

GRUPO II – CLASSE VII – Plenário

TC 032.449/2011-9

Natureza: Representação

Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.

Responsável: Pedro Parente (Presidente da Petrobras)

Interessado: Estado de Pernambuco e Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros - Suape (11.448.933/0001-62)

Representação legal: Nilton Antonio de Almeida Maia (67.460/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.; Antígenes Viana de Sena Júnior (21.211/OAB-PE), representando o Estado de Pernambuco; e Virgínia Teixeira Félix da Silva (19533/OAB-PE), representando Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros - Suape.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM TERMO DE ADIANTAMENTO DE TARIFAS CELEBRADO ENTRE A PETROBRAS, O ESTADO DE PERNAMBUCO E O PORTO DE SUAPE COM O OBJETIVO DE ESTABELEECER AS CONDIÇÕES EM QUE SERÃO OPERACIONALIZADOS OS INVESTIMENTOS POR SUAPE NO PORTO DE SUAPE, COM RECURSOS DO ADIANTAMENTO DE TARIFA A SER PROMOVIDA PELA PETROBRAS EM FAVOR DE SUAPE; DEFINIR A SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DESSE ADIANTAMENTO; E ESTABELEECER AS RESPONSABILIDADES DE CADA UMA DAS PARTES. INCLUSÃO INDEVIDA DA TARIFA DA TABELA 3 NA EQUAÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO. ADIANTAMENTO DE PAGAMENTOS SEM GARANTIA. INDÍCIO DE EVASÃO FISCAL. OITIVAS E DILIGÊNCIA. DETERMINAÇÃO.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de representação autuada de forma apartada à auditoria realizada nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima (Rnest) em Ipojuca/PE, no âmbito do TC 007.318/2011-1.

2. O presente feito trata de supostas irregularidades ocorridas no Contrato 8500.0000011.09-4, firmado entre a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), o Estado de Pernambuco e o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros (Suape).

3. A referida avença tem como objeto estabelecer as condições em que serão operacionalizados os investimentos por Suape no Porto de Suape, com recursos do adiantamento de tarifa a ser promovida pela Petrobras em favor de Suape; definir a sistemática de compensação desse adiantamento; e estabelecer as responsabilidades de cada uma das partes.

4. O presente processo foi atuado por força de despacho do Ministro-Substituto Weder Oliveira, então relator, que entendeu pertinente a apreciação das questões afetas ao Contrato 8500.0000011.09-4 em autos apartados, tendo em vista a especificidade da matéria em relação ao escopo da auditoria.

5. Na fiscalização foram apontados três achados sobre o ajuste em questão: adoção de metodologia e/ou parâmetros econômicos inadequados para a definição da viabilidade econômico-financeiras do empreendimento (3.2); adiantamento de pagamentos (3.3); e indício de evasão fiscal (3.7).

6. Por meio de despacho, o Ministro-Substituto Weder Oliveira decidiu (peça 37):

“2. Em relação ao achado tratado no item 3.3 do relatório de fiscalização, deve ser promovida a oitiva da Rnest para que, no prazo de quinze dias, manifeste-se sobre a realização de adiantamentos ao Porto de Suape sem a previsão de garantias, no âmbito da execução do contrato 0800.0000011.09-4. O Porto de Suape também deve ser ouvido para, se assim desejar, manifestar-se, no prazo de quinze dias, sobre a mesma questão.

3. Vê-se que os achados 3.2 e 3.7 relacionam-se à questão da tarifa portuária celebrada entre a Rnest e o Porto de Suape. O primeiro versa sobre o valor da tarifa e o segundo sobre os reflexos tributários do suposto empréstimo concedido sob a forma de adiantamento de tarifas portuárias.

4. Ambos os casos envolvem questões regulatórias afetas ao trabalho desenvolvido no âmbito da Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação 1 (Sefid -1). Assim, os autos devem ser encaminhados àquela secretaria especializada para manifestação sobre os achados de auditoria e as propostas de encaminhamento tratados nos itens 3.2 e 3.7 do relatório de fiscalização elaborado pela Secob-3 (peça 103 do TC 007.318/2011-1).

Restituam-se os autos à Secob-3 para a promoção das oitivas da Rnest e do Porto de Suape, relativamente ao achado tratado no item 3.3 do relatório de fiscalização, e, tão logo sejam expedidos os ofícios de oitiva, encaminhamento dos autos à Sefid 1 para manifestação quanto aos itens 3.2 e 3.7 do relatório de fiscalização.”

7. Na sequência, o Tribunal decidiu transferir este processo para a relatoria do Ministro Augusto Nardes, nos termos do Acórdão 888/2012-Plenário.

8. Como o Ministro Augusto Nardes assumiu a Presidência do Tribunal no biênio 2013/2014, o presente feito foi redistribuído para mim, com fulcro no art. 152 do Regimento Interno do TCU.

9. Após a resposta dos interessados, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Transportes (SefidTransportes) decidiu colher a manifestação da Antaq acerca dos fatos relacionados nos achados 3.2 e 3.7 do relatório de auditoria (peças 84 a 86 e 96 a 98).

10. Na sequência, a unidade técnica elaborou a seguinte instrução, transcrita parcialmente a seguir (peça 108):

“2. Um dos objetos de análise da auditoria retromencionada foi o Contrato 0800.0000011.09-4, referente ao Termo de Adiantamento de Tarifas e Compensação Futura (TAT), celebrado entre a RNEST e o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros (Suape). Em tal avença, a Petrobrás e a RNEST transferiram recursos da ordem de R\$ 829 milhões ao Porto de Suape. De acordo com os autos (peça 32, p. 28-29):

A compensação futura dos recursos repassados pela Petrobras/RNEST para SUAPE como adiantamento de tarifas será feito por meio da franquia de uma quantidade de movimentação pela RNEST no porto de Suape. Quando a refinaria estiver em operação, uma parte da carga será movimentada sem custos para a refinaria. A carga movimentada de graça será contabilizada por

uma tarifa congelada (em valor menor que o real), até a que a soma dos descontos atinja o valor total adiantado.

3. *O exame do supracitado ajuste produziu três achados (itens 3.2, 3.3 e 3.7 do relatório de fiscalização, peça 32) que não tinham pertinência com o escopo típico das ações de fiscalização de execução de obras. Por essa razão, o então Ministro-Relator Weder de Oliveira determinou, por meio do Despacho à peça 1, que fossem desentranhadas todas as peças do TC 007.318/2011-1 relacionadas a esses achados para formação do presente processo apartado, nos termos do art. 37 da Resolução-TCU 191/2006.*

4. *Em um segundo momento, verificou-se que os achados 3.2 e 3.7 versavam sobre a tarifa portuária celebrada entre a RNEST e o Porto de Suape, envolvendo, então, análise de questões regulatórias. Destarte, por meio do Despacho à peça 37, o Ministro-Relator reputou necessário o encaminhamento dos autos a 1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-1), atual Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação de Transportes (SefidTransporte), para manifestação sobre os referidos achados de auditoria e suas respectivas propostas de encaminhamento. Assim, determinou:*

Restituam-se os autos à Secob-3 para a promoção das oitivas da Rnest e do Porto de Suape, relativamente ao achado tratado no item 3.3 do relatório de fiscalização, e, tão logo sejam expedidos os ofícios de oitiva, encaminhamento dos autos à Sefid 1 para manifestação quanto aos itens 3.2 e 3.7 do relatório de fiscalização.

5. *Por meio dos ofícios de peça 39 e 40 a Secob-3 realizou as oitivas determinadas, cujas respostas constam das peças 56-69 e 77. Em despacho de 6/8/2012 (peça 80), a Secob-3 remeteu o processo para a análise dos itens 3.2 e 3.7 do relatório de auditoria pela Sefid-1. Dessa forma, ainda não constam dos presentes autos a análise das oitivas relacionadas ao item 3.3.*

6. *Ressalte-se que mediante o Acórdão 888/2012-TCU-Plenário (peça 51), a relatoria deste processo passou a ser do Exmo. Ministro Augusto Nardes. Tendo em vista sua nomeação para a presidência desta Corte, este processo está a cargo do Exmo. Ministro Benjamin Zymler.*

7. *Na SefidTransporte, a instrução à peça 84 iniciou o exame das questões suscitadas nos achados 3.2 e 3.7 quanto aos aspectos regulatórios, sintetizadas abaixo.*

8. *O achado 3.2 versava sobre “Adoção de metodologia e/ou de parâmetros econômicos inadequados para a definição da viabilidade econômico-financeira do empreendimento” (peça 32, p. 28-44).*

9. *Quanto a esse achado, a equipe de auditoria questionou dois pontos. O primeiro dizia respeito à cobrança da RNEST pela utilização do Píer de Granéis Líquidos 3 do Porto de Suape (PGL-3). De acordo com a SecobEnergia, toda a construção da infraestrutura do PGL-3 estaria sendo feita com recursos da RNEST, razão pela qual não lhe deveria ser cobrada a taxa prevista na tabela 3, destinada a “remunerar Suape pela utilização da infraestrutura terrestre durante a transferência de cargas das embarcações até as instalações de armazenagem, ou no caminho inverso” (peça 84, p. 2).*

10. *O segundo ponto questionado pela SecobEnergia referiu-se à composição da tarifa portuária. De acordo com aquela Unidade Técnica, no Porto de Suape a remuneração pela utilização de sua infraestrutura era calculada levando em conta a quantidade de carga movimentada. No entanto, entendeu a referida Secretaria que (peça 84, p. 3):*

é razoável a cobrança de uma TAXA HORÁRIA pela utilização dessas facilidades, como ocorre no porto de Santos. Isso porque os preços públicos se medem pela contraprestação de serviço, sendo desarrazoado que sua quantificação tenha por base de cálculo uma variável que não guarda correlação com o grau de utilização do serviço. No Porto de Santos, de modo acertado, a taxa cobrada baseia-se no tempo que o navio permanece no Porto.

11. Já o achado 3.7 tratava de indício de evasão fiscal supostamente existente na operação realizada por meio do TAT. De acordo com a SecobEnergia, “[os recursos] foram contabilizados pela Refinaria como ‘adiantamentos de tarifas portuárias’ (ativo realizável a longo prazo), e apresentam todas as características de uma operação de crédito” (peça 32, p. 68).

12. Com efeito, assim colocou a SecobEnergia (peça 32, p. 71):

Os recursos transferidos pela PETROBRAS para SUAPE a título de adiantamento de tarifas corresponderia, na realidade, a uma operação de empréstimo, com juros reais de 8,65% a.a., pelo prazo de 25 anos, paga com o valor da tarifa de movimentação de carga da RNEST no Porto de Suape;

A tarifa da movimentação de carga da RNEST adotada para a amortização da dívida contraída na operação de adiantamento de tarifas (empréstimo) foi artificialmente reduzida, eliminando o lucro real da PETROBRAS e diminuindo o valor dos tributos incidentes sobre o faturamento e lucro real de SUAPE (ISS, PIS, COFINS, IRPJ).

13. Analisando as competências legais atribuídas à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), principalmente àquelas conferidas pelo art. 27, inciso II, da Lei 10.233/2001, esta SefidTransporte diligenciou a Agência para que se manifestasse acerca dos seguintes pontos (peça 87):

a) a razoabilidade da cobrança da tarifa relativa à utilização da infraestrutura terrestre constante da Tabela 3 do Porto de Suape ocorrer com base na quantidade de toneladas movimentadas;

b) a aplicabilidade da referida tarifa (Tabela 3) à movimentação das cargas da Refinaria Abreu e Lima (RNEST) e, caso entenda possível sua cobrança, indicar em qual proporção;

c) os indícios de evasão fiscal porventura existente na utilização do mecanismo de adiantamento de tarifas.

14. A Antaq apresentou suas manifestações às peças 91-95, conforme consta do Ofício 073/2013-DG.

15. A última instrução acostada aos autos, à peça 96, examinou os questionamentos do relator à luz da manifestação da Agência.

16. No que tange à cobrança da taxa referente à tabela 3, o auditor instrutor ponderou que não haveria irregularidade, porquanto (peça 96, p. 5):

O adiantamento de recursos concedido pela RNEST para a construção do PGL-3 está sendo pago pelo Porto de Suape por meio do TAT, como evidenciado nos autos (peça 32, p. 28-29) e mencionado no parágrafo 2 desta instrução.

Vê-se que a RNEST está, de certa forma, financiando a construção do PGL-3, mas a propriedade continua sendo do Porto de Suape, razão pela qual é aplicável àquela Refinaria a tarifa descrita na Tabela 3. De fato, o financiamento da construção da infraestrutura portuária e sua utilização são realidades distintas, não se confundindo.

Em outras palavras, o Porto de Suape paga, por meio do TAT, a RNEST pelo “financiamento” concedido para a construção do referido Píer e a Refinaria, por seu turno, remunera a administração portuária pela disponibilização de toda a infraestrutura do PGL-3, de propriedade de Suape, independentemente da fonte dos recursos utilizados para sua construção.

17. Frise-se que a instrução anterior chegou a essa conclusão mesmo tendo considerado insuficiente as manifestações da Antaq acerca do assunto, pois a referida Autarquia, em sua resposta à diligência, justificou (peça 96, p. 5):

a cobrança das tarifas das Tabelas 1, 2 e 3 do usuário “comum”. Todavia, a questão que se colocava era a aplicabilidade da tarifa constante da tabela 3 à movimentação de carga do

responsável por financiar as obras de infraestrutura do porto, uma vez que tal tarifa existiria justamente para remunerar a administração portuária pela disponibilização da infraestrutura terrestre.

18. *No que se refere aos outros dois itens da diligência constante do Ofício 0130/2013-TCU/SefidTransporte (peça 87), a Unidade Técnica entendeu que as manifestações da Antaq eram insuficientes para sanear os autos.*

19. *De fato, no que se referia ao item a) da diligência, esta SefidTransporte ponderou que (peça 96, p. 4):*

A resposta da Agência apenas se limitou a afirmar que a cobrança por movimentação seria considerada a mais adequada para remunerar a autoridade portuária pelo uso da sua infraestrutura terrestre, não explicando as razões que permitiriam chegar a essa conclusão (...).

