

A PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Rafael Wallbach Schwind

*Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP
Advogado da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

1. Introdução

A Lei 12.815 (“Lei dos Portos”) e o seu decreto regulamentador (Decreto 8.033) contemplam a possibilidade de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário.

Não se trata propriamente de uma novidade. A lei anterior (Lei 8.630, de 1993) já admitia isso, e toda a regulamentação editada desde então contemplava a prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. Entretanto, ainda permanecem diversas dúvidas acerca de sua aplicação prática. Além disso, a Lei 12.815 ainda criou a figura da “prorrogação antecipada”, que contém algumas peculiaridades.

Neste breve ensaio, pretendemos expor algumas ideias que nos parecem essenciais na compreensão do tema. A exposição do assunto é mais detalhada no nosso artigo intitulado “Prorrogação dos contratos de arrendamento portuário”, publicado na coletânea *Direito Portuário Brasileiro* (org. CESAR PEREIRA e RAFAEL WALLBACH SCHWIND. São Paulo: Marcial Pons, 2015).

2. As modalidades de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário

Parece-nos que boa parte das discussões existentes sobre o assunto deriva da ausência de compreensão adequada das modalidades de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário.

É essencial compreender que existem três modalidades de prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. Cada uma delas apresenta uma lógica diferenciada.

A primeira forma de prorrogação pode ser denominada de “prorrogação prevista contratualmente”. A identificação dessa modalidade de prorrogação deriva do art. 57, §3º, da Lei 12.815, no ponto em que prevê que a ausência de prorrogação antecipada (prevista no *caput*) não implica obrigatoriamente na recusa da “*prorrogação contratual prevista originalmente*”. Desse dispositivo, portanto, conclui-se que a Lei dos Portos estabelece a possibilidade de o

contrato de arrendamento portuário conter uma previsão de sua prorrogação que não se confunde com a prorrogação antecipada.

A segunda das modalidades é a “prorrogação antecipada”, prevista no art. 57, *caput* e §1º, da Lei 12.815. A prorrogação antecipada é estabelecida antes do final do prazo contratual e, para a sua ocorrência, deverá ser acompanhada da assunção pelo arrendatário do compromisso de realizar novos investimentos de acordo com plano por ele elaborado e previamente aprovado pelo poder concedente. Trata-se, portanto, de uma contrapartida ofertada pelo poder concedente em razão do compromisso assumido pelo arrendatário de realizar novos investimentos.

A terceira modalidade de prorrogação é a “prorrogação-reequilíbrio”. Consiste na prorrogação do prazo de vigência do contrato de arrendamento portuário com a finalidade de se recompor a equação econômico-financeira da avença contratual. A prorrogação-reequilíbrio não está prevista expressamente na Lei 12.815, mas não há dúvidas acerca do seu cabimento nos contratos de arrendamento portuário.

3. A aplicação concreta da prorrogação dos contratos de arrendamento portuário

A partir da compreensão do que consiste cada modalidade de prorrogação, pode-se examinar a forma como cada uma delas se aplica na prática.

3.1. A prorrogação prevista contratualmente

Ao contrário do que acontece com a prorrogação-reequilíbrio e a prorrogação antecipada, a prorrogação prevista contratualmente não depende da ocorrência de um fato imprevisível, extraordinário, nem do compromisso do arrendatário de realizar novos investimentos. Trata-se de uma prorrogação que tem natureza premial. O contrato estabelece os critérios que nortearão a decisão e, se eles forem observados, poderá ocorrer a extensão do prazo de vigência do contrato.

O que ocorre é que a Constituição Federal e a Lei dos Portos não preveem um limite máximo para o prazo dos contratos de arrendamento portuário. Apenas o Decreto 8.033 estabelece que tais contratos terão prazo de vigência de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez por período não superior ao originalmente contratado (art. 19).

A rigor, o Decreto 8.033 poderia estabelecer, por exemplo, que os contratos de arrendamento teriam prazo de no máximo cinquenta anos, vedada a sua prorrogação. Eventual previsão nesse sentido não ofenderia a

Constituição nem a Lei, que não estabelecem nenhum limite temporal máximo para os contratos de arrendamento portuário. Entretanto, em vez de estabelecer um prazo uno, optou-se pela previsão de um prazo dividido em dois blocos de até vinte e cinco anos cada um. Afinal, se é válido estabelecer um prazo uno de cinquenta anos, por que seria inválido prever um prazo de até vinte e cinco anos prorrogável por no máximo igual período uma única vez?

