuários para movimentação de granéis líquidos combustíveis, sendo cinco áreas no Porto Organizado de Belém/PA, no Terminal Petroquímico de Miramar (códigos BEL 2A, BEL 2B, BEL 04, BEL 08 e BEL 09); e uma área no Porto Organizado de Vila do Conde/PA (código VDC 12). Todas as áreas estão sob jurisdição da Companhia Docas do Pará (CDP), vinculada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MT).

2. Da Análise**2.1. Das Informações Gerais**

3. Além das minutas de edital e contrato para cada uma das áreas, a Antaq disponibilizou, na presente audiência pública, atos justificatórios para os leilões e atualizações, a cargo da Empresa de Planejamento e Logística (EPL), dos estudos que embasam as minutas – feitos originariamente pela Estruturadora Brasileira de Projetos (EBP) em 2013.

4. O Quadro 1 traz algumas informações sobre as seis áreas objeto da presente audiência pública:

Quadro 1: Alguns valores constantes nos documentos disponibilizados na Audiência Pública Antaq nº 1/2018. Valores em milhões de Reais.

	BEL 2A	BEL 2B	BEL 04	BEL 08	BEL 09	VDC 12
(a) Tipo de carga	GLC*	GLC	GLC	GLC	GLP e GLC**	GLC
(b) Prazo (anos)	20	20	20	20	20	25
(c) Valor do Contrato (R\$ mi)	656,68	464,22	299,04	707,33	879,66	829,84
(d) Garantia de Proposta (R\$ mi)	6,57	4,64	2,99	7,07	8,80	8,30
(e) G. de Proposta - d/c (%)	1,00%	1,00%	1,00%	1,00%	1,00%	1,00%
(f) Garantia de Execução (R\$ mi)	32,83	23,21	14,95	35,37	43,98	41,49
(g) G. de Execução - f/c (%)	5,00%	5,00%	5,00%	5,00%	5,00%	5,00%
(h) Capital Social Mínimo (R\$ mi)	14,96	4,79	2,82	22,71	27,58	23,98
(i) Capex (R\$ mi)	74,80	23,94	14,10	113,53	137,89	119,92
(j) Capital Social Mínimo - h/c (%)	2,28%	1,03%	0,94%	3,21%	3,14%	2,89%
(k) Capital Social Mínimo - h/i (%)	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%	20,00%

Fonte: Documentos disponibilizados pela Antaq na presente audiência pública.

* GLC: Granéis Líquidos Combustíveis.

** GLP: Gás Liquefeito de Petróleo

5. Todas as áreas são *brownfield*, à exceção da área VDC 12. Ademais, todas as áreas têm por objetivo movimentação e armazenagem de Granéis Líquidos Combustíveis (GLC), sendo que a área BEL 09 se destina, também, à movimentação e armazenagem de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP).
6. Dessa forma, a agência justificou a adoção de preços livres para todos os terminais quanto às atividades de movimentação e armazenagem de GLC, pois possivelmente haverá concorrência quanto a isso entre os terminais. Por outro lado, adotou tarifa-teto para o terminal BEL 09 quanto à movimentação e armazenagem de GLP, pois é o único terminal a atuar nesse tipo de serviço.
7. O critério para definir o vencedor do leilão é o de maior valor de outorga, com lance mínimo estabelecido em R\$ 1,00.
8. As minutas de contrato definem o “valor global estimado do contrato de arrendamento” como sendo o “montante estimado de receitas a serem obtidas pela Arrendatária para explorar as Atividades durante o prazo de vigência do Contrato”, tendo efeito apenas indicativo e não podendo ser utilizado para pleitear recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.
9. O Custo Médio Ponderado de Captial (WACC, sigla em inglês para *Weighted Average Capital Cost*) utilizado nos estudos que embasam a presente audiência pública foi de 8,03% ao ano, conforme Nota Técnica nº 052/2017/STN/SEAE/MF, de 23 de novembro de 2017.
10. Conforme se pode ver no Quadro 1 acima, optou-se que a garantia de proposta fosse 1% do valor estimado do contrato, enquanto a garantia de execução ficou em 5%. Para o Capital Social Mínimo (CSM), estabeleceu-se que este seria 20% do valor dos investimentos estimados (Capex) para cada área.