20. *A instrução, considerando que o Tribunal já havia detectado fragilidades na definição de preços e tarifas do setor portuário, e, ademais, tendo conhecimento de que a Antaq havia firmado Convênio de Cooperação Técnica com a Universidade de São Paulo acerca da definição de tarifas, propôs realizar nova diligência à Agência, com vistas a comprovar, ou não, a adequação da cobrança de tarifas com base na carga movimentada no porto.*

21. *Quanto aos indícios de evasão fiscal, uma vez que na oportunidade anterior a Antaq apenas afirmou que iria proceder a uma investigação (peça 91, p. 3), o auditor instrutor também propôs diligenciar a Agência, para que informasse as conclusões a que haveria chegado em relação àquele achado.*

22. *Em despacho à peça 98, com base nas delegações de competência do Ministro-Relator, o Secretário da Unidade autorizou a realização das diligências propostas, encaminhando-se o Ofício 251/2013-TCU/SefidTransporte à Antaq em 23/7/2013 (peça 99).*

23. *A Agência foi cientificada da diligência em 25/7/2013 (peça 100), tendo encaminhado suas manifestações por meio do Ofício 130/2013-DG, na data de 1/8/2013 (peça 101).*

24. *Em 28/8/2013 realizou-se reunião desta Unidade Técnica com o Superintendente de Portos e outros servidores da Agência a fim de elidir as dúvidas ainda existentes.*

25. *No que se segue serão sintetizadas e analisadas as respostas apresentadas pela Antaq.*

EXAME TÉCNICO

Síntese das manifestações da Antaq

26. *No item a) da diligência proposta, a Autarquia em tela foi instada a apresentar:*

as razões pelas quais se optou por calcular os valores tarifários para remuneração da utilização da infraestrutura terrestre (tabela 3 do Porto de Suape) com base na movimentação de cargas nos portos ao invés de se adotar tarifa horária, e/ou, ainda, se outras opções de formatos de cobrança foram consideradas por ocasião dos relatórios desenvolvidos por meio do Convênio de Cooperação Técnica 1/2010, firmado com Universidade de São Paulo (USP), que objetivou aperfeiçoar o modelo tarifário por meio do desenvolvimento de estudos para definir métodos de fixação dos valores de cobrança da tarifa portuária, com base em centros de custos e em regime de eficiência, bem assim o aprimoramento da sistemática para revisão periódica das tarifas

27. *A resposta dada pela Antaq nessa oportunidade foi igual àquela fornecida anteriormente, ou seja, que a cobrança por tonelage ou unidade de carga é praticada na maior parte dos portos brasileiros (peça 101, p. 1):*

por ser essa a forma de incidência considerada mais adequada, tanto para a Autoridade Portuária, que busca remunerar os custos da infraestrutura disponibilizada, quanto para os

operadores portuários, que pagam a tarifa de utilização da infraestrutura portuária, e precisam repassá-la ao contratante dos serviços de movimentação das cargas.

28. *Acrescentou que (peça 101, p. 1):*

o estudo realizado pela Universidade de São Paulo (USP), contratado pela ANTAQ por meio do Convênio de Cooperação Técnica nº 1/2010, não apresentou outra opção de formato de cobrança para a referida tabela 3, além da usual incidência por tonelada ou unidade de carga movimentada, por considerar também essa opção a mais adequada para o caso em apreço.

29. *Com relação à forma de cobrança pela utilização da infraestrutura terrestre no Porto de Suape, esta SefidTransportes considerou insuficientes as manifestações da Antaq apresentadas na segunda diligência realizada.*

30. *Desse modo, foi realizada reunião, no dia 28/8/2013, com o corpo técnico da Agência, visando dirimir as dúvidas suscitadas pela atual SecobEnergia acerca da tarifa compreendida na Tabela 3.*

31. *Em essência, os técnicos da Agência afirmaram que as atuais tabelas vigentes nos portos públicos reproduzem aquilo que era praticado pelas autoridades antes do advento da Lei 8.630/1993. Desde então, vêm sendo apenas corrigidas, sem revisão de seus valores com base em uma metodologia específica.*

32. *Nada obstante, os técnicos da Antaq acreditavam ser essa a melhor forma de remuneração da infraestrutura terrestre por permitir aos utilizadores do porto apropriá-la mais facilmente aos seus custos, já que haveria uma correlação direta com os serviços prestados, isto é, com a movimentação de carga.*

33. *Por derradeiro, como já ressaltado em instrução anterior, estaria em curso na Antaq, em parceria com a Universidade de São Paulo, a elaboração de um modelo de uniformização das tabelas vigentes nos portos públicos. Nesse ponto, teria sido consenso que a tarifa para a remuneração da infraestrutura terrestre deveria ter por base de cálculo a quantidade movimentada, pelos motivos acima expostos.*

34. *Já quanto aos indícios de evasão fiscal, salientou que, provocada pela Antaq, a Autoridade Portuária procedeu a uma investigação acerca do TAT, tendo concluído que inexistiria ilegalidade no procedimento, uma vez que Suape estaria faturando os serviços com base na “tarifa cheia” de R\$ 3,98/tonelada, nada obstante receber da RNEST o valor de R\$ 1,47/tonelada.*

35. *Porém, para assegurar a regularidade fiscal das transações e dirimir quaisquer dúvidas, a respeito do faturamento das tarifas cobradas da Refinaria, decidiu-se celebrar um Termo Aditivo, visando definir a forma de operacionalização do referido TAT, fixar os procedimentos para faturamento e contabilização da movimentação da Refinaria, bem como para o registro das baixas dos adiantamentos de recursos, nos termos do acordo em vigor.*

36. *A Antaq solicitou cópia do aditivo tão logo ele seja celebrado.*

Análise

37. *Com relação à tarifa objeto da Tabela 3, vê-se que sua definição decorreu de fatos históricos, e seus valores não foram fixados com base em uma metodologia específica capaz de demonstrar a adequação da cobrança de tal tarifa com base na quantidade de carga movimentada.*

38. *Poder-se-ia pensar que uma tarifa baseada no tempo de utilização da infraestrutura favoreceria, em tese, a eficiência do operador portuário, tornando inadequada a cobrança por carga movimentada. De acordo com os técnicos da Agência, porém, os armadores teriam condições de incentivar a eficiência das operações independentemente da forma como é cobrada a tarifa.*

39. *Na verdade, os técnicos da Antaq entendem que a utilização de uma tarifa tendo como base a quantidade de carga movimentada seria efetivamente a mais adequada, pois tornaria mais fácil para o usuário do serviço portuário a apropriação desses valores aos seus respectivos custos.*

40. *Por exemplo, um importador de determinada carga poderia facilmente estimar o montante referente à tabela 3 que deveria ter de pagar ao usar as instalações do porto, sendo possível, assim, estimar com maior clareza os seus custos. Ao contrário, se a tarifa tivesse por base o tempo do serviço, seu cálculo para o importador hipotético seria mais incerto.*

41. *Ademais, no caso concreto da RNEST em SUAPE, a definição de uma tarifa tendo como base a carga movimentada seria ainda mais importante, pois permitiria a operacionalização e o controle do cumprimento do TAT. Com efeito, todo o desenho financeiro do TAT foi realizado com base na projeção da movimentação de carga no terminal ao longo de 25 anos, de modo a obter qual o valor do desconto que deveria recair sobre a tarifa cobrada para ressarcir a refinaria pelos recursos adiantados.*

42. *Tal engenharia financeira foi viabilizada pelo fato de que a receita considerada no fluxo de caixa e o respectivo custo tinham como fonte o mesmo objeto: a carga movimentada. Essa relação direta entre receitas e despesas não ocorreria se a primeira fosse proveniente da carga e o custo decorresse do tempo gasto em sua movimentação.*

43. *Porém, independentemente do modo como é definido a remuneração da autoridade portuária, deve ficar claro que as tarifas devem ser definidas com base em estudos rigorosos que permitam concluir pela sua pertinência e modicidade. No caso, todas as tabelas cobradas em Suape são reproduções de antigas tarifas, que se mantiveram meramente por questões históricas.*

44. *No entanto, como já frisado, em cumprimento ao subitem 9.1.2 do Acórdão 1.904/2009-TCU-Plenário, a Antaq vem desenvolvendo, em parceria com a Universidade de São Paulo, estudos com vistas a estipulação e uniformização de tarifas cobradas nos portos nacionais. Seus resultados serão acompanhados pelo Tribunal. Tendo em vista essa informação, não se propõe medida específica quanto às tabelas tarifárias vigentes em Suape.*

45. *No que se refere ao indício de sonegação fiscal, entende-se que o faturamento pelo valor cheio da tarifa não elide completamente o problema. De fato, embora Suape afirme que irá faturar os serviços no montante “cheio”, de R\$ 3,98/tonelada, tem-se que esse valor não será corrigido ao longo do tempo, diminuindo a receita real do porto, e, conseqüentemente, os possíveis tributos incidentes.*

46. *Ademais, sabe-se que operações de crédito são cercadas de especificidades, a exemplo da incidência do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), que podem não estar sendo observadas no TAT.*

47. *Registre-se, porém, que há controvérsias na doutrina acerca dos limites da elisão tributária, permitida pelo quadro legal brasileiro, e as práticas tributárias ilegais. Por se tratar, assim, de assunto controverso e especializado, fora das competências do Tribunal, propõe-se, em consonância com a SecobEnergia, enviar cópia do item 3.7 da peça 32 e também desta instrução, acompanhada do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Prefeitura de Ipojuca.*

CONCLUSÃO

48. *No despacho à peça 37, o excelentíssimo Ministro-Substituto Weder de Oliveira solicitou que a atual SefidTransportes manifestasse-se acerca dos “achados de auditoria e as propostas de encaminhamento tratados nos itens 3.2 e 3.7 do relatório de fiscalização elaborado pela Secob-3” (peça 37, p. 4).*

49. *No que se refere ao achado 3.2, a instrução à peça 96, p. 2, consignou que:*

a equipe de auditoria questionou dois pontos. O primeiro dizia respeito à cobrança da RNEST pela utilização do Píer de Granéis Líquidos 3 (...) O segundo ponto questionado pela SecobEnergia refere-se à composição da tarifa portuária [referente à tabela 3].

50. *Salienta-se, também, que a SecobEnergia fez ponderações acerca da modicidade tarifária, entendendo que estaria sendo cobrada uma (peça 32, p. 44):*

tarifa portuária excessiva para a movimentação de cargas da Refinaria pelo PGL-03, haja vista que ficou demonstrado que a tarifa de Suape, principalmente para a infraestrutura terrestre, não leva em conta os ganhos de eficiência das futuras instalações do PGL-03 que serão implantadas pela Petrobras/Rnest.

51. *Em relação ao primeiro ponto, a instrução à peça 96, p. 5, entendeu não haver irregularidades, vez que:*

o Porto de Suape paga, por meio do TAT, a RNEST pelo “financiamento” concedido para a construção do referido Píer e a Refinaria, por seu turno, remunera a administração portuária pela disponibilização de toda a infraestrutura do PGL-3, de propriedade de Suape, independentemente da fonte dos recursos utilizados para sua construção.

52. *Quanto à composição da tarifa portuária referente à tabela 3, entende-se que não há obstáculos a adoção de valores tendo como base de cálculo a movimentação de carga. De fato, a utilização da quantidade de carga movimentada como base para o cômputo da tarifa constante da tabela 3 torna mais simples a apropriação dos custos por parte de um exportador ou importador hipotéticos e, mais importante, facilita a operacionalização do TAT.*

53. *Pode-se afirmar que, no geral, toda possível base tarifária tem pontos positivos e negativos. No caso da tarifa por movimentação, poderia haver menor incentivo à eficiência das operações se comparada à cobrança de valores horários, a qual, por seu turno, torna a estimativa de custos mais complexa.*

54. *Assim, caberia ao Poder Concedente, analisando os prós e contras de cada opção, decidir acerca da base de cálculo das tarifas cobradas nos Portos. Nesse mister, é fundamental que haja estudos adequados que embasem as decisões da Administração acerca das tarifas estipuladas.*

55. *Viu-se, nesse ponto, que as tarifas cobradas no Porto de Suape, assim como no restante dos portos nacionais, é uma reprodução histórica das tarifas vigentes antes do advento da Lei 8.630/1993.*

56. *O principal problema referente ao achado 3.2 não é, dessa forma, a base de cálculo da tarifa objeto da Tabela 3, mas sim a ausência de estudos que permitam definir adequadamente os valores cobrados pela Autoridade Portuária, inclusive sob o aspecto da modicidade e da transferência dos ganhos de eficiência ao usuário, como registrado no Relatório de Auditoria da SecobEnergia, e salientado no Despacho do Ministro-Relator à peça 37.*

57. *Contudo, o Tribunal, mediante o Acórdão 1.904/2009-TCU-Plenário, já determinou que a Antaq realizasse estudos com vistas a estabelecer:*

regras claras para a revisão e o reajuste das tarifas portuárias com base em estudos fundamentados sobre os custos das administrações portuárias, prevendo mecanismos para compartilhar com os usuários os benefícios gerados com possíveis aumentos de eficiência, prezando pela modicidade tarifária e pelo equilíbrio econômico-financeiro das administrações portuárias.

58. *O acompanhamento das medidas tomadas pela Agência para o cumprimento daquele decisum está sendo feito por esta SefidTransporte no âmbito do TC (018.516/2010-6). Desse modo, propõe-se que não sejam adotados encaminhamentos específicos quanto ao achado 3.2 do Relatório de Auditoria da SecobEnergia, nada obstante a importância do tema ali tratado. De fato, qualquer*

determinação do TCU com vistas a corrigir as distorções apontadas pela equipe de auditoria em relação às tarifas cobradas em Suape teria baixa efetividade, porquanto atualmente a Antaq não dispõe de metodologia robusta para a revisão e reajustes tarifários. De outra banda, não se trata, como dito, de um problema restrito ao porto de Suape, e, dessa forma, exige uma solução que seja válida para todo o sistema portuário. Por tais razões, esta Unidade Técnica reputa mais adequado que a questão tarifária trazida aos autos pela SecobEnergia aguarde os resultados dos estudos que estão sendo feitos pela Antaq em conjunto com a Universidade de São Paulo.