Na prática, a fixação de um prazo dividido em dois blocos pode ser vantajosa inclusive à Administração. Permitiria que, ao final da “primeira perna” do contrato, o poder concedente avaliasse se o prosseguimento da avença ainda faz sentido ou não, à luz de critérios objetivos estabelecidos em cada caso. Se a prorrogação do contrato for a opção mais vantajosa, o poder concedente poderá adotar essa solução. Já se a prorrogação não fizer mais sentido, o contrato seria encerrado e o poder concedente poderia realizar nova licitação.

Partindo-se dessa compreensão, chegam-se a algumas conclusões a respeito da forma de aplicação da prorrogação prevista contratualmente.

A primeira delas é que a prorrogação prevista contratualmente deverá observar o limite temporal estabelecido no contrato de arrendamento. Normalmente, os contratos de arrendamento portuário são firmados por 25 anos, prorrogáveis “por igual período”. Assim, o prazo da prorrogação não poderá extrapolar 25 anos. Isso não exclui, contudo, a possibilidade de o contrato ser prorrogado por mais tempo se a medida se destinar à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A segunda conclusão é a de que o poder concedente não pode ser arbitrário na decisão pela prorrogação do contrato. Ainda que o art. 19 do Decreto 8.033 e o art. 57, *caput*, da Lei 12.815 estabeleçam que a prorrogação ocorrerá “a critério do poder concedente”, é evidente que tal competência não poderá ser exercida de maneira caprichosa nem ofensiva aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

3.2. A prorrogação antecipada

A prorrogação antecipada dos contratos de arrendamento é uma das figuras contempladas pela Lei 12.815 para incentivar a realização de investimentos privados no setor portuário. O grande objetivo da Lei dos Portos com a previsão das prorrogações antecipadas consiste em incentivar a realização de investimentos privados *imediatos* nos terminais arrendados, sem o emprego de recursos públicos na sua efetivação. Como contrapartida, permite-se que o arrendatário explore o terminal por um prazo mais alongado, a fim de amortizar os novos investimentos.

Com a prorrogação antecipada, permite-se a realização imediata de investimentos em estruturas públicas, mas sem o emprego de recursos públicos. Além disso, não há um simples compromisso genérico de realização de novos investimentos. É necessário que o poder concedente aprove expressamente o plano de investimentos (art. 57 da Lei 12.815), o que somente poderá acontecer se eles forem compatíveis com os instrumentos de planejamento portuário. As regras específicas que tratam dessas análises constam fundamentalmente da Portaria SEP/PR 349/2014, editada pela Secretaria de Portos.

Não bastasse isso, o poder concedente ainda criou um mecanismo pelo qual, além do plano de investimentos, o arrendatário deverá apresentar um Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) e, doze meses depois da celebração do termo aditivo de prorrogação antecipada, um projeto executivo detalhando ainda mais os investimentos a serem realizados e os montantes envolvidos (arts. 9º, 10, 11, 19 e 20 da Portaria SEP/PR 349/2014).

Compreendida essa lógica, conclui-se que o prazo da prorrogação antecipada poderá ser maior ou menor do que o prazo de prorrogação previamente estabelecido no contrato de arrendamento. A razão disso deriva da própria racionalidade que orienta as prorrogações antecipadas. Como elas são uma contrapartida à realização de novos investimentos, até então não previstos, é lógico que a extensão do prazo de vigência do contrato deverá ser a necessária para a amortização dos novos investimentos. Esse prazo poderá ser maior do que eventual prazo de prorrogação previamente estabelecido no contrato.

3.3. A prorrogação-reequilíbrio

O cabimento da prorrogação do prazo contratual como medida de reequilíbrio não está previsto na Lei dos Portos nem no decreto que a regulamenta. Entretanto, é amplamente aceita pela doutrina como uma medida compatível com os contratos de concessão em geral – categoria na qual se enquadram os contratos de arrendamento portuário.

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, por meio da prorrogação do contrato de concessão, *“assegura-se ao particular um prazo mais extenso de exploração do empreendimento para permitir a manutenção da relação original entre encargos e vantagens”* (*Curso de direito administrativo*. 11.ed. São Paulo: RT, 2015, p. 820-821).