2.2 Da Participação no Leilão

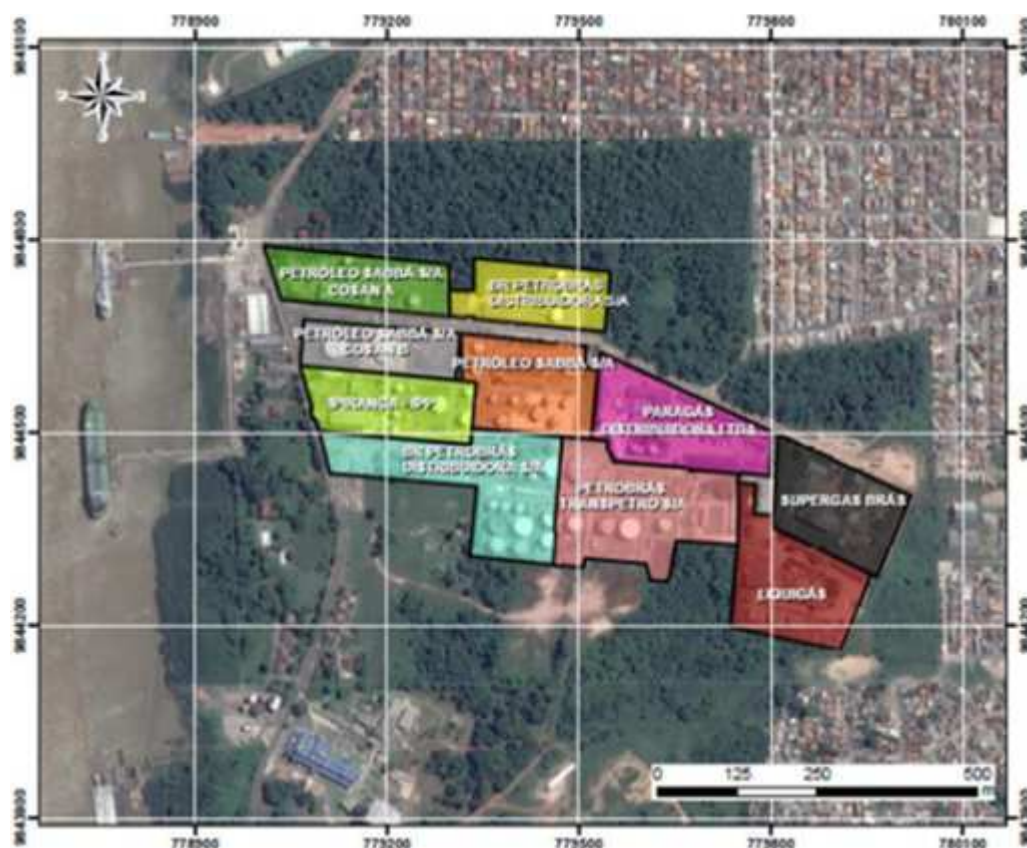
11. As minutas de edital da presente audiência pública possibilitam a participação, no leilão, de empresas de forma isolada ou em consórcio. Permite-se, inclusive, a participação de empresa estrangeira de forma isolada.
12. Por outro lado, as minutas de edital obrigam que as empresas estrangeiras, no caso de formarem consórcio para participar do leilão, sejam lideradas por empresas brasileiras. Veja-se: “No caso de Consórcio integrado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança caberá obrigatoriamente a empresa brasileira de livre escolha entre os consorciados”.
13. Tal obrigação não parece razoável, dado que as empresas estrangeiras podem participar de forma isolada do leilão. Pode-se interpretar, inclusive, que é possível haver consórcio formado exclusivamente por empresas estrangeiras. Em ambos os casos, não haveria participação de empresa brasileira. Dessa forma, se é possível que o vencedor do leilão não tenha participação de empresa brasileira, parecer não haver motivos para obrigar que, em um consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança seja exercida por estas últimas. Assim, recomenda-se que não haja tal obrigação nos leilões objeto da presente audiência pública, a exemplo do último leilão de aeroportos (para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos de Porto Alegre – Salgado Filho, de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis – Hercílio Luz e de Fortaleza – Pinto Martins), em que não houve esse tipo de restrição e as empresas estrangeiras poderiam liderar o consórcio mesmo que este tivesse a participação de empresas brasileiras.
14. As minutas de edital ora analisadas também estabelecem que não poderão participar do leilão as pessoas jurídicas que tenham, entre seus dirigentes ou responsáveis técnicos, pessoas que tenham sido ocupantes de cargo na Antaq, no MT ou na Administração Direta da União nos últimos 180 dias anteriores à data de publicação do edital.

15. Estende-se que esta restrição é razoável para garantir a lisura de todo o processo. Por outro lado, as minutas de edital preveem que tal restrição não se aplicará aos ocupantes dos Conselhos de Administração, Fiscal e Consultivo dos eventuais participantes do leilão.
16. Assim, esta Secretaria recomenda que a restrição seja aplicada inclusive aos participantes dos conselhos dos eventuais proponentes do leilão, de forma a evitar qualquer questionamento quanto a isso, garantindo lisura ao processo.

2.3 Da Possibilidade de um Proponente Arrematar Duas Áreas e de Atuais Operadores Participarem do Certame

17. De acordo com a Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA, de 5 de março de 2018, disponibilizado no âmbito da presente audiência pública, “o Terminal Petroquímico de Miramar conta com a participação de empresas do ramo (Petróleo Sabbá S/A, BR Petrobrás Distribuidora S/A, Ipiranga, Petrobrás Transpreto S/A) que operam em mais de uma das áreas”. Veja-se a Figura 1 abaixo.