59. Em relação aos indícios de sonegação fiscal, entende-se que os esclarecimentos apresentados pela Antaq não são suficientes para afastar as possíveis irregularidades apresentadas no achado 3.7 do Relatório de Auditoria da SecobEnergia.

60. Desse modo, em consonância com aquela Unidade Técnica, propõe-se encaminhar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Município de Ipojuca cópia do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, acrescentando à proposta original da SecobEnergia o envio de cópia desta Instrução e do item 3.7 daquele Relatório.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

61. Ante o exposto, submetemos os autos à consideração superior, propondo:

a) Enviar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Prefeitura de Ipojuca cópia do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, bem assim desta instrução e da peça 32, p.69-72 destes autos;

b) Restituir os autos à SecobEnergia para análise das oitivas, em conformidade com o Despacho proferido pelo excelentíssimo Ministro Relator (peça 37).”

11. O corpo diretivo da SefidTransportes aquiesceu à referida proposta (peças 109 e 110).

12. Na sequência, a então denominada Secretaria de Fiscalização de Obras de Energia e Aeroportos (SecobEnergia) elaborou a seguinte instrução, transcrita em parte com os ajustes de forma que entendi convenientes (peça 121):

“11. Assim, por envolverem questões regulatórias, em cumprimento ao Despacho retro mencionado, os presentes autos foram encaminhados a então Sefid-1 (atual SefidTransporte).

12. Os achados 3.2 e 3.7 foram apreciados por aquela Secretaria Especializada (Peças 84-86, 96-98 e 108-110).

13. Relativamente ao Achado 3.2 (falta de modicidade da tarifa portuária), a SefidTransporte entendeu que o problema descrito no Relatório de Fiscalização não era restrito ao Porto de Suape, mas decorria de falhas sistêmicas do sistema portuário brasileiro, propondo, então, considerar superada a questão.

14. No que tangencia o Achado 3.7 (indício de evasão fiscal), aquela Secretaria entendeu que os esclarecimentos prestados pelas entidades envolvidas não eram suficientes para afastar as possíveis irregularidades registradas pela fiscalização e sugeriu o envio de documentos à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Município de Ipojuca, para prosseguimento do feito.

15. Com isso, no presente processo, superadas as discussões envolvendo os Achados 3.2 e 3.7, resta à SecobEnergia avaliar as manifestações aduzidas pela Petrobras (Peças 56-69) e pelo Porto de Suape (Peça 77), relativamente ao Achado 3.3 (adiantamentos de pagamentos sem a previsão de garantias).

16. Ressalte-se que, mediante o Acórdão 888/2012-TCU-Plenário (peça 51), a relatoria destes autos passou a ser do Exmo. Sr. Ministro Augusto Nardes; ulteriores, tendo em vista sua nomeação para a presidência desta Corte de Contas, este processo está a cargo do Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler.

EXAME TÉCNICO

Achado 3.3. Realização de adiantamentos sem previsão de garantias no âmbito do Termo de Adiantamento de Tarifas celebrado entre a Petrobras, o Estado de Pernambuco e o Porto de Suape.

Dos registros consignados no Relatório de Fiscalização (peça 32)

17. *O contrato 0800.0000011.09-4 - TAT, ora debatido, foi firmado com vistas a operacionalizar a ampliação do Complexo Portuário de Suape. Segundo o aludido ajuste, a Petrobras adiantaria os recursos necessários ao Porto de Suape para a execução das obras portuárias, cabendo a esta entidade contratar, fiscalizar e executar tais serviços de engenharia.*

18. *Nestes termos, coube ao Porto de Suape executar todas as obras, licitando-as com base na Lei 8.666/1993, e efetuando os controles de cronogramas e de desembolsos.*

19. *As obras, a seu turno, foram divididas em dois grupos: aquelas destinadas a atender interesse específico da Petrobras e as demais, de uso compartilhado. As primeiras, em face dos direitos de exclusividade/preferência, seriam custeadas pela Petrobras, sem qualquer forma de ressarcimento posterior. As demais, por consignarem desígnios mútuos da Petrobras, do Governo do Estado de Pernambuco e do Porto de Suape, seriam compartilhadas entre os demais usuários, cabendo um ressarcimento à Petrobras por meio da prestação de serviços portuários.*

20. *Assim, por exemplo, as obras das dutovias, executadas para suportar as tubulações interligadas à Refinaria, e as obras no molhe, previstas especificamente para dar maior segurança na operação da Rnest, não teriam previsão de qualquer ressarcimento à Petrobras, por representarem interesses exclusivos da Estatal.*

21. *Outras obras, como as destinadas a ampliar a capacidade de movimentação de carga do porto, seriam custeadas pela Petrobras e executadas pelo Porto de Suape, mas seriam parcialmente ressarcidas à Estatal Petroleira por meio de serviços portuários. Para tanto, optou-se por um ressarcimento em créditos de toneladas a serem movimentadas sem o pagamento das tarifas concernentes.*

22. *Segundo o Relatório de Fiscalização (peça 32), porém, tal metodologia implicou adiantamento de recursos financeiros da Petrobras ao Porto de Suape, desencadeado por eventos não relacionados à efetiva execução contratual, e sem que fossem prestadas as devidas garantias. O Relatório expõe que, no caso das obras de dragagem e derrocagem do canal de acesso externo ao porto, a Petrobras liberou, em 10/12/2010, o montante de R\$ 40 milhões ao Porto de Suape em razão, apenas, da publicação do edital de licitação para contratação das obras. Assim, assevera a equipe de auditoria que houve liberação de recursos sem a correspondente prestação de serviço efetivo.*

23. *Vale dizer que esses serviços de dragagem e derrocagem não eram previstos no TAT originário (peça 62). Em razão da superveniente necessidade de aprofundamento do canal marítimo do porto, para compatibilizar as profundidades com os calados dos navios petroleiros que seriam utilizados pela Petrobras, os serviços citados foram incluídos na avença sob o item 2.4.1, por meio do Termo Aditivo 3 (peça 59, p. 5).*

24. *Informa o Relatório que, até o momento da finalização da auditoria (julho/2011), decorridos seis meses do adiantamento, os recursos continuavam em posse do Porto de Suape sem que qualquer serviço fosse executado. Sugeriu, então, que a Petrobras deveria ter condicionado a liberação de recursos a eventos que representassem o efetivo andamento das obras.*

25. *Na sequência, relata-se que a Rnest teria celebrado, em 11/7/2011, o Aditivo 4 ao TAT (peça 58), por meio do qual as partes chegaram ao entendimento de que as garantias contratuais previstas originalmente seriam ampliadas, de modo a suportar tanto as obras previstas no termo inicial (item 2.3.1), quanto às incluídas por meio do terceiro termo Aditivo (item 2.4.1).*

26. *No entanto, quando da análise do Aditivo 4 ao TAT (peça 32, p. 51), a Equipe Técnica concluiu que a irregularidade não poderia ser considerada plenamente saneada, tendo em vista que a garantia hipotecária oferecida ainda não existia de fato, pois não fora registrada em cartório. Além disso, nos moldes negociados, em função do atraso na contraprestação dos serviços pelo Porto de Suape, não teria havido a compensação dos rendimentos financeiros dos recursos adiantados. Por essas razões, foram propostas pela Equipe, na ocasião, oitivas e determinações:*

‘Quanto às hipotecas oferecidas em garantia por meio de escritura, resta aguardar que sejam devidamente registradas no cartório de imóveis para que os direitos reais sejam constituídos em nome da Rnest/Petrobras.

Além disso, há que se conferirem as informações relativas aos valores dos imóveis oferecidos em garantia. (...)

Em relação aos repasses sem correspondência com serviços efetivamente realizados, a questão se resolveu para o futuro, mas os rendimentos do passado permanecem indevidamente com Suape, haja vista que o disposto no item 6.1.5 não opera efeitos retroativos, como se vê no item 4.2 do Aditivo 4.

Como a garantia ainda não existe de fato, e não houve a recuperação dos rendimentos dos recursos repassados sem a contraprestação de serviço, a irregularidade não pode ser considerada plenamente saneada enquanto:

a) o TCU não receber as cópias das hipotecas e informações mais detalhadas sobre os valores dos imóveis hipotecados; e

b) o ressarcimento pelo adiantamento indevido (rendimentos do passado) não ocorrer.

Assim, propõe-se:

(i) promover oitiva da Petrobras, da RNEST, do Governo do Estado de Pernambuco e de Suape acerca do não ressarcimento por Suape dos valores que lhe foram antecipados indevidamente; e

(ii) determinar à estatal Suape que apresente, no prazo de 30 (trinta) dias, os registros das hipotecas oferecidas em garantia dos valores repassados sem ressarcimento, acompanhadas das ratificações das avaliações dos respectivos imóveis conforme previsto no item 2.2.4.1 do Termo de Adiantamento de Tarifas (peça 32, p. 51-52)’. (grifos acrescidos)

27. *O então Ministro-relator, em despacho (peça 37), acolheu as propostas de oitiva da Petrobras/Rnest e do Porto de Suape. Quanto à proposta de determinação, não obstante o Ministro-relator não a ter acolhido, impende notar que a Petrobras encaminhou ao TCU os registros das hipotecas oferecidas em garantia dos valores repassados sem ressarcimento, acompanhadas das ratificações das avaliações dos respectivos imóveis (Peça 68), conforme será tratado adiante.*

28. *Em 19/3/2012, por meio dos ofícios 127 e 128/2012-TCU/SECOB-3 (peças 39-40), promoveram-se as oitivas conforme determinado pelo Ministro-relator. Passa-se, então, a expor os principais argumentos aduzidos pelas partes. Insta observar, por oportuno, que esta Unidade Técnica, no bojo do próprio Relatório de Fiscalização, já se pronunciou conclusivamente sobre o achado de auditoria, entendendo que o mesmo estaria elidido com a apresentação dos registros cartorários das garantias, juntamente com a previsão de serem compensados os rendimentos financeiros dos valores recebidos antecipadamente e não utilizados pelo Porto de Suape.*

Da manifestação da Petrobras/Rnest

29. *Em sua resposta (peças 56-69), a Petrobras discorre sobre os tipos de garantias previstas no TAT e encaminha cópia do instrumento contratual (peça 62).*

30. *Sobre o desembolso dos R\$ 40 milhões para as obras de dragagem e derrocamento do canal de acesso, sem as devidas garantias, informa que firmou o Aditivo 4 (peça 58) incluindo no TAT*

a cláusula destinada a vincular as garantias de hipoteca às obras que seriam realizadas com recursos da Petrobras sem ressarcimento.

31. A seguir, elenca as providências adotadas para sanar as irregularidades, como segue:

i) foi firmado o Aditivo 5 (peças 57 e 63) de modo a deixar clara a intenção das partes de conferir efeitos retroativos das medidas inseridas a todos os repasses efetuados no bojo do TAT, desde sua assinatura;

ii) a hipoteca que garante todas as obras não ressarcíveis (incluída a obra de dragagem e derrocamento do canal de acesso) foi devidamente instituída, conforme registro da Escritura Pública de Constituição de Garantia Hipotecária (peça 68), com valor de R\$ 301.505.882,91, ou seja, superior ao montante das obras não ressarcíveis (aquelas destinadas exclusivamente à Petrobras), e duração de 25 anos (mesmo prazo do termo original do TAT, que prevê duração idêntica das garantias à vigência do Termo de Adiantamento de Tarifas);

iii) os imóveis hipotecados foram objeto de avaliação por empresa independente (peça 67), conforme previsto originalmente no TAT e que, de acordo com o referido laudo, os imóveis hipotecados alcançam o valor total de mercado de R\$ 314.500.000,00;

32. Entendendo que não bastaria a mera previsão de efeito retroativo à cláusula relativa à aplicação dos repasses, a Petrobras/Rnest diligenciou ao Porto de Suape (peça 64) a obtenção do valor da aplicação dos saldos dos repasses do TAT não utilizados por um período superior a trinta dias.

33. Relata que o Porto de Suape respondeu à sua diligência (peça 69), informando o saldo atualizado de aplicações financeiras de R\$ 1.859.117,25 (data abril/2012) e ressaltando que o valor incluía todos os rendimentos das aplicações financeiras, desde o fato gerador até a data de referência citada. Complementa que o cômputo das receitas auferidas seria obrigatoriamente utilizado a crédito do TAT e aplicado, exclusivamente, no seu objeto.

34. Frisa que todos os repasses futuros já previam o escalonamento com o andamento físico da obra, tal como aventado pela Equipe Técnica no relatório de auditoria.

35. Por fim, encaminha cópias do TAT, dos Aditivos 1 a 5 e da escritura pública de constituição de garantia hipotecária com os respectivos registros dos direitos reais nas matrículas dos imóveis em nome da Petrobras/Rnest.

Da Manifestação do Porto de Suape

36. Em sua manifestação (peça 77), o Porto de Suape inicialmente discorre sobre o conteúdo do Termo de Adiantamento de Tarifas (TAT).

37. Especificamente quanto às garantias contratuais, informa que em 11/7/2011 foi celebrado o Aditivo 4 ao TAT, com a finalidade de ratificar a intenção das partes e tornar mais clara a redação das cláusulas do documento, notadamente aquelas assecuratórias do cumprimento do seu objeto.

38. Informa que em 1/12/2011 foi celebrado o Aditivo 5, com o objetivo de deixar explicitada a obrigatoria remuneração dos valores antecipados e não utilizados anteriormente à assinatura do Aditivo 4. Ainda, que em obediência às prescrições do TAT e seus Aditivos, o Porto de Suape vem emitindo notas promissórias para viabilizar o repasse de cada parcela de valores passíveis de compensação futura.