O que ocorre é que o aumento das tarifas cobradas dos usuários e o emprego de recursos públicos para o restabelecimento da equação econômico-financeira, em muitos casos, podem não ser soluções viáveis em determinadas

situações. A capacidade econômica dos usuários pode ser incompatível com o aumento de tarifas e o poder público pode não dispor de recursos suficientes sem causar sacrifícios à execução de outras obrigações (inclusive mais essenciais). Assim, uma alternativa viável consiste justamente na prorrogação do prazo da concessão, a fim de se garantir que o desequilíbrio verificado seja recomposto ao longo do prazo adicional de exploração da atividade.

Essas considerações se aplicam integralmente aos contratos de arrendamento portuário. Afinal, trata-se de contratos que têm a mesma lógica econômica das concessões de serviço público em geral, ou seja, o particular obtém recursos por meio da exploração de uma atividade, sem haver normalmente o emprego de recursos públicos. Assim, é plenamente cabível que se estenda o prazo contratual de modo que o arrendatário, por meio da própria exploração da atividade, obtenha o restabelecimento da equação econômico-financeira rompida, dispensando-se o emprego de recursos estatais para a indenização do particular.

Bem por isso, a prorrogação-reequilíbrio está prevista expressamente no art. 14, inciso III, da Resolução 3.220 da ANTAQ.

Considerando-se que a prorrogação para o reequilíbrio do contrato de arrendamento portuário destina-se a viabilizar a recomposição da equação econômico-financeira, só se pode concluir que o prazo da extensão contratual deverá ser o suficiente para viabilizar o reequilíbrio. Afinal, não faria sentido lógico em se promover essa sistemática se o prazo da extensão contratual for insuficiente para a consecução do objetivo almejado, que é justamente a recomposição da equação econômico-financeira.

Portanto, ainda que o contrato de arrendamento portuário não contemple expressamente a prorrogação contratual ou a contemple por um prazo muito pequeno, é plenamente possível que haja a prorrogação-reequilíbrio pelo prazo necessário à recomposição da equação contratual, que poderá ser eventualmente maior do que o previsto antecipadamente no contrato.

Além disso, a prorrogação contratual para fins de reequilíbrio não depende de previsão contratual expressamente consignada.

A lógica é que a prorrogação-reequilíbrio não consiste propriamente na concessão de uma vantagem adicional ao arrendatário. Na verdade, trata-se de medida aplicada exclusivamente para se restabelecer uma situação de normalidade (equilíbrio econômico-financeiro) que foi indevidamente rompida. A rigor, o arrendatário não “ganha” nada com a prorrogação a não ser o mero restabelecimento da equação econômico-financeira, que é um postulado do contrato administrativo, de natureza constitucional. Assim, nem se pode alegar que, se terceiros soubessem da possibilidade de haver uma prorrogação-

reequilíbrio, eventualmente poderiam se interessar por participar da licitação. A prorrogação-reequilíbrio não representa a concessão de uma vantagem ao arrendatário; é apenas a correção de uma distorção.

Com base nisso, entendemos que a prorrogação voltada ao reequilíbrio é cabível mesmo nos casos em que o contrato de arrendamento contém cláusula vedando expressamente a sua prorrogação. Isso porque a prorrogação vedada pelo contrato é a prorrogação ordinária, e não a prorrogação que deriva de fatos extraordinários como é o caso da prorrogação como medida de reequilíbrio. A prorrogação-reequilíbrio não constitui uma vantagem propriamente ao arrendatário e pode vir a ser necessária no caso de um eventual e futuro desequilíbrio contratual.

4. Conclusão

Conforme expusemos, a aplicação concreta da prorrogação dos contratos de arrendamento portuário deve partir da compreensão de que existem três modalidades distintas: (i) a prorrogação prevista contratualmente, (ii) a prorrogação antecipada e (iii) a prorrogação-reequilíbrio. Embora apresentem pontos em comum, cada uma delas tem uma lógica peculiar. A compreensão da racionalidade que informa cada modalidade de prorrogação permite que sua aplicação prática se dê de forma mais adequada.

Informação bibliográfica do texto:

SCHWIND, Rafael Wallbach. A prorrogação dos contratos de arrendamento portuário. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n.º 106, dezembro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].