Figura 1: Operadores atuais do Terminal Petroquímico de Miramar.



Fonte: Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA.

18. Veja-se, agora, a Figura 2, com a distribuição das áreas objeto da presente audiência pública:

Figura 2: Áreas objeto da Audiência Pública Antaq nº 01/2018.



Fonte: Documentos disponibilizados no âmbito da Audiência Pública Antaq nº 01/2018. Circunscrição das áreas BEL 02A, BEL 02B, BEL 04, BEL 08 e BEL 09: elaboração própria, com base em imagens disponibilizadas na presente audiência pública.

19. Como se pode ver na comparação entre as Figuras 1 e 2:

- A área BEL 02A é resultado da junção de uma área operada pela Petróleo Sabbá S/A e de outra operada pela BR Petrobras Distribuidora S/A;
- A área BEL 02B aparece pelo agrupamento de duas áreas operadas pela Petróleo Sabbá S/A;
- A área BEL 04 é atualmente operada pela Ipiranga;
- A área BEL 08 é atualmente operada pela BR Petrobras Distribuidora S/A; e
- A área BEL 09 é atualmente operada pela Petrobras Transpetro S/A.

20. Não há, nas minutas de edital ora analisadas, restrição a que os atuais operadores presentes no Terminal Petroquímico de Miramar participem do certame. Estas minutas permitem, também, que um mesmo licitante arremate até duas áreas. A Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA assim justifica essa possibilidade:

“36. Por outro lado, as empresas podem projetar um aproveitamento melhor do espaço disponível - e obter importantes sinergias - operando duas áreas em conjunto ao invés de apenas uma, de forma a otimizar os espaços e maximizar a armazenagem em virtude de sua expertise.

37. Nessa hipótese – de duas áreas serem adjudicadas a uma mesma empresa/consórcio – estaríamos possibilitando que essa empresa/consórcio otimizasse os projetos, permitindo que ela unificasse as áreas e realizasse as atividades de forma como uma única planta operacional, sem afrontar o conceito de fomentar a concorrência no mercado, pois ainda restariam três outras áreas em licitação que seriam concorrentes dessa, além de outro terminal que já opera no mesmo porto.

(...)

298. Conforme já demonstrado, o Terminal Petroquímico de Miramar ganhará cinco novos operadores – BEL02A, BEL02B, BEL04, BEL08 e BEL09 –, além do novo arrendamento

VDC12 no Porto de Vila do Conde.

299. Todas as áreas terão como objeto a recepção, armazenagem e distribuição de combustível, sendo que, além dos produtos derivados do petróleo precedentes do modal aquaviário (diesel, gasolina e querosene), os terminais irão trabalhar também com etanol e biodiesel recebidos do modal rodoviário.

300. Destaca-se que a área BEL09, além de trabalhar com os combustíveis citados acima, o terminal movimentará GLP a partir do seu recebimento por navegação de cabotagem.

301. A possibilidade em questão é mais benéfica [um mesmo licitante arrematar duas áreas – *acréscimo não constante no original*], pois, além de não excluir a oportunidade de distribuição de arrendatários distintos para os vários empreendimentos, proporcionará um novo cenário de organização de operadores atraindo competidores que desejam trabalhar com projeto que não se limite a uma única área operacional.

302. Assim, caso a mesma proponente tenha apresentado o maior valor de outorga para mais de um arrendamento, tal proponente será declarada vencedora de, no máximo, dois arrendamentos. Caso a oferta de maior valores seja para três ou mais terminais, deverá a proponente optar pelos empreendimentos, sendo então declarada vencedora do(s) outro(s) arrendamentos a proponente que tiver apresentado o segundo maior Valor de Outorga, se houver.” (Grifos não constantes no original).”

21. Observa-se, com base nas Figuras 1 e 2, que há atualmente – na região em que se encontram as áreas presentes na audiência pública em tela – sete áreas sendo operadas por quatro pessoas jurídicas diferentes (Petróleo Sabbá S/A atua em três áreas e BR Petrobras Distribuidora S/A atua em duas). Com a aglutinação de áreas, haverá cinco áreas arrendadas, que poderão ser operadas, no limite, por três contratados diferentes (cada licitante pode ganhar até duas áreas) – todas atuando com preço livremente estabelecido quando à operação de GLC. Acrescente-se que a Paragás, a Supergas Brás ou a Liquigás – operadores de GLP – poderão arrematar a área BEL 09 (atualmente operada pela Petrobras Transpreto S/A).