39. Adicionalmente, comunica que foi emitida escritura pública de constituição de garantia hipotecária de terrenos no Complexo de Suape (Engenho Rosário, Engenho Setúbal, Engenho Jasmim, Engenho Nazaré), registrada no 6º Ofício de Recife, no montante de R\$ 314.553.500,00.

40. *Cita a conclusão da Equipe Técnica, quando da análise do Aditivo 4, e expõe que a situação está saneada com a apresentação da garantia hipotecária registrada em cartório e, adicionalmente, com a previsão de ressarcimento dos rendimentos de aplicação dos valores recebidos e não utilizados por Suape, determinados pelos citados Aditivos 4 e 5.*

Análise das Manifestações

41. *A Equipe Técnica, ao abordar o indício de irregularidade de adiantamentos ao Porto de Suape sem a previsão de garantias, concluiu que não se poderia considerar plenamente saneada a situação enquanto: (a) o TCU não recebesse as cópias registradas das hipotecas e informações detalhadas sobre os valores dos imóveis hipotecados; e (b) o ressarcimento pelo adiantamento indevido (rendimentos do passado) não ocorresse.*

42. *De acordo com as cláusulas 2.2.4 e 2.2.5 do contrato 0800.0000011.09-4, foram previstos, respectivamente, dois tipos de garantia:*

i) garantia real (hipoteca ou penhor): para as obras cujos valores adiantados não seriam objeto de compensação futura (obras em que os valores repassados pela Petrobras não seriam ressarcidos por meios dos descontos nas tarifas portuárias, chamadas de obras não ressarcíveis); e

ii) garantia fidejussória (notas promissórias): para as obras cujo valor adiantado seriam objeto de compensação futura (obras ressarcíveis).

43. *Quanto às garantias hipotecárias, verifica-se que o Aditivo 4 (peça 58) reforçou a vinculação das garantias de hipoteca às obras sem ressarcimento, realizadas com recursos da Petrobras/Rnest, ao incluir no TAT a cláusula 2.2.4.3.*

44. *Verifica-se, ainda, que em 23/11/2011 a escritura pública de constituição da garantia (peça 68) foi devidamente registrada no cartório de registro de imóveis, estando os direitos reais desses bens em nome da Petrobras/Rnest.*

45. *Em relação ao valor da garantia, conforme consta da escritura, a hipoteca é de R\$ 301.505.882,91, correspondendo a cerca de 65% do valor total das obras previstas no item 5.1.1 do TAT (R\$ 463.885.204,49, conforme Aditivo 3). A seguir transcreve-se trecho da escritura para melhor entendimento da questão:*

'7º) Que, conforme o item 2.2.4 e 2.2.4.3, em razão de tais obrigações, SUAPE assumiu o dever de instituir hipoteca ou penhor sobre bens não afetados cujo valor de avaliação fosse equivalente a 65% (sessenta e cinco por cento) daquele previsto no item 5.1.1 do TERMO, o qual totaliza o valor de R\$ 301.505.882,91;

(...)

10º) Que, em garantia ao adimplemento total das obrigações assumidas nos itens 2.3.1 e 2.4.1 do TERMO, no valor de R\$ 301.505.882,91, na forma dos itens 2.2.4 e 2.2.4.3 do TERMO, SUAPE dá em hipoteca, em favor da REFINARIA, os imóveis a seguir constituídos: 1 – Engenho Nazaré, com área de 270 ha; 2 – Engenho Setúbal, com área de 504 ha; 3 – Engenho Rosário, com área de 109 ha; 4 – Engenho Jasmim, com área de 114 ha, totalizando uma área de 997 ha. (valores por extenso e dados cartoriais dos imóveis suprimidos)'

46. *Quanto ao valor dos imóveis hipotecados, a avaliação elaborada pela empresa Caldas Acosta Engenheiros Associados (peça 67) atesta que os valores de mercado desses imóveis perfazem um total de R\$ 314.500.000,00, o que equivaleria a R\$ 31,55/m².*

47. *No entanto, no Relatório de Fiscalização, a Equipe Técnica noticia que um imóvel contíguo ao Engenho Setubal teve, em processo de desapropriação, suas terras avaliadas em R\$ 55mil/ha ou R\$ 5,5/m² (Peça 32, p. 51). Ou seja, o metro quadrado dos terrenos hipotecados, na*

avaliação feita pela Petrobras, representaria quase seis vezes o valor equivalente desse outro imóvel, estimado em processo de desapropriação.

48. Caso se confirmasse que houve uma sobreavaliação dos imóveis dados em garantia, não se poderia falar em prejuízo à Petrobras/Rnest, mas em exposição elevada a risco, dado que, acaso fosse necessário executar a garantia, o valor apurado seria insuficiente para cobrir todos os adiantamentos somados.

49. A Estatal menciona, na resposta à oitiva, que o valor da hipoteca é superior ao montante das obras não ressarcíveis (aquelas destinadas exclusivamente à Petrobras) que restavam a ser realizadas, mas sem citar o montante. Portanto, desconhecendo-se o saldo de obras ainda por realizar não há como considerar válido o argumento.

50. Entretanto, pode-se fazer uma análise das garantias a partir das parcelas adiantadas. Está previsto no TAT que os recursos seriam repassados para o Porto de Suape parceladamente, o que permitiria a interrupção dos repasses e a execução das garantias pela Petrobras/Rnest, caso ocorressem problemas de execução, como disposto no Anexo 2 do Aditivo 3 (peça 59):

‘ANEXO 2

CRITÉRIOS PARA A MEDICÃO

1.1 - Verificado pela PETROBRAS o cumprimento integral de uma das etapas descritas nas Tabelas abaixo será efetuado no prazo de até 30(trinta) dias o repasse do valor equivalente ao respectivo percentual indicado;

1.2 - Os repasses serão operacionalizados pela PETROBRAS mediante crédito em conta corrente em nome de SUAPE - COMPLEXO INDUSTRIALPORTUARIO GOVERNADOR ERALDO GUEIROS. Banco Real nº 356 - Agência Ipojuca nº 1.041 - Conta Corrente nº 2.006.796-0;

1.2.1 - Nenhum repasse a SUAPE será processado sem que tenha sido previamente comprovada a execução da etapa anterior;

1.2.2 - O comprovante de depósito bancário valerá como prova de quitação da respectiva parcela repassada pela PETROBRAS;

1.3 - A medição das obras executadas e os valores a serem repassados pela PETROBRAS estarão condicionados à execução das etapas discriminadas nas tabelas 1, 2 e 3 deste anexo’. (grifos acrescidos)

51. Neste sentido, compulsando as tabelas do Aditivo 3 (Peça 59, pp. 13-15), verifica-se que a maior quantia atrelada a parcela não ressarcível é a relativa aos serviços de derrocagem e dragagem do canal de acesso, no valor de R\$ 42 milhões.

52. Mesmo se fosse considerado que o valor de mercado dos terrenos é R\$ 5,5/m² (como sugerido pela equipe de auditoria), em vez de R\$ 31,55/m² (como avaliado pela Petrobras), o valor total dos imóveis atingiria algo em torno de R\$ 55 milhões (=R\$ 5,5/m² x 9.970.000 m²). Isto é, mesmo se a avaliação promovida pela Petrobras estivesse superdimensionada, ainda assim o total assegurado seria maior que a maior parcela de adiantamento relativos às obras sem ressarcimento (R\$ 42 milhões) e que careceriam, eventualmente, da execução da hipoteca. Logo, reputa-se que as garantias hipotecárias firmadas são suficientes para cobrir os adiantamentos.

53. Portanto, diante da constatação de que as hipotecas foram registradas e que o valor de mercado dos imóveis é superior, no mínimo, às parcelas dos recursos repassados para as obras não ressarcíveis, conclui-se pela existência de garantias suficientes para abarcar os adiantamentos previstos em contrato, podendo-se considerar que a questão das garantias hipotecárias está saneada.

54. *Em relação aos rendimentos financeiros dos valores adiantados, auferidos a partir dos R\$ 40 milhões já repassados sem contraprestação do Porto de Suape, a Equipe Técnica apontou que esses rendimentos deveriam ser ressarcidos à Petrobras.*

55. *Sobre esse ponto, foi observado que Petrobras/Rnest e Porto de Suape consignaram no Aditivo 4 que os saldos dos repasses, enquanto não utilizados, deveriam ser aplicados em fundo de aplicação financeira e que as receitas auferidas deveriam ser utilizadas exclusivamente no objeto do TAT. No Aditivo 5 (peças 57 e 63), assentaram que a obrigatoriedade de constituir aplicações financeiras enquanto os repasses não forem utilizados abrangeria todos os adiantamentos efetuados desde a assinatura do TAT. Ou seja, os R\$ 40 milhões que a Estatal liberou em 10/12/2010 estariam abarcados.*

56. *Assim, com a previsão de que todos os recursos repassados, enquanto não utilizados, devem ser aplicados em um fundo e que as receitas auferidas devem ser utilizadas exclusivamente no objeto do TAT, ou seja, revertidas para as obras, entende-se não ser necessária a devolução dos rendimentos à Petrobras.*

57. *Quanto à ponderação da Equipe Técnica de que a Petrobras não deveria ter liberado os R\$ 40 milhões apenas com a publicação do edital e que deveria ter condicionado a liberação de recursos a eventos que representassem o efetivo andamento das obras, de fato, entende-se que esse condicionamento é o mais adequado à gestão de qualquer obra.*

58. *Porém, há situações em que o condicionamento da liberação dos pagamentos à efetiva execução dos serviços contratados, sem salvaguarda, não se mostra adequado. Exemplo clássico da literatura é o caso em que há fabricação e fornecimento de equipamentos de monta relevante no contrato de execução de uma obra.*

59. *Neste caso, a antecipação de parte do pagamento é permitida, mas deve ser lastreada por garantias de que o serviço será executado ou que os recursos antecipados possam ser ressarcidos em caso diverso, de modo que o contratante possa dar seguimento à obra. É o que prevê o artigo 38 do Decreto Federal 93.872/1986:*

‘Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta’. (grifos acrescidos)

60. *Já no caso em comento, os eventos “publicação de edital” e “assinatura de contrato” são marcos que não correspondem à execução efetiva de serviços, fabricação de equipamentos ou fornecimento de materiais e, portanto, não atendem ao preconizado no artigo 38 do Decreto Federal 93.872/1986.*

61. *A Equipe Técnica considerou a questão como sendo uma espécie de empréstimo e doação com encargos:*

(...) a parcela de recursos repassados pela RNEST para SUAPE com compensação pode ser vista como um empréstimo, concedido pela Petrobras, com taxas de juros inferiores à normalmente utilizada pelo mercado financeiro (...).

Essa liberalidade da PETROBRAS justifica-se, em tese, pela importância que a obra do porto tem para a rentabilidade da refinaria. Sendo assim, a PETROBRAS deveria ter condicionado a liberação de recursos a eventos que representassem o efetivo andamento das obras, o que de fato não ocorreu.

A esse respeito, o Setor de Finanças da PETROBRAS assim se manifestou (DIP FINANÇAS 194/2008, de 13/08/2008):

"3. A área de FINANÇAS, em articulação com o PLAFIN, concluiu que o contrato em questão pode ser entendido como uma operação de crédito e definiu que a taxa de desconto para valorar o fluxo de caixa dessa operação deveria ser de 10,5% reais, referente à taxa Selic nominal (13%) acrescida de spread de 2,0% relativa ao risco de crédito do Estado de Pernambuco e decrescida da taxa de inflação de longo prazo (4,5%).(...)

"6. Sugerimos que os desembolsos da PETROBRAS para SUAPE ao longo da obra, sejam escalonados de forma a melhor refletir o andamento físico das obras, de modo a reduzir o risco de exposição da PETROBRAS." (grifos acrescidos)

62. Como se vê, a sugestão da área de finanças da Petrobras (trecho grifado), datada de 2008, não foi seguida pela Companhia na formalização do TAT.

63. Entretanto, a questão não se afeiçoa tão simples, pois os adiantamentos efetuados pela Petrobras/Rnest não se destinaram aos contratados para execução das obras, mas ao Porto de Suape, a quem, de acordo com o TAT, competia contratar, fiscalizar e executar as obras portuárias.

64. Muito embora a Petrobras não tenha estipulado que os desembolsos devam refletir o andamento físico das obras, como orientado pelo Jurídico da Estatal, não se visualiza, no caso concreto, inobservância direta de preceito legal ou indício de prejuízos advindos dessa medida, tendo em vista que os recursos não foram adiantados às empresas executoras das obras, mas ao Porto de Suape, e foram acompanhados das já discutidas garantias.

65. Por tal medida, entende-se que a situação arguida encontra-se superada.

Conclusão do Exame Técnico

66. A documentação acostada aos autos comprova que os repasses ao Porto de Suape possuem as devidas garantias.

67. As hipotecas foram registradas e o valor de mercado dos imóveis é superior ao montante dos recursos repassados para as obras não ressarcíveis, havendo garantias suficientes para abarcar os adiantamentos previstos nas parcelas do contrato. Considera-se, então, que a questão das garantias hipotecárias está saneada.

68. Em relação aos rendimentos do passado, auferidos com os recursos adiantados sem contraprestação, entende-se não ser necessária sua devolução à Petrobras, como sugerido pela equipe técnica. Tendo em vista a inclusão no TAT, por meio dos Aditivos 4 e 5, de dispositivos que determinam, com eficácia retroativa, a aplicação de todos os recursos repassados em fundos de investimento e que as receitas auferidas sejam utilizadas exclusivamente no objeto do TAT, entende-se superada a questão.

69. Conclui-se que os esclarecimentos prestados, os documentos apresentados e as providências tomadas pela Petrobras/Rnest e pelo Porto de Suape regularizam a situação, podendo-se considerar elidido o indício de irregularidade 3.3 (realização de adiantamentos ao Porto de Suape sem a previsão de garantias) no contrato 0800.0000011.09-4.