22. Nesse sentido, é possível que, no mercado de GLP, não vença uma nova arrendatária, reforçando-se a participação de um dos atuais operadores; quanto ao mercado de GLC, atendido atualmente por quatro operadores diferentes, pode se reduzir a apenas três arrendatários. Como dito no item 6 do presente parecer, haverá preço-teto para o futuro arrendatário da área BEL 09 quando for operar GLP, o que foi justificado da seguinte maneira na Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA: “(...) o cenário competitivo da área BEL09 propõe, para os combustíveis, o estabelecimento de preço-teto e, no entanto, para GLP, **diante da ausência de competidores**, entende-se pela necessidade de fixação de preço máximo” (grifos não constantes no original).

23. A justificativa adotada para tal possibilidade, grifada acima no excerto retirado da Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA, parece não ser suficiente frente aos potenciais benefícios que a concorrência entre um número maior de operadores pode trazer para os mercados de movimentação e armazenagem de GLC e GLP. Considerando-se a possibilidade, trazida nas minutas de contrato da presente audiência pública, de que estes sejam prorrogados sucessivas vezes até o prazo total de 70 anos, seria possível que esta configuração de poucos operadores fosse mantida por sete décadas.

24. Ademais, os itens 36 e 37 da mencionada nota informativa, reproduzidos acima, menciona uma eventual sinergia para um operador que ganhasse duas áreas contíguas, de forma que o arrendatário “unificasse as áreas e realizasse as atividades de forma como uma única planta operacional”. Mas não há como garantir que as duas áreas arrematadas sejam contíguas, pois os lances pelas áreas são feitos em envelopes fechados. Assim, um mesmo licitante poderia arrematar a área BEL 02A e BEL 09 por exemplo, áreas não vizinhas, como se pode verificar na Figura 2.

25. Assim, por todo o exposto, esta Secretaria recomenda que seja realizado estudo em que se

avaliem os riscos concorrenciais derivados da possibilidade de este certame – nos moldes propostos na presente audiência pública – gerar, em Miramar, maior concentração horizontal nos mercados de movimentação e armazenagem de GLC para verificar eventual ausência de competidores, a exemplo do que foi afirmado para o caso do GLP.

2.4. Da Possibilidade de Prorrogação do Contrato

26. As minutas de contrato disponibilizadas na presente audiência pública permitem, a critério do Poder Concedente, que haja sucessivas prorrogações do prazo do arrendamento até o prazo total de 70 anos.

27. Apesar de esta ser uma possibilidade trazida no Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013[1], entende-se que a possibilidade de prorrogação contratual deveria ser restrita pelos motivos a seguir.

28. Do ponto de vista concorrencial e regulatório, a licitação é um momento importante para mercados monopolísticos de prestação de serviços públicos, pois promove a concorrência pelo mercado além de dar transparência para todas as informações que estão envolvidas no processo. Esta concorrência possibilita que diversos agentes econômicos realizem suas próprias projeções sobre o futuro e façam suas ofertas para obter o direito de exploração dos serviços. Nesse sentido, a licitação permite que os agentes concorram, o que tende a levar a que o agente mais eficiente obtenha o direito de exploração do serviço, promovendo efeitos positivos para toda a sociedade. Cabe ainda mencionar que a concorrência comportará um ajuste contratual modernizado de acordo com as práticas então vigentes, incorporando melhorias advindas da curva de aprendizado experimentada pelo poder concedente.

29. Logo, a possibilidade de prorrogações sucessivas – mesmo que permitida pela legislação – traz uma possibilidade de limitação da concorrência pelo mercado, pois pode levar à realização de rodadas de licitação a intervalos mais longos, limitando a oportunidade de outras empresas disputarem a exploração do serviço público num procedimento licitatório. Reduz, portanto, os incentivos dos agentes privados na disputa por terminais nos portos públicos e restringe as oportunidades de entrada de novas empresas no mercado brasileiro de arrendamentos portuários. Por tudo isso, boas práticas regulatórias e concorrenciais preconizam que os prazos dos contratos devem ser o suficiente para a amortização dos investimentos prudentemente realizados para a prestação do serviço, de forma a promover a concorrência pelo mercado por meio de certames licitatórios mais frequentes.

30. Assim, esta Secretaria recomenda que a prorrogação do prazo dos arrendamentos seja permitida unicamente para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e apenas uma única vez, a exemplo do Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos de Porto Alegre – Salgado Filho, de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis – Hercílio Luz e de Fortaleza – Pinto Martins[2].

2.5. Da Garantia de Proposta

31. As minutas de edital ora em comento mencionam a necessidade de os licitantes constituírem garantia de proposta, nos valores mencionados no Quadro 1.

32. As minutas também explicitam que o prazo de validade de tal garantia é de, no mínimo, um ano. Por fim, menciona que a garantia de proposta poderá ser prorrogada “de acordo com a necessidade”, e que, neste caso, os proponentes deverão renovar as garantias por pelo menos seis meses, às suas expensas. Acrescente-se que as propostas pelo arrendamento terão validade de um ano – podendo ser prorrogado por até um ano pela Comissão Permanente de Licitação de Arrendamentos Portuários da Antaq (CPLA), conforme as minutas de edital.