BENEFÍCIOS DAS AÇÕES DE CONTROLE EXTERNO

70. Entre os benefícios do exame deste processo de fiscalização pode-se mencionar a melhoria imediata na gestão da Companhia pelo conhecimento das inadequações constatadas, além de benefícios futuros em outras contratações, em especial quanto à exigência de garantias suficientes para resguardar a Estatal de eventuais pagamentos antecipados e reduzir a exposição da Companhia a riscos. Ainda, maior segurança jurídica advinda de aperfeiçoamentos promovidos nos futuros Termos de Adiantamento de Tarifas (TAT) que a Estatal porventura vier a firmar.

CONCLUSÃO

71. *O exame do contrato 0800.0000011.09-4-TAT produziu três achados de auditoria, itens 3.2, 3.3 e 3.7 do Relatório de Fiscalização.*
72. *O achado 3.2 diz respeito à falta de modicidade da tarifa portuária acordada entre a Rnest e o Porto de Suape. O achado 3.3 refere-se à realização de adiantamentos ao Porto de Suape sem a previsão de garantias. E o achado 3.7 cuida de indício de evasão fiscal.*
73. *Os achados 3.2 e 3.7 foram apreciados pela Sefid, não tendo sido objeto de qualquer observação na presente instrução.*
74. *Neste expediente foram analisadas apenas as respostas às oitivas promovidas em cumprimento a despacho do Ministro-relator a respeito de achado 3.3, que tratou de indício de realização de pagamentos da Petrobras/Rnest ao Porto de Suape sem as devidas garantias (item 3.3 do Relatório de Fiscalização).*
75. *Verificou-se que a escritura de garantia hipotecária foi registrada no devido cartório de registros. Constatou-se, também, que o valor de mercado dos imóveis dados em garantia é superior ao montante dos recursos repassados para as obras não ressarcíveis, havendo garantias suficientes para abarcar as parcelas dos adiantamentos previstos em contrato, podendo-se considerar que a questão das garantias hipotecárias está saneada.*
76. *Em relação aos rendimentos do passado, entendeu-se não ser necessária a devolução dos rendimentos, haja vista a previsão de que todos os recursos repassados, enquanto não utilizados, devem ser aplicados em fundo e que as receitas auferidas devem ser revertidas para as obras.*
77. *Além de responder tempestivamente às oitivas, a Petrobras e o Porto de Suape adotaram providências no sentido de sanear os apontamentos feitos pela Equipe Técnica e a documentação acostada aos autos comprova que os repasses ao Porto de Suape possuem as devidas garantias.*
78. *Desta forma, considera-se elidido o indício de irregularidade constante do Achado 3.3.*
79. *Quanto aos demais indícios de irregularidade (3.2 e 3.7), as principais conclusões da SefidTransporte foram no sentido de que:*
- i) não adotar encaminhamentos específicos quanto ao achado 3.2, tendo em vista que o Tribunal, mediante o Acórdão 1.904/2009-TCU-Plenário, já determinou que a Antaq (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) realizasse estudos com vistas a estabelecer regras claras para a revisão e o reajuste das tarifas portuárias, sendo que o acompanhamento das medidas tomadas pela Agência para o cumprimento daquele decisum está sendo feito pela SefidTransporte no âmbito do TC 018.516/2010-6;*
 - ii) os esclarecimentos apresentados pela Antaq não foram suficientes para afastar as possíveis irregularidades apresentadas no achado 3.7 (indícios de sonegação fiscal), devendo-se, em consonância com a Equipe Técnica da SecobEnergia, encaminhar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Município de Ipojuca cópia do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, acrescentando à proposta original da SecobEnergia o envio de cópia da instrução da SefidTransporte (peça 108) e do item 3.7 do relatório de auditoria (peça 32, parte da p. 68 e p. 69-71).*
80. *Quando do envio das cópias deve-se atentar que a numeração das páginas citadas pela Sefid corresponde àquelas do arquivo em formato “pdf” e que a cópia da página 68 não deve conter as informações anteriores ao item 3.7 - Indício de evasão fiscal (parte da p. 68), por se tratar de informações relativas a outro indício de irregularidade.*
81. *Desta forma, será transcrita a proposta de encaminhamento da Sefid, com ajuste na numeração das páginas a serem enviadas, devendo-se valer das peças 84, 96 e 108 para maiores informações.*

82. Ante ao exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo seu encaminhamento ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro Benjamin Zymler com as seguintes propostas:

82.1. considerar elidido o indício de irregularidade de realização de adiantamentos sem previsão de garantias no âmbito do Termo de Adiantamento de Tarifas celebrado entre a Petrobras, o Estado de Pernambuco e o Porto de Suape, contrato 0800.0000011.09-4;

82.2. encaminhar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Prefeitura de Ipojuca cópia do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, bem assim da instrução da Sefid (peça 108) e do item 3.7 do relatório de auditoria (peça 32, parte da p. 68 e p. 69-71);

82.3. arquivar os presentes autos, com fundamento no art. 250, inciso I, do Regimento Interno do TCU, depois de cumpridas as comunicações processuais pertinentes.”

13. O corpo diretivo da SecobEnergia anuiu o referido encaminhamento (peças 122 e 123).

14. Submetidos os autos ao meu descortino, manifestei-me da seguinte forma (peça 134):

“10. Com relação ao assunto, compreendo que a instrução anterior não abordou a questão fulcral apontada originalmente pela equipe de auditoria: a cobrança da tarifa da tabela 3, destinada à utilização da infraestrutura terrestre do porto, embora a movimentação de carga da RNEST se desse por meio de tubovias, que segundo a SecobEnerg integravam o ativo imobilizado da RNEST, e não houvesse o uso de boa parte das instalações terrestres existentes no Porto.

11. Conquanto a SefidTransporte tenha aduzido que a propriedade do píer continuava sendo de Suape, não houve qualquer manifestação da unidade técnica acerca da situação patrimonial das tubovias nem a análise da repercussão de tal fato sobre a adequação ou não da cobrança de tarifa destinada à utilização da infraestrutura terrestre do porto.

12. Conforme as cláusulas segunda, item 2.3, alínea “a”, e quinta, do Contrato 8500.0000011.09-4, o Estado assumiria a obrigação de construir as tubovias destinadas ao transporte do petróleo, utilizando recursos da Petrobras, sem qualquer ressarcimento posterior por parte de Suape (peça 13, p. 5).

13. Ou seja, a empresa pública arcaria com os custos da construção da referida infraestrutura e receberia em troca a cessão de direito de uso exclusivo das tubovias, pelo prazo 25 (vinte e cinco) anos, a teor do item 2.29 da cláusula segunda da avença.

14. Do exposto, infere-se que a infraestrutura mencionada pertenceria, de fato, ao Porto de Suape, porém, foi onerosamente cedida à refinaria durante o prazo citado. Todavia, tal informação colide com o apurado inicialmente pela SecobEnerg, que informou que tais bens integravam o ativo imobilizado da RNEST.

15. Nesse contexto, **determino** o retorno dos autos à SefidTransporte para que, previamente ao deslinde da matéria, averigue a situação patrimonial das tubovias, à luz das disposições do Contrato 8500.0000011.09-4, realizando as diligências que entender cabíveis.

16. Ademais, julgo necessário que a unidade técnica reavalie:

a) a adequação da cobrança da tarifa 3 por parte de Suape junto à RNEST, considerando que houve a cessão onerosa do direito de uso exclusivo das tubovias à Petrobras, pelo prazo supramencionado, e o correspondente pagamento de tal direito por parte desta empresa pública;

b) em que medida a cobrança da tarifa 3, caso cabível, deveria ocorrer em seu valor cheio, considerando que a Petrobras, além de cessionária do direito de uso da tubovias, supostamente não utilizará, como os demais usuários do porto, as instalações de armazenagem e demais utilidades existentes no Porto;

c) *caso indevida a cobrança da tarifa 3, quais as medidas processuais cabíveis no âmbito desta Corte de Contas, no que se refere ao controle objetivo e subjetivo.*

17. *Por fim, **determino** que a SefidTransporte promova a oitiva da Petrobras, do Estado de Pernambuco e de Suape acerca do achado 3.2 do relatório de fiscalização, encaminhando, em anexo aos ofícios, cópia do presente despacho e do excerto do relatório que trata do aludido item.”*

15. Na sequência, a SefidTransporte realizou nova diligência à Antaq e promoveu a oitiva da Petrobras, do Estado de Pernambuco e de Suape, nos termos do despacho supramencionado.

16. Após as respostas dos interessados, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária, atualmente denominada SeinfraPortoFerrovia, assumiu a responsabilidade pela instrução da matéria e elaborou a seguinte análise, transcrita parcialmente na sequência (peça 217):

“26. *A seguir serão analisadas as informações prestadas em resposta às diligências e oitivas realizadas por esta Corte.*

Ofícios 0644/2014-TCU/SefidTransporte (peça 150), de 29/12/2014, 038/2014-TCU/SefidTransporte (peça 151), de 19/12/2014, e 040/2014-TCU/SefidTransporte (peça 153), de 18/12/2014

[diligência Petrobras e Suape (item a)] Sobre a situação patrimonial das tubovias, esclarecendo a empresa cujo balanço patrimonial contém seu registro, a conta contábil em que está incluída e como será o seu registro/baixa em cada uma das duas empresas após o transcurso dos 25 anos de exclusividade de uso concedidos à Petrobras;

Resposta Petrobras (peça 179)

27. *Acerca das obras a serem financiadas com os recursos de adiantamento, esclarece a estatal que as obras de uso coletivo devem ser passíveis de ressarcimento e as obras associadas a demandas específicas da Petrobras não são passíveis de ressarcimento.*

28. *As obras com ressarcimento (instalações de utilização coletiva) serão compensadas ao longo de 25 anos e se referem ao Píer Petroleiro (PGL-3), dragagem da bacia de evolução, sinalização, melhorias no porto, express way, rodovias de contorno, reforço dos cabeços.*

29. *As obras sem ressarcimento (demandas da Petrobras com exclusividade ou preferência) referem-se ao prolongamento do molhe que a Petrobras terá o direito de preferência de uso e prioridade de atracação no Píer PGL 3A e 3B; tubovia, engordamento e reforço do molhe que a Petrobras terá o direito de exclusividade no acesso à tubovia; e, dragagem do canal de acesso que a Petrobras terá o direito de preferência na sua utilização.*

30. *As obras da tubovia, engordamento e reforço do molhe, segundo a estatal, são um conjunto de obras de interesse específico dela e indispensáveis para a instalação das tubulações da refinaria e não serão ressarcidas. Como contrapartida Suape se obriga a conceder pelo prazo de duração do TAT exclusividade no acesso à tubovia.*

31. *Os gastos dos recursos não ressarcíveis estão reconhecidos na conta contábil da Petrobras 1302710002, na rubrica ativos intangíveis. A Petrobras informa, por fim, que essas instalações entraram em uso em setembro de 2014 quando passou a usufruir dos referidos direitos de exclusividade no acesso à tubovia. A amortização está sendo realizada a partir desse mês em conta de resultado da Petrobras (conta contábil 3405000005) e se estenderá até o termo contratual quando deverão estar totalmente amortizados conforme cláusula 3.2 do TAT.*

Resposta Suape (peça 189)

32. *A resposta de Suape encontra-se na peça 189. Segunda essa empresa, a afirmação do Ministro-Relator em seu despacho (peça 134) de que “a infraestrutura mencionada pertencia, de fato ao Porto de Suape, porém, foi onerosamente cedida à refinaria durante o prazo citado, todavia, tal*

informação colide como o apurado inicialmente pela SecobEnergia, que informou que tais bens integram o ativo imobilizado da Rnest”, pode ter sido acometida de um equívoco quanto aos ativos identificados.

33. Suape contabiliza em seu balanço a infraestrutura da tubovia, ao passo que a Petrobras, provavelmente, tem contabilizado em seu ativo o direito imaterial de exclusividade sobre tal estrutura de passagem, bem como, a tubulação sobre esta instalada. Segundo as informações prestadas, esses ativos não se confundem.

34. Suape traz em continuidade às informações prestadas, excerto do 3º instrumento aditivo do Termo de Adiantamento de Tarifas que consigna a especificação da tubovia. Segundo esse aditivo:

‘4. Tubovia, engordamento interno do molhe para criação de faixa de servidão para tubulações e reforço externo do molhe - compreende a criação de faixa de servidão ao longo do molhe principal do Porto Externo de SUAPE, que viabilize a passagem das tubulações de produtos (petróleo e derivados) e serviços (água de lastro, energia, água potável, ar comprimido, etc.), que farão a interligação entre o PGL-03 e a unidade de refino à retaguarda; e o reforço compreende o reparo de 5 pontos da face externa localizados ao longo da extensão do molhe, em que há necessidade de reconstrução da armadura principal (carapaça) da seção transversal avariada pela ação das ondas’.

35. Suape ressalta que do transcrito acima está claro, sem maiores dificuldades, que apenas os itens detalhados - faixa de servidão e infraestrutura ao longo do molhe principal do Porto Externo de SUAPE, que viabilize a passagem das tubulações de produtos e serviços que farão a interligação entre o PGL-3 e a unidade de refino à retaguarda – são os que compõem o ativo imobilizado do Porto. Os tubos, propriamente ditos, bem como o direito de exclusividade atribuído à Rnest, devem ser contabilizados no ativo do operador portuário.

36. Destaca, por fim, que o parágrafo único do art. 55, da Resolução Antaq 2.240/2011, prevê a possibilidade de os equipamentos e instalações serem revertidos ao patrimônio do porto, ao final do período contratual, mediante as condições estabelecidas na referida norma.

Análise Técnica Conjunta

37. Os recursos do adiantamento firmado no TAT estavam previstos para serem utilizados por Suape na construção de diversas obras e na realização de diversos serviços no Porto de Suape. Uma parte destinada a atender especificamente à Petrobras, de interesse para a refinaria, outra para adequar o porto às necessidades da Petrobras, mas que servirá também para outros usuários do porto.

38. As obras previstas no TAT, conforme cláusula 5ª - Do Valor do Adiantamento e da Forma de Compensação (peça 13, p. 7-8), foram divididas, então, em dois grupos: um grupo prevê o ressarcimento no adiantamento dos recursos e o outro não prevê. Nesse primeiro momento o valor total estimado para os dois grupos foi de R\$ 475,70 milhões (R\$ 310,26 milhões com compensação de tarifas, R\$ 165,44 milhões sem compensação de tarifas). O Aditivo 3 ao TAT (peça 20, p. 11) elevou esse valor para R\$ 829,30 milhões (R\$ 463,86 milhões com compensação de tarifas, R\$ 365,44 milhões sem compensação de tarifas).

39. Abaixo segue quadro a título de visualização das obras e serviços prestados com e sem ressarcimento via compensação de tarifas definidos no TAT e no Aditivo 3 ao TAT:

ESTIMATIVA CUSTO DOS INVESTIMENTOS	
ITENS COM RESSARCIMENTO	R\$ milhões
Dragagem da bacia de evolução	53,73
Pier petroleiro PGL3	79,06
Aditivo 3 pier	26,40

<i>Melhoramento da via de acesso ao píer</i>	2,35
<i>Sinalização náutica</i>	3,04
<i>Serviços preliminares</i>	21,79
<i>Diversos – Infraestrutura</i>	17,63
<i>Fiscalização/Gerenciamento das obras</i>	10,29
<i>Variante de acesso à Suape (Express Way)</i>	122,38
<i>Aditivo 3 Express Way</i>	22,33
<i>Reforço dos cabeços</i>	65,00
<i>Duplicação de rodovias do contorno</i>	39,86
<i>SUBTOTAL</i>	463,86

<i>ITENS SEM RESSARCIMENTO</i>	<i>R\$ milhões</i>
<i>Prolongamento do molhe</i>	65,83
<i>Tubovia, engordamento e reforço do molhe</i>	99,61
<i>Dragagem do canal de Acesso</i>	200,00
<i>SUBTOTAL</i>	365,44

<i>TOTAL</i>	829,30
---------------------	---------------

Fonte: Peça 20, Página 11

40. Os itens de interesse específico para a Petrobras (engordamento e reforço do molhe) não seriam ressarcidos via desconto nas tarifas do porto, mas seria dada exclusividade e preferência inclusive com servidão de passagem. As obras de melhoramento do porto (prolongamento do molhe e dragagem do canal de acesso), ainda que destinadas quase exclusivamente, num primeiro momento, aos interesses da Petrobras, também não seriam objeto de ressarcimento.

41. Além dessas obras e serviços, objetos do adiantamento de recursos pela Petrobras, ainda há investimentos da Petrobras para a consecução do transporte dos produtos para a refinaria, ou seja, do porto à refinaria e da refinaria ao porto, que são as tubulações instaladas pela Petrobras na infraestrutura construída para esse fim que não sofrerá ressarcimento, constituindo-se na tubovia.

42. A tubovia, segundo Suape e prevista no TAT, consiste numa estrutura de concreto (vide figura abaixo), suportada por estacas cravadas no fundo do mar, que se assemelha a um viaduto construído no mar por SUAPE, com recursos do adiantamento, construção que constitui um ativo de Suape, responsável pelo custo de conservação e manutenção ao longo dos anos.

Figura 1 - Vista aérea da tubovia



Foto 1 – vista aérea da TUBOVIA

Fonte: peça 179, p. 11.

43. Sobre essa tubovia foram instaladas pela Petrobras as tubulações compreendendo 9 linhas de dutos: 10" Ácido Sulfúrico; 46" Petróleo; 24" OCREF/GOPK; 24" Diesel S-500; 24" Diesel S-10; 20" Nafta; 12" Diluente; 6" Água Potável; e 10" Slop. A Petrobras é a responsável pelo custo de manutenção e operação dessas tubulações.

44. Adentrando no aspecto contábil desses ativos, os investimentos em itens sem desconto via tarifa do porto (prolongamento do molhe, tubovia, engordamento e reforço do molhe, e dragagem do canal de acesso), considerados itens não ressarcíveis, de interesse exclusivo da Petrobras, são reconhecidos pela Petrobras na conta contábil 1302710002, na rubrica ativos intangíveis. Essas instalações, segundo a estatal, entraram em uso em setembro de 2014 quando iniciou-se sua amortização em conta de resultado, conta contábil 3405000005, e se estenderá até o termo contratual quando deverão estar totalmente amortizados conforme cláusula 3.2 do TAT.

45. Suape por seu turno, reconhece em seu balanço os ativos construídos com recursos adiantados pela Petrobras sem ressarcimento em conta de ativo imobilizado a título de infraestrutura construída. A estatal não detalhou a conta contábil e a forma de evidenciação dessas informações em seu balanço.

46. Ante as informações conclui-se que a tubovia, ao contrário do que afirmado pela então SecobEnergia, integra o ativo imobilizado do Porto de Suape e não da Rnest. Por sua vez, o valor repassado pela Petrobras para a construção é considerado um ativo intangível e será amortizado pela empresa durante os 25 anos em que terá exclusividade na sua utilização.

[diligência Petrobras e Suape (item b)] Se houve tratativas entre Suape e Petrobras para concessão de desconto nas tarifas portuárias, com informações a respeito dos resultados delas advindos.

Resposta Petrobras (peça 179)

47. Esclarece a estatal que os valores adiantados pela mesma, por meio do pagamento antecipado de tarifas portuárias, a serem compensadas durante as operações com petróleo e produtos

da Rnest nas instalações do Porto de Suape, estão formalizados e sistematizados nos dispositivos do TAT.

48. Utilizando-se dos valores de tarifas previstos nas Tabelas 1, 2 e 3 do Porto de Suape, a Petrobras informa esta Corte que a sistemática de cálculo se baseou na Tarifa (P), Quantidade (Q), Taxa de Desconto (TX) e Investimento (INV). Segundo a estatal, uma vez definidos o valor do investimento (INV), a taxa de desconto (TX), o volume movimentado (Q) e o preço da tarifa (P), elaborou-se o fluxo de caixa descontado da operação.

49. Segundo a estatal, para essa avaliação econômica do TAT foi considerado o valor vigente à época da tarifa portuária (tabelas 1, 2 e 3), no valor fixo de R\$ 3,98, mantido constante ao longo do período de tempo para ocorrer o ressarcimento (25 anos). O resultado do Valor Presente Líquido (VPL) encontrado foi igual a zero. Desta forma, considerando-se 25 anos e multiplicando-se esta quantidade de anos pela movimentação anual prevista, determinou-se a quantidade física a ser movimentada pela Petrobras, para o ressarcimento dos valores antecipados, ficando assegurado que eventuais variações financeiras no valor das tarifas e/ou na economia não afetariam os resultados da negociação, tendo em vista que a mesma foi baseada nas quantidades movimentadas.

Resposta Suape (peça 189)

50. Segundo Suape, houve tratativas entre o Porto e a Petrobras antes do início das operações do PGL-3 A e B que culminaram na celebração do Termo aditivo 7, quando foi definida a aplicação de desconto para a compensação dos créditos de 65% das toneladas, conforme previsto nos anexos a este instrumento aditivo.

Análise Técnica Conjunta

51. A negociação do TAT envolveu, entre outros, muitos aspectos técnicos, legais e econômicos, isso advém das informações prestadas pelas partes e constantes dos autos. Não houve, especificamente, nenhuma informação associada a eventual negociação de desconto nas tarifas praticadas no Porto de Suape.

52. Provavelmente, como será visto mais detalhadamente adiante, por se tratar de preços públicos praticados para todos os operadores portuários em Suape, a Petrobras não cogitou alterar a tabela de tarifa do porto em favor dela, assumindo que o preço público era uma variável fixa do modelo, sendo assim, imutável.

53. Entretanto, há farta demonstração da metodologia de cálculo para o ressarcimento dos valores adiantados pela Petrobras, baseada em fluxo de caixa descontado a uma taxa de juros real de 8,65% a.a., bem como a forma de faturamento e da aplicação do percentual de desconto, especificamente no Termo Aditivo nº 7 (peça 179, p. 17-21), especialmente em atenção às indagações desta Corte de Contas acerca de eventual evasão fiscal.

Ofícios 040/2014-TCU/SefidTransporte (peça 153), de 18/12/2014, e 039/2014-TCU/SefidTransporte, de 19/12/2014

[diligência Suape e Antaq (item a)] Se há reversibilidade ou não das obras realizadas por Suape, com recursos da Rnest, previstas nos itens 2.3 e 2.4 do TAT e de uso exclusivo e preferencial (tubovias e PGL03) da Refinaria, ao patrimônio da Autoridade Portuária;

Resposta Suape (peça 189)

54. Segundo o Porto de Suape (peça 189, p. 20), considerando que a infraestrutura referente à instalação dos tubos e ao PGL-3 pertence à Suape, ainda que cedida de uso em prol da Rnest, não há que se falar em reversibilidade, tendo em vista que tais itens já se encontram incorporados ao patrimônio do Porto.

Resposta Antaq (peça 201)

55. A Agência Reguladora, em atendimento ao ofício de diligência desta Corte, esclarece que o TAT se assemelha ao instituto do Contrato de Passagem previsto na norma aprovada pela Resolução 2.240-Antaq, de 4 de outubro de 2011.

56. Conforme esse instrumento, quando da extinção do contrato, a critério da autoridade portuária, as instalações e os equipamentos poderão ser revertidos ao patrimônio do porto ou removidos às expensas do interessado. A Antaq frisa que a reversibilidade dos bens associados é uma das possibilidades, sendo que o TAT se mostrou omissivo com relação a isso.

[diligência Suape e Antaq (item b)] Se é pertinente indenização à Rnest, em função do repasse de recursos sem compensação para a construção das tubovias e outras obras previstas nos itens 2.3 e 2.4 do TAT e como ela se daria;

Resposta Suape (peça 189)

57. Segundo a empresa pública, não é devida a indenização consoante dispõe a Resolução 2.240-Antaq, de 4 de outubro de 2011. Acrescenta que Suape concedeu à Rnest a prioridade na utilização do PGL-3 e exclusividade na utilização da tubovia.

Resposta Antaq (peça 201)

58. A Agência entende como impertinente a hipótese de indenização à Rnest em função do repasse de recursos sem compensação para a construção das tubovias e demais obras listadas no TAT, uma vez que as obras listadas se destinam única e exclusivamente às operações de interesse da refinaria. Em pertinência a esse entendimento evoca o disposto no §3º, do art. 49, da Resolução 2.240-Antaq, que estabelece que investimentos dessa natureza deverão ser realizados pelo interessado, excluída a possibilidade de indenização.

Análise Técnica Conjunta itens a e b

59. Quando da assinatura do TAT não havia legislação específica sobre os investimentos nos portos organizados e sua eventual reversibilidade e indenização. Em 2011, a Antaq publicou a Resolução 2.240 que disciplinou diversos temas relevantes. Posteriormente, em 2016, foi revogada pela Resolução Normativa 07/2016 (RN 07/2016) para se adequar ao novo marco regulatório do setor, a Lei 12.815/2013, mas manteve a essência da resolução revogada.

60. Segundo esta resolução, passagem é o acesso em área do porto organizado, arrendada ou sob gestão da administração do porto, pactuado mediante instrumento contratual oneroso junto ao interessado em desenvolver atividade de movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.

61. O art. 3º, da Resolução Normativa Antaq 07/2016, prescreve que as áreas e instalações portuárias localizadas dentro da área do porto organizado deverão ser exploradas na forma dos institutos previstos na Lei 12.815, de 2013, no Decreto 8.033, de 2013, e nela própria, respeitadas as especificidades e peculiaridades de cada porto organizado.

62. O art. 9º, disciplinando o arrendamento de instalações e áreas portuárias, obriga o prévio procedimento licitatório com vistas a garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância dos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

63. O art. 18, por sua vez, estipula que o prazo contratual do arrendamento deverá ser suficiente para amortização ou depreciação dos investimentos previstos no contrato a serem feitos pela arrendatária, e para lhe proporcionar adequada remuneração, conforme parâmetros adotados no estudo de avaliação do empreendimento, respeitado o limite de vigência de até 25 (vinte e cinco)

anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente.

64. Já o parágrafo único desse artigo prescreve que a realização de investimento não previsto no contrato de arrendamento e não autorizado previamente pelo poder concedente correrá por conta e risco da arrendatária e não ensejará nenhuma alteração do contrato de arrendamento ou direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, sem prejuízo das penalidades eventualmente aplicáveis.

65. Observa-se que a celebração do TAT não observou o devido procedimento licitatório, apesar de se assemelhar ao arrendamento previsto na resolução, por estar utilizando as instalações portuárias e os investimentos feitos com os recursos adiantados sofrerem amortização.

66. Prosseguindo nesse texto normativo da Antaq, o Capítulo III trata da Passagem. Segundo o art. 36, o interessado que desenvolva atividade de movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário poderá pactuar com a administração do porto, mediante remuneração adequada, a passagem em área de uso comum ou já ocupada por terceiros no âmbito da poligonal do porto organizado.

67. O §2º, do art. 37, disciplina que a passagem caberá para a instalação de dutos, esteiras transportadoras, passarelas ou outros meios que viabilizam a movimentação de mercadorias ou passageiros. O §3º, por seu turno, prevê que os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado, mediante anuência da administração do porto, sem direito a indenização, salvo quando referido contrato estiver vinculado a contratos de arrendamento, situação em que os investimentos poderão ser considerados na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do arrendamento.

68. Acerca da remuneração e das tarifas, o art. 42 disciplina que o valor da remuneração a ser paga deverá ser calculado pela administração do porto com base no impacto direto ou indireto causado nas áreas afetadas, sem prejuízo do pagamento das tarifas pertinentes.