33. Pelo exposto, é possível ocorrer uma situação em que acontece o leilão, os proponentes fazem as ofertas, e há uma paralisação no certame. Transcorrido o período de 10 meses, a CPLA prorroga por um

ano a validade das propostas, sem consultar nenhum dos licitantes, que se veem obrigados, também, a renovar as garantias de proposta.

34. Obviamente, a situação hipotética é indesejável, mas possível, constituindo-se uma barreira à que haja mais interessados no certame. Por isso, esta Secretaria já recomendou que, no caso de tal prorrogação das propostas (com conseqüente renovação da garantia de proposta), os licitantes sejam previamente consultados se têm a intenção de continuar concorrendo no certame. Nesse sentido, vejam-se os Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias nº 344/2014[3], nº 345/2014[4], nº 152/2016[5] e nº 78/2017/COGTL/SEAE/MF[6]. Quanto a este último parecer, a Antaq respondeu, no Relatório da Audiência Pública Antaq nº 03/2017[7], que “entende-se que a Garantia de Proposta deve ser mantida, independentemente da vontade do licitante, de modo a garantir consecução do procedimento licitatório. Portanto, não cabe consulta para verificação da intenção de permanência no certame”.

35. Mesmo tendo ciência da resposta da agência, esta Secretaria reitera sugestão de que os licitantes sejam previamente consultados sobre sua intenção de permanecer no certame para que seja possível a prorrogação das propostas.

2.6. Das Obrigações Prévias à Celebração do Contrato

36. As minutas de edital ora analisadas mencionam, como algumas das obrigações prévias à celebração do contrato de arrendamento, que o adjudicatário apresente ao Poder Concedente estatuto social e inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda (CNPJ/MF) em que conste, dentre outras, que a “finalidade exclusiva será explorar o arrendamento”.

37. Não há, por outro lado, obrigação de que seja constituída uma Sociedade de Propósito Específica (SPE) para explorar o arrendamento. Veja-se o que diz a Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA:

“39. Destaca-se que, no setor petrolífero, a integração vertical é prática comum, isso quer dizer que a empresa que se dedica a extração do petróleo, muitas vezes é também responsável pelo refino, produção de combustível e distribuição. Trata-se da combinação de processos tecnologicamente distintos inseridos no âmbito de uma mesma empresa, interligados por uma cadeia lógica de controle hierárquico.

40. Esse modelo de controle possibilita uma série de vantagens, tais como: redução dos custos, aprofundamento da tecnologia, além de assegurar oferta e demanda e maior poder de negociação.

41. Assim, considerando que as distribuidoras de combustível operam majoritariamente carga própria nos terminais portuários públicos que ocupam atualmente, a obrigatoriedade de desverticalização das atividades de distribuição de combustíveis e movimentação portuária que decorre da exigência do estabelecimento de SPEs implicaria em grave ineficiência da cadeia logística, pelas seguintes razões:

a) Necessidade de constituir, licenciar do zero e manter regular uma nova pessoa jurídica;

b) Completa mudança na dinâmica de operação no local, incluindo a necessidade de negociação e controle de contratos diversos a serem estabelecidos entre esta nova sociedade empresarial e a empresa de seu próprio grupo econômico detentora da carga a ser movimentada; e

c) Possíveis ineficiências tributárias relacionadas à inclusão de mais um agente na cadeia de distribuição.

42. Outro aspecto que cabe mencionar, e que também fortalece a proposta de não obrigatoriedade de constituição de SPE, é que sem tal obrigação, a tendência é que tenhamos mais interessados em participar da licitação, permitindo a entrada de empresas verticalizadas ou não.” (Grifos não constantes no original)

38. Por outro lado, as minutas de contrato mencionam que, quando a arrendatária estiver constituída sob a forma de SPE, poderá haver a assunção do controle da arrendatária por parte dos financiadores e garantidores (mecanismo de *step-in rights* trazido no art. 27-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995).

39. Ou seja, por um lado a mencionada nota informativa coloca que a constituição de SPE implicaria ineficiências, dentre outras coisas pela necessidade de constituir do zero uma nova pessoa jurídica; mas por outro, as minutas de edital mencionam que é necessário que o arrendatário tenha um estatuto social em que seja mencionado que a finalidade exclusiva será explorar o arrendamento. Ademais, as minutas de contrato explicitam que o mecanismo de *step-in rights* – que traz uma proteção a mais para financiadores e garantidores – apenas poderá ser utilizado quando a arrendatária for uma SPE.