69. Tendo em vista a RN 07/2016, as obras realizadas por Suape com os recursos adiantados da Rnest se assemelham ao contrato de passagem e, é clara ao prever que os investimentos deverão ocorrer por conta do interessado, sem direito à indenização. Nesse ponto, cabe destacar que o TAT foi omissivo quanto à reversão dos bens ou remoção às expensas do beneficiário na extinção do contrato de passagem, temas considerados cláusulas essenciais ao contrato de passagem conforme prescreve o art. 43, inciso XI, da RN 07/2016.

70. Do exposto, conclui-se que o contrato de passagem é um ajuste celebrado entre as partes, no qual as obras necessárias para sua execução ficam a cargo do interessado, podendo a administração portuária cobrar uma remuneração pelo exercício do direito de acordo com o impacto que cause nas áreas afetadas, em contrapartida o interessado tem exclusividade na sua utilização durante o prazo estipulado. Frise-se que a remuneração pelo direito de passagem não se confunde com a cobrança das tarifas portuárias, aquela refere-se a um direito patrimonial do Porto, que está cedendo seu espaço para a utilização da interessada, enquanto esta refere-se ao ressarcimento de custos operacionais.

71. Entretanto, como já visto, a tubovia já foi incorporada ao patrimônio de Suape, como ativo imobilizado, a título de infraestrutura construída, neste caso, não se pode aplicar o disposto na RN 07/2016 que determina que a critério da autoridade portuária, as instalações poderão ser revertidas ao patrimônio do porto ou removidos às expensas do interessado. Em outras palavras, a tubovia já foi incorporada ao patrimônio do porto, e poderá dar a ela a destinação que melhor lhe aprouver ao término do ajuste, mas os investimentos para sua construção foram arcados pela Petrobrás sem ressarcimento.

72. Neste ponto, oportuno destacar que a tubovia é uma estrutura construída em paralelo ao molhe do píer de granéis líquidos que não interfere, nem prejudica, as operações nele realizadas. Oportuno, ainda, ressaltar que os dutos instalados pela Petrobrás, esses, sim, incorporados ao ativo da Petrobrás, percorrem a pequena extensão da tubovia e depois são aterrados e atravessam toda a extensão do porto organizado até a refinaria de forma subterrânea (<http://www.suape.pe.gov.br/pt/negocios/mapa-de-empresas>).

73. Ou seja, a movimentação pelos dutos construídos e operados pela Petrobrás, não interferem, nem prejudicam, qualquer facilidade, instalação, área ou recinto do porto organizado de Suape, a partir do momento que são aterrados, apenas a pequena extensão que percorrem na tubovia ficam aparentes, e também não tem impacto significativo nas operações do porto.

[diligência Suape e Antaq (item c)] Sobre o amparo legal para o pagamento de uso preferencial do PGL-3 e do direito de exclusividade das tubovias pela Rnest, para Suape;

Resposta Suape (peça 189)

74. Suape esclarece sobre a prioridade na utilização do PGL-3, afirmando que a Resolução-Antaq 2.240/2011, como também, o Regulamento de Exploração do Porto de Suape, admitem tal prerrogativa em casos muito especiais.

75. Acresce que a exclusividade na utilização da Tubovia se trata de deferimento de condição especial em face do interesse público envolvido e que tal consiste em condição operacional para viabilizar a operação/logística de fornecimento da Rnest em Suape.

Resposta Antaq (peça 201)

76. Informa a agência que questões envolvendo a utilização em caráter preferencial ou exclusivo das instalações encontram-se sob a atribuição da autoridade portuária, particularmente no âmbito do denominado Regulamento de Exploração do Porto, sem prejuízo da competência da Agência para arbitrar eventuais conflitos entre as partes, inclusive terceiros.

Análise Técnica Conjunta

77. Retomando o contrato de arrendamento, disciplinado na RN 07/2016, ainda que a Rnest não tenha realizado diretamente a construção da tubovia e do PGL-3, pode-se inferir que a autoridade portuária, no caso do TAT, o porto de Suape, firmou um contrato privado com o operador portuário (arrendatária), no caso a Rnest, para utilização da infraestrutura necessária para o atracamento e a movimentação de cargas até a refinaria de forma exclusiva e preferencial, porém, no caso em tela, os recursos necessários para a construção da tubovia e do PGL-3 foram bancados pela Rnest, e já estão reconhecidos no ativo do porto, ou seja, já é patrimônio do porto.

78. Frise-se que os recursos necessários para a construção da Tubovia foram bancados pela Rnest, ou seja, ainda que tenha sido transferida a propriedade à Suape dessa estrutura, a exclusividade é mero desdobramento de quem efetivamente bancou o projeto, haja vista tratar-se de um recurso despendido não reembolsável à refinaria.

79. Segundo o Regulamento de Exploração do Porto de Suape o PGL-3 realiza (peça 215, p. 67): “Operações de navio com braços de carregamento e dutovia ligada exclusivamente com a RNEST– Refinaria Abreu e Lima. Cargas movimentadas: petróleo e seus derivados: diesel, querosene de aviação, óleo combustível.”

80. Para isso, cobra-se do operador portuário (Rnest) um preço, em forma de tarifa portuária, por tal utilização. Sendo um contrato privado, há liberdade em firmar exclusividade/preferência no objeto da avença. Importante destacar que a agência reguladora Antaq é competente para arbitrar eventuais conflitos entre as partes.

[diligência Suape e Antaq (item d)] Adequação da cobrança da tarifa 3, integral ou parcial, por parte de Suape junto à Rnest, considerando que houve a cessão onerosa do direito de uso exclusivo das tubovias à Petrobras e que a Rnest utiliza apenas parte da infraestrutura terrestre que compõe a base de cálculo da referida tarifa.

Resposta Suape (peça 189)

81. *Inicialmente, Suape informa que essa questão já foi elucidada nos tópicos passados quando restou demonstrada a adequação da cobrança da tarifa 3. Segundo Suape, a Resolução-Antaq 2.240/2011, que regula a exploração de área dentro do Porto Organizado, dispôs de forma bastante elucidativa que os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado, excluída a possibilidade de indenização pela Administração do Porto.*

82. *O art. 53 dessa Resolução ainda prescreve que o interessado (Rnest) pela exploração de área portuária, mediante contrato de passagem, deve realizar o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, independentemente dos investimentos realizados.*

Resposta Antaq (peça 201)

83. *Acerca da cobrança da tarifa portuária, a Antaq informa que a cessão onerosa pelo uso da tubovia (direito de passagem) não afasta a obrigação de remunerar a autoridade portuária pela disponibilização da infraestrutura pertinente. Trata-se, segundo a agência, de dois institutos distintos, a passagem com cunho indenizatório, constituindo-se em receita patrimonial do porto, enquanto que o uso de infraestruturas (previsto nas tabelas tarifárias de 1 a 7) tem natureza operacional.*

84. *Complementa que a adequação dos valores relativos à tabela tarifária, ou seja, os que serão efetivamente pagos pelos usuários, é de responsabilidade da autoridade portuária e deve guardar relação direta com os custos incorridos para sua disponibilização.*

85. *Segundo a Agência, encontrava-se em análise na antiga Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR) estudo contratado visando a implantação de um novo modelo tarifário, mais aderente com os serviços e infraestruturas postos à disposição dos usuários.*

86. *Por fim, ressalta que os valores constantes das tabelas tarifárias dos portos organizados constituem-se em tetos tarifários, cabendo à autoridade portuária estabelecer descontos tarifários mediante critérios de conveniência e oportunidade, os quais deverão ser concedidos de forma isonômica àqueles usuários que se encontrem em condições comerciais semelhantes.*

Análise Técnica Conjunta

87. *As tarifas no Porto de Suape vigentes à época compõem um conjunto de 5 tabelas (peça 189, p. 26-35). Cada tabela tem característica de incidência própria. Para efeito de análise, a seguir são sintetizadas as três primeiras tabelas objeto da lide:*

i) *Tabela 1 - Utilização da infraestrutura marítima (taxas devidas pelo armador, agente de navegação ou requisitante):*

1.1.0 *Pela movimentação de mercadorias a granel, por tonelada ou fração:*

1.1.1 *Derivados de petróleo (combustíveis), na importação e na exportação.....R\$ 2,59*

ii) *Tabela 2 – Ocupação das instalações de atracação (taxas devidas pelo armador ou agente de navegação)*

2.1.0 *Por metro linear de instalação ocupada por embarcação, mesmo que a contrabordo de outra, por hora ou fração:*

2.1.2 *No PGL – Píer de Granéis LíquidosR\$ 0,19*

iii) *Tabela 3 – Utilização da infraestrutura terrestre (taxas devidas pelo operador portuário ou requisitante)*

3.1.0 Pela utilização da infraestrutura colocada à disposição para a transferência de mercadorias das embarcações até as instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na Área do Porto, ou no sentido inverso:

3.1.1 Mercadorias a granel no PGL por tonelada ou fraçãoR\$ 1,38

88. *Retomando a fórmula de cálculo do valor das tarifas aplicadas prevista no TAT temos que para a movimentação de 1 (uma) tonelada de produto por Rnest no Porto de Suape o seguinte = (tabela 1 (2,59) + tabela 3 (1,38))*tonelada + tabela 2 (0,19)*metro_linear*hora.*

89. *A cobrança da tarifa da tabela 3, independente do operador portuário, é feita de forma integral, para todos os operadores portuários, tendo em vista a disponibilização da infraestrutura. O que caracteriza a incidência dessa tarifa é a disponibilização, apenas isso, independente do investimento realizado por Rnest, mas não se mostra razoável cobrar a Rnest pela utilização da infraestrutura colocada à disposição para a transferência das mercadorias das embarcações até as instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na área do porto, ou no sentido inverso, quando o investimento na tubovia e nos outros itens para o transporte foi pago integralmente com recursos adiantados sem direito a reembolso.*

90. *Ademais, a tarifa aplicada à Rnest poderia, sim, ser reduzida conforme a agência reguladora expôs, dito assim, a autoridade portuária pode estabelecer descontos tarifários mediante critérios de conveniência e oportunidade, os quais deverão ser concedidos de forma isonômica àqueles usuários que se encontrem em condições comerciais semelhantes.*

91. *Ora, existe apenas uma refinaria na região, este usuário poderia ser beneficiado com redução nas tarifas, haja vista o incremento no faturamento do porto advindo das novas movimentações de produtos. Ressalta-se que a Antaq é o ente apto a arbitrar conflitos entre as partes, inclusive referente a tarifas, consultada pela Petrobras, a Antaq pronunciou que as tarifas aplicadas são devidas independente do operador e das condições, pelo simples motivo de colocá-la à disposição do operador portuário.*

92. *A negociação da Petrobras para a instalação da Rnest foi complexa, envolveu muitas variáveis, atores e situações, e foi dependente, conforme se infere dos esclarecimentos prestados, de imposição de quem administra o Porto de Suape, já que não foi dada, por exemplo, a possibilidade à estatal federal pelo arrendamento de área situada no Porto de Suape para suas operações.*

93. *Lendo detidamente a incidência da tarifa da tabela 3, faz regra para quem utiliza a infraestrutura colocada à disposição para a transferência de mercadorias das embarcações até as instalações de armazenagem localizadas na área do porto.*

94. *Ora, porto organizado, segundo a Lei 12.815/2013, é um bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária. Área do porto organizado, segundo a RN 07/2016 e a Lei 12.815/2013, é a área delimitada por ato do Poder Executivo, que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado. Na peça 215, p. 9, encontra-se a delimitação do porto de Suape conforme o Regulamento de Exploração do Porto de Suape.*

95. *Se a refinaria não faz parte da infraestrutura de acesso, é localizada fora do porto organizado, conforme se observa da imagem de satélite retirada do sítio do porto de Suape, <http://www.suape.pe.gov.br/pt/negocios/mapa-de-empresas> (peça 216) e o transporte dos produtos*

desembarcados no PGL-3 são realizados de forma automatizada até a refinaria, a incidência da tarifa da tabela 3 é indevida.

96. *Retornando ao TAT, apesar das alegações dos diligenciados de que se assemelha ao contrato de passagem, aquele instrumento jurídico não é um contrato de passagem. Mesmo que fosse, a legislação que rege esse instrumento jurídico é cristalina, o interessado que movimentar mercadorias proveniente do transporte aquaviário pode pactuar com a administração do porto, mediante remuneração adequada, a passagem em área de uso comum; os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado; o valor da remuneração a ser paga deverá ser calculado pela administração do porto com base no impacto direto ou indireto causado nas áreas afetadas, sem prejuízo do pagamento das tarifas pertinentes.*

97. *Rnest remunerou Suape à medida que adiantou recursos sem reembolso para a infraestrutura necessária no transporte das mercadorias – píer, dragagem, molhe, reforço e prolongamento -, Rnest não terá direito à indenização desses valores adiantados, essa estrutura construída para instalação dos dutos é ativo já contabilizado por Suape e, de novo, a tarifa da tabela 3 não se aplica, pois, o transporte se realiza para fora do porto organizado.*

98. *Ainda mais grave, é a alegação de que alguns custos que compõe a tabela 3 aplicam-se direta ou indiretamente às movimentações realizadas pela Rnest, tais como: rede elétrica, rede de água e esgoto, sinalização e iluminação, sistema de telecomunicação, instalações sanitárias, áreas de estacionamento, sistema de proteção ao meio ambiente e de segurança do trabalho, a vigilância das dependências portuárias e o rateio dos custos indiretos e despesas de administração do Porto de Suape, pois o transporte, retirada a pequena extensão que os dutos percorrem na tubovia, é feito de forma automatizada por dutos subterrâneos. Esses ditos custos, são, sim, compensados pelas outras tarifas cobradas de Rnest (tabela 1 e 2).*

99. *Sobre eventual prejuízo ao Porto de Suape pela retirada da tarifa da tabela 3 na fórmula de reembolso, conforme exposto no Relatório de Fiscalização 279/2011, constante do TC 007.318/2011-1, p. 40, isso não ocorrerá:*

‘II.d. - Suape terá lucro mesmo que não cobre a tarifa correspondente à tabela 3

Desconsiderando-se a aplicação da tabela 3 de Suape, referente à utilização da infraestrutura terrestre, sua receita anual livre de amortização da dívida será de R\$ 18 milhões/ano (35% x 1.618.231ton/mês x R\$ 2,60/ton x 12meses), ou seja, Suape tem capacidade de pagar o empréstimo e ainda lucrar bastante mesmo sem cobrar a tarifa prevista na tabela 3. (ver Planilha - Análise da Tarifa Portuária de Suape)’.