40. Esta Secretaria entende que a constituição de SPE é relevante, pois segrega a operadora do serviço concedido – segregação financeira, contábil, de patrimônio etc. – do seu grupo controlador. Ademais, pode ter importante aspecto regulatório, ao tornar claro o objeto de competência da agência reguladora: a SPE que explora determinado serviço concedido. Ademais, esta Secretaria não tem conhecimento de que a obrigatoriedade de constituição de SPE seja motivo que afaste eventuais licitantes do certame. Acrescente-se que, na audiência pública em tela, mesmo que não seja obrigatória a constituição de SPE, é obrigatória a constituição de uma empresa cuja finalidade específica é operar o arrendamento, não se verificando os benefícios elencados na Nota Informativa nº 8/2018/CGMO-SNP/DOUP/SNP-MTPA. Assim, recomenda-se que seja adotada a obrigatoriedade de constituição de SPE para explorar o arrendamento.

41. Outra das obrigações prévias à celebração do contrato é a obrigatoriedade de integralização de 100% do valor do Capital Social Mínimo (valores mostrados no Quadro 1).

42. Sobre este tema, esta Secretaria já se manifestou diversas vezes no sentido de que se avalie exigir, como requisito para assinatura do contrato, a integralização de uma parcela do capital social mínimo exigido, com a posterior complementação do valor restante em prazo razoável a ser definido pela agência[8]. Isto é o que foi feito, por exemplo, na concessão dos aeroportos de Fortaleza/CE, Florianópolis/SC, Porto Alegre/RS e Salvador/BA, realizada pela Agência Nacional de Aviação Civil (Anac)[9].

43. A Antaq já discorreu sobre o tema com entendimento diverso – por meio do Relatório da Audiência Pública Antaq nº 03/2017, citado anteriormente –, mencionando que “faz-se necessária para garantir que haja estabilidade financeira da interessada quando da constituição da Sociedade de Propósitos Específicos - SPE, possibilitando a existência de disponibilidade financeira para cumprimento das obrigações iniciais relativas ao contrato”.

44. Mesmo tendo ciência da resposta da agência, esta Secretaria reitera seu posicionamento. Veja-se mencionado no Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias nº 78/2017/COGTL/SEAE/MF:

“13. A comprovação do capital social mínimo para a assinatura do contrato é importante para evitar que oportunistas participem do processo licitatório. No entanto, a exigência de total integralização nesse primeiro momento pode restringir a concorrência no certame. Ao se exigir uma parcela do capital social mínimo para assinatura do contrato, com a integralização da parcela complementar em um prazo razoável para a agência, pode-se inibir a participação de oportunistas e, ao mesmo tempo, não prejudicar a concorrência no certame.” (Grifos não constantes no original)

45. Assim, esta Secretaria recomenda que a Antaq reveja o posicionamento quanto à

integralização total do Capital Social Mínimo, de forma a exigir integralização de montante adequado para inibir oportunistas e permitir a exequibilidade financeira do arrendamento.

2.7. Da Alocação de Riscos e do Processo de Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato

46. A alocação de riscos é um item muito relevante nos contratos administrativos devido ao fato de, em regra, serem caracterizados como contratos incompletos na medida em que não é possível prever, a priori, todos os eventos que podem afetar a adequada execução do contrato. Nesse sentido, as boas práticas recomendam que cada risco elencado no contrato seja alocado à parte que tenha melhores condições de lidar com ele. De outra forma, se o vencedor do leilão fosse responsável por todo e qualquer risco, a licitação poderia, no limite, ser inviabilizada.

47. Veja-se, então, algum dos itens relativos à alocação de riscos trazidos nas minutas de contrato ora analisadas:

“13.2 A **Arrendatária** é igualmente responsável pelos seguintes riscos, mas não será penalizada, nos termos deste **Contrato** e seus **Anexos**, nos casos em que tais riscos se materializarem:

(...)

13.2.2 Decisão judicial ou administrativa que inviabilize a **Arrendatária** de desempenhar as atividades objeto do **Contrato**, de acordo com as condições nelas estabelecidas, bem como na legislação, na regulamentação e no **Regulamento de Exploração do Porto Organizado**, exceto nos casos em que a **Arrendatária** houver dado causa a tal decisão;

13.2.3 Caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência, em condições normais do mercado de seguros;

13.2.4 Atraso ou paralisação das **Atividades** decorrentes da demora na obtenção de licenças federais, estaduais e municipais, quando os prazos de análise dos órgãos competentes responsáveis pela sua emissão ultrapassarem as previsões legais e regulamentares quanto aos prazos, exceto se o atraso ou paralisação for decorrente de fato imputável à **Arrendatária**;

13.2.5 Atraso ou paralisação das **Atividades** decorrentes da demora ou impossibilidade da obtenção das licenças ambientais da instalação portuária em razão da inexistência ou cassação das licenças ambientais do **Porto Organizado**, bem como do descumprimento das condicionantes nelas estabelecidas, desde que tal motivo seja declarado expressamente pelo órgão ambiental respectivo em documento oficial.

(...)

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

(...)

13.3.4 Custos decorrentes do atraso na disponibilização da **Área do Arrendamento** em que serão desenvolvidas as **Atividades** objeto deste **Contrato**, desde que o atraso seja superior a 12 (doze) meses da data prevista para a **Data de Assunção** e haja comprovação de prejuízo significativo; ficando a **Arrendatária**, neste caso, isenta das penalidades decorrentes do atraso no cumprimento de suas obrigações;

(...)” (Negritos constantes no original; grifos não constantes no original)

48. Da simples observação do excerto acima, observa-se que as minutas de contrato alocam riscos ao arrendatário sobre os quais ele não tem o menor controle. Por exemplo, o arrendatário tem que suportar o risco de o Porto Organizado ter sua licença ambiental cassada (item 13.2.5), inviabilizando ou atrasando as atividades da arrendatária – no caso em tela o porto é administrado pela CDP, empresa estatal vinculada ao MT; a ocorrência de casos fortuitos ou de força maior para os quais não haja cobertura de seguros (item 13.2.3); o atraso de 12 meses na disponibilização da área do arrendamento, e, mesmo no caso de atrasos superiores a esse prazo, a arrendatária apenas não suportará o risco se comprovar prejuízo "significativo" (item 13.3.4).

49. Ou seja, as minutas de contrato obrigam que o arrendatário suporte riscos que seriam mais bem controlados pelo Poder Concedente, o que pode reduzir consideravelmente o valor dos contratos, dado que, em tese, os proponentes consideram, em suas projeções, os riscos que devem suportar. Assim, esta Secretaria recomenda que seja reavaliada a distribuição de riscos nas minutas de contrato, principalmente os trechos acima retirados destas minutas. Nesse sentido, recomenda-se observar a alocação de riscos do Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração dos Aeroportos de Porto Alegre – Salgado Filho, de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis – Hercílio Luz e de Fortaleza – Pinto Martins.

50. Quanto ao processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro trazido nas minutas de contrato objeto da presente audiência pública, veja-se o trecho abaixo:

“14.2.1 Ao final do procedimento de **Revisão Extraordinária**, caso se confirme a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do **Contrato**, o **Poder Concedente** deverá adotar aquelas formas de recomposição previstas em regulamento editado pelo **Poder Concedente** e pela **ANTAQ**.” (Negritos constantes no original)

51. Ou seja, as minutas não trazem nenhuma forma pela qual será realizado o reequilíbrio contratual, remetendo o tema a regulamento sem mencionar explicitamente a que normativo se refere. Isso representa uma incompletude contratual que pode ser sanada a priori, elencando-se, no contrato, os métodos que poderão ser utilizados para a recomposição do equilíbrio contratual ou, pelo menos, citando explicitamente em que regulamento estão essas formas de recomposição. Assim, esta Secretaria recomenda que sejam colocados, no contrato, tais métodos de recomposição ou, pelo menos, o regulamento que os enumera.

52. Por fim, acrescenta-se que os eventos geradores de desequilíbrio contratual podem ter repercussão no tempo. Nesse sentido, tem sido praxe a utilização do mecanismo de Fluxo de Caixa Marginal (FCM) para cada evento gerador de desequilíbrio, calculando-se a compensação financeira que anule os impactos financeiros positivos ou negativos do evento. A utilização do FCM para casos de recomposição do equilíbrio contratual está prevista, por exemplo, no mencionado contrato de aeroportos e nos contratos de concessão de rodovias federais.

53. O FCM, todavia, não está previsto nas minutas de contrato ora analisadas. Assim, esta Secretaria recomenda que tal metodologia seja explicitamente prevista no contrato para o cálculo de compensação financeira que anule os impactos financeiros positivos ou negativos do evento ensejador de desequilíbrio contratual.

3. Conclusões

54. O presente parecer apresentou considerações sobre os documentos disponibilizados na Audiência Pública Antaq nº 1/2018, que trata da realização de certame licitatório referente aos seguintes

arrendamentos: terminais portuários para movimentação de granéis líquidos combustíveis, sendo cinco áreas no Porto Organizado de Belém/PA, no Terminal Petroquímico de Miramar (códigos BEL 2A, BEL 2B, BEL 04, BEL 08 e BEL 09); e uma área no Porto Organizado de Vila do Conde/PA (código VDC 12).

55. As sugestões feitas pela Seprac podem ser assim brevemente sintetizadas:

- Não haja a obrigação de, no caso de consórcio formado por empresas estrangeiras e brasileiras, a liderança do consórcio seja exercida por alguma destas em detrimento daquelas;
- A obrigatoriedade de quarentena para quem tem ocupado cargo na administração pública seja estendida aos ocupantes de Conselho de Administração, Fiscal e Consultivo das proponentes;
- Seja realizado estudo em que se avaliem os riscos concorrenciais derivados da possibilidade de este certame – nos moldes propostos na presente audiência pública – gerar, em Miramar, maior concentração horizontal nos mercados de movimentação e armazenagem de GLC;
- A faculdade de prorrogação do prazo dos arrendamentos esteja restrita a apenas uma única vez e somente para fins de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- Que os licitantes sejam previamente consultados sobre sua intenção de permanecer no certame para que seja possível a prorrogação das propostas;
- Seja necessária a constituição de SPE para exploração do arrendamento como condição prévia à assinatura dos contratos;
- Não seja necessária a integralização de 100% do Capital Social Mínimo como condição prévia à assinatura do contrato, mas apenas de parte considerada razoável pela agência para garantir a exequibilidade das atividades do arrendamento;
- Seja reavaliada a realocação de riscos contratuais, de forma a que estes sejam alocados à parte que tem mais condições de lidar com cada evento;
- Esteja explícito, nos contratos, os métodos que serão utilizados para a recomposição do equilíbrio contratual ou, alternativamente, que haja remissão explícita ao regulamento que enumera tais métodos; e
- Os contratos prevejam a metodologia de FCM para o cálculo de compensação financeira que anule os impactos financeiros positivos ou negativos do evento ensejador de desequilíbrio contratual.

À consideração superior.

Documento assinado eletronicamente

JÔNATAS BEZERRA DE SOUZA

Coordenador de Transportes, Recursos Naturais e Saneamento

Documento assinado eletronicamente

ANDREY GOLNER BAPTISTA SILVA

Coordenador-Geral de Transportes, Recursos Naturais e Saneamento

De acordo.

Documento assinado eletronicamente

ANGELO JOSÉ MONT ALVERNE DUARTE

Subsecretário de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação

[1] Decreto nº 8.033/2013: “Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo determinado de até trinta e cinco anos, prorrogável por sucessivas vezes, a critério do poder concedente, até o limite máximo de setenta anos, incluídos o prazo de vigência original e todas as prorrogações.” (Redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 10 de maio de 2017).

[2] Item 2.8 do mencionado contrato: “2.8. O Contrato poderá ser prorrogado por até 5 (cinco) anos, uma única vez, para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência de Revisão Extraordinária, na forma prevista neste Contrato.” Disponível em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/andamento/contrato-e-anexos-1/01-contrato.pdf/view>. Acesso em 10/05/2018.

[3] Parecer analítico sobre Regras Regulatórias nº 344/COGTL/SEAE/MF, de 17 de dezembro de 2014, sobre a Audiência Pública nº 6/2014 da Antaq, que tratou das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos) para a realização de certame licitatório para o arrendamento do Terminal Marítimo de Passageiros do Porto de Salvador/BA.

[4] Parecer analítico sobre Regras Regulatórias nº 345/COGTL/SEAE/MF, de 17 de dezembro de 2014, sobre a Audiência Pública nº 7/2014 da Antaq, que tratou das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos) para a realização de certame licitatório para o arrendamento do Terminal Marítimo de Passageiros do Porto de Recife/PE.

[5] Parecer analítico sobre Regras Regulatórias nº 152/COGTL/SEAE/MF, de 03 de junho de 2016, sobre Audiência Pública nº 1/2016 da Antaq, que tratou das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos) para a realização de certame licitatório para o arrendamento do Terminal Marítimo de Passageiros do Porto de Fortaleza/CE.

[6] Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 78/COGTL/SEAE/MF, de 23 de março de 2017, sobre Audiência Pública nº 3/2017 da Antaq, que tratou das minutas jurídicas e técnicas (edital de licitação, contrato de arrendamento, documentos técnicos e seus respectivos anexos), para realização de certame licitatório para o arrendamento do terminal portuário IQI18 para movimentação de papel e celulose, no Porto de Itaquí/MA.

[7] Relatório disponível em http://web.antaq.gov.br/Sistemas/AudienciaPublica03_2017/. Acesso em 07/05/2018.

[8] Vide Pareceres Analíticos sobre Regras Regulatórias nº 228/2013, nº 290/2013, nº 327/2014, nº 344/2014, nº 345/2014, nº 152/2016 e nº 78/2017/COGTL/SEAE/MF.

[9] Vide itens 6.2.4.6 e 6.2.4.7 do Edital do Leilão nº 1/2016, da Anac, disponível em <http://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/andamento/processo-licitatorio/edital-e-anexos>. Acesso em 07/05/2018.



Documento assinado eletronicamente por **Jônatas Bezerra de Souza, Coordenador(a)**, em 18/05/2018, às 17:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Andrey Goldner Baptista Silva, Coordenador(a)-Geral de Transportes, Recursos Naturais e Saneamento**, em 18/05/2018, às 17:01, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Angelo José Mont'Alverne Duarte, Subsecretário(a) de Promoção da Produtividade, Concorrência e Inovação**, em 18/05/2018, às 17:33, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.fazenda.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0677924** e o código CRC **4590F521**.