100. *Do exposto, então, necessário adequar a fórmula de reembolso dos valores adiantados com ressarcimento para dela retirar o valor correspondente à tarifa da tabela 3, subitem 3.1.1, praticada no Porto de Suape, pois a utilização desta tabela 3 se mostra irregular haja vista que os produtos da Rnest se destinam para fora do porto, ou seja, não até as instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na Área do Porto, ou no sentido inverso, conforme prevê a Tabela 3, e a exclusão dessa cobrança não acarretará prejuízo ao porto.*

Ofício 039/2014-TCU/SefidTransporte (peça 156), de 19/12/2014

[diligência à Agência Nacional de Transportes Aquaviários] para que esclareça sobre quais os normativos e procedimentos devem ser adotados para concessão de descontos em tarifas portuárias, mais especificamente no caso da tarifa 3 do Porto de Suape para a Rnest, tendo em vista a informação constante do Ofício Antaq 73/2013-DG de que “tais preços podem ser reduzidos, desde que em caráter isonômico, e quando necessário para viabilizar a atração de novas cargas ou sua movimentação pelas instalações portuárias”;

Resposta Antaq (peça 201)

101. *A Antaq informou que os valores constantes das tabelas tarifárias dos portos organizados dos portos organizados constituem-se em tetos tarifários, cabendo à autoridade portuária estabelecer descontos tarifários mediante critérios de conveniência e oportunidade, os quais deverão ser concedidos de forma isonômica àqueles usuários que se encontrem em condições comerciais semelhantes.*

Análise Técnica

102. *A negociação entre Petrobras, estado de Pernambuco e Suape não contemplaram a possibilidade de um desconto na tarifa praticada por Suape. Esse desconto poderia ser aplicado para todos aqueles que se encontravam em situações semelhantes, mas não foi o caso.*

103. *Ressalta-se o caráter discricionário desse desconto, mediante critérios de conveniência e oportunidade da autoridade portuária. Parece que a negociação da Rnest com Suape não foi na direção de um eventual desconto tarifário.*

[Oitiva] Petrobras, estado de Pernambuco e Suape acerca do achado 3.2 do relatório de fiscalização da Secob.

Resposta oitiva Petrobras (peça 179)

104. *Inicialmente, a estatal discorreu acerca de dados e conceitos a fim de tornarem claros os custos e a manutenção dos ativos referentes ao TAT.*

105. *Com relação à tubovia, esclarece a petroleira tratar-se de estrutura de concreto, suportada por estacas cravadas no fundo do mar, que se assemelha a um viaduto construído no mar por Suape, com recursos do adiantamento, construção que constitui um ativo do Porto, responsável pelo custo de conservação e manutenção ao longo dos anos.*

106. *Acresce que a construção da tubovia possibilitou a criação de uma faixa ao longo do molhe principal do porto externo de Suape, sobre a qual foram instaladas pela Petrobras suas tubulações de produtos (petróleo e derivados) e serviços (água de lastro, água potável, etc.), que fazem a interligação entre o novo Píer PGL-3 e a Refinaria Abreu e Lima.*

107. *As tubulações instaladas pela Petrobras compreendem 9 linhas de dutos: 10" Ácido Sulfúrico; 46" Petróleo; 24" OCREF/GOPK; 24" Diesel S-500; 24" Diesel S-10; 20" Nafta; 12" Diluente; 6" Água Potável; e 10" Slop. Foram instaladas na faixa construída por Suape, com recursos do TAT, e são ativos da Petrobras sendo a mesma responsável pelo custo de manutenção e operação dessas tubulações.*

108. *Relacionada especificamente à cobrança da tarifa da tabela 3 nas operações no Porto de Suape, informa se tratarem de preços baseados na estrutura tarifária aprovada pela Portaria SUAPE 57/2000, homologada pela Deliberação CAP/SUAPE 05/2000, publicada no D.O.E/PE, de 8/6/2000. Assim, a tarifa portuária utilizada para o cálculo da avaliação econômica do TAT é composta pelas tabelas 1, 2 e 3.*

109. *Segundo essa estrutura, as tarifas das tabelas 1 e 3 são baseadas na tonelage movimentada, e para a tabela 2, no tamanho e no tempo de permanência no píer. Segundo a Petrobras:*

- A Tabela 3 tem por finalidade remunerar a disponibilização de toda a infraestrutura das instalações terrestres para as operações portuárias, incluindo a tubovia no caso de Suape, não podendo ser fracionada, posto ser impraticável sua mensuração de forma diferenciada por usuário. É importante lembrar que a regra vigente nos portos brasileiros para a cobrança pela disponibilidade das facilidades nas operações portuárias (Tabela 3) é feita de forma integral segundo a Antaq.

- Para que a tubovia esteja apta a ser utilizada ao longo dos anos de vigência do TAT, a mesma deve sofrer manutenção constante por Suape, cujo custo é suportado com recursos provenientes da arrecadação das tarifas cobradas nas operações portuárias.

- A definição da tarifa portuária está atrelada à necessidade de que, para um porto operar de forma contínua, tem que ter condições financeiras para manutenção de todo tipo de facilidades necessárias para as operações portuárias. A cobrança de uma tarifa insuficiente para cobrir seus custos operacionais leva ao sucateamento e degradação das estruturas, podendo gerar riscos de segurança operacional e de confiabilidade, o que em nada interessa à Petrobras e aos demais usuários do Porto de Suape.

- Os recursos sem ressarcimento repassados pela Petrobras à Suape por meio do TAT, para a execução das obras da tubovia, engordamento e reforço do molhe, compõem um conjunto de obras de interesse e aproveitamento exclusivo da Petrobras, que foram associadas à aquisição de direitos de exclusividade no acesso à tubovia, que liga a Refinaria ao píer petroleiro PGL-3. Tais obras seguiram as especificações e requisitos técnicos, operacionais e de segurança solicitados pela Petrobras.

110. Por fim, a fim de dirimir qualquer dúvida com relação à aplicação da tarifa prevista na tabela 3 de Suape, a Petrobras informa que foi encaminhada a Carta Rnest 025/2012 para a Antaq solicitando à mesma uma análise da composição tarifária utilizada no termo celebrado entre Petrobras e Suape, avaliando, em especial, a pertinência e a razoabilidade da utilização das tabelas 1, 2 e 3, principalmente quanto à aplicabilidade da tabela 3.

111. Em resposta a Antaq informou que as tabelas 1, 2 e 3, na situação caracterizada, são devidas à administração do porto e representam no seu conjunto a menor incidência tarifária possível. Em resposta a esta Corte, a Antaq acrescentou que é nesse contexto que se caracteriza a aplicabilidade da tabela 3 à movimentação das cargas da Rnest.

112. E concluiu a Petrobras que diante de todos os esclarecimentos prestados, e em especial do órgão regulador, não agiu ao arrepio das normas aplicáveis para o cálculo da tarifa portuária, obtendo, ao contrário, valor justo para a mesma.

Resposta oitiva estado de Pernambuco (peça 200)

113. Em resposta elaborada pela Procuradoria do estado de Pernambuco, ratificada pelo governador do estado Paulo Henrique Saraiva Câmara, esclarece o procurador que, em síntese, o achado de auditoria, que o formato do Termo de Adiantamento de Tarifas afetaria a viabilidade econômico-financeira da avença, deixou de considerar aspectos fáticos e normativos relevantes.

114. O TAT, informa o respondente, resultou da análise de todos os aspectos técnicos e jurídicos, além das condições e parâmetros econômicos envolvidos no empreendimento, de maneira que, em face das condições apresentadas, pudesse ser viabilizada a implantação da refinaria com todas as intervenções de engenharia necessárias, em destaque as de interesse específico do operador portuário signatário, qual seja, a Petrobras.

115. Assim, na avença, as partes fixaram obrigações recíprocas, dentre as quais se observa a disponibilização de áreas e direitos de exclusividade em favor da Petrobras. As obras necessárias à operação da Refinaria, a seu turno, restaram divididas em dois grupos: aquelas destinadas a atender interesse específico da Petrobras e as demais, de uso compartilhado dos demais usuários dos serviços do Complexo de Suape.

116. Segundo o estado de Pernambuco, as obras de interesse específico da Petrobras, em face dos direitos de exclusividade ou preferência, foram executadas mediante os recursos da própria Petrobras, sem ressarcimento, observada a regulação pertinente. As demais contaram com o ressarcimento previsto na cláusula quinta do TAT.

117. *Passa a discorrer sobre os aspectos construtivos da tubovia, que consiste em estrutura apta a suportar as tubulações que ligam o porto à refinaria, assemelhada a obras de passagem de interesse da estatal federal que seriam custeadas pelo operador portuário, sem ressarcimento do Porto de Suape.*

118. *Não há previsão de ressarcimento pela passagem das tubulações e, segundo o estado, não poderia ser diferente pois assim determina a Resolução-Antaq 2.240/2011: os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado, excluída a possibilidade de indenização pela administração do porto.*

119. *Este normativo, continua o estado, aplica-se tanto à Suape como à Petrobras já que, identificado o interesse específico da Petrobras na passagem de sua tubulação, a execução da infraestrutura da tubovia teve seus custos atribuídos ao operador portuário.*

120. *Retoma os termos da Resolução-Antaq acima que trata das áreas dos Portos Organizados que imputa ao operador portuário todos os custos de implantação das estruturas de seu interesse, sempre, seja a que título que for, ou seja, a norma impõe, independentemente do tipo de exploração, que o interessado custeie integralmente os investimentos necessários, sem prejuízo dos pagamentos de tarifas. Ressalta, que atrelado à infraestrutura de tubovia, foi deferido direito de servidão de passagem e de exclusividade o que constitui benefício ao operador.*

121. *Pondera, então, que as obras de aprofundamento da bacia de manobras, passíveis de serem utilizadas pelos demais usuários, são objeto de ressarcimento, ainda que naquele momento o calado do Porto de Suape atendia plenamente às necessidades dos demais usuários existentes, o aprofundamento do canal atendia apenas à utilização por parte da Petrobras.*

122. *Conclui, em visto do exposto até agora, notadamente diante dos impeditivos normativos, não haver razão de conceder à Petrobras qualquer espécie de ressarcimento pela tubovia, seja a que título for, muito menos com a alteração da forma de cobrança da tarifa da tabela 3.*

123. *Sobre a questão da forma e da isonomia na cobrança de tarifas, ressalta que o Porto Organizado se submete à regulação da Antaq, que resguarda a legalidade e, notadamente, a isonomia no trato com os operadores portuários, bem como válida as tarifas a serem praticadas. Nessa seara, falar em isonomia é dizer que aos portos é vedada a prática de alterar a forma de cobrança ou seu valor, em benefício de um só usuário.*

124. *Assim, a regulação que recai sobre as atividades portuárias aplica-se de forma isonômica, também à Refinaria Abreu e Lima. E, dentre as prescrições regulatórias principais, inclui-se que a utilização das áreas portuárias deve obrigatoriamente respeitar as regras cabíveis, inclusive no que toca à obrigação do interessado de custear a infraestrutura necessária para a passagem de seus dutos.*

125. *Acresce o estado que tanto é assim que a Antaq, instada a falar sobre a incidência da Tabela 3 para o caso em questão, não se furtou a validá-la, conforme se observa do conteúdo do Ofício 073/2013-DG, de 11/04/2013 (peça 200, p. 64/66). Em verdade, continua o estado, a Antaq expressamente registrou que a estrutura tarifária do Porto de Suape é coerente com a prática adotada na maioria dos portos brasileiros. Tal informação, acresce, é corroborada pela simples consulta à página da Antaq (<http://www.antaq.gov.br/Portal/Tarifas/Index.htm>), que traz a relação das tarifas praticadas nos Portos Brasileiros.*

126. *Retoma a questão da tarifa da tabela 3 do Porto de Suape alegando que é uma das menores do país e segue o padrão de cobrança mais adequado e somente pode ser alterada se observar a isonomia em relação aos demais usuários. Além disso, as tarifas do Porto de Suape sofrem rigoroso controle por parte da Antaq e foram fixadas conforme deliberação CAP/SUAPE N°05/00*

(DOE/PE, de 8/6/2000) e deliberação CAP/SUAPE N°04/00 (DOE/PE, de 8/8/2010). Ressalta que o Porto de Suape tem características e custos próprios, bem como padrões de qualidade diferenciados.

127. Quanto à comparação com as tarifas cobradas pelo Porto de Santos, traz, então, ao conhecimento desta Corte, que o Porto de Suape investe em uma estrutura nova, com altíssimos padrões de qualidade, enquanto o Porto de Santos ainda dispõe de uma estrutura antiga para atender seus operadores.

128. Querer equiparar a tarifa cobrada pelo Porto de Santos com a do Porto de Suape, como quer a equipe de auditoria do TCU, alega o procurador, é desconsiderar a questão da isonomia aos operadores portuários em integral desrespeito à estrutura tarifária vigente em Suape a favor da Petrobras.

129. Segundo o procurador, o fundamento de tal ponderação repousa no fato de ter havido o custeio, por parte da Petrobras, dos custos de alargamento e reforço do molhe externo, e correlata implantação da infraestrutura da tubovia, que não se mostraria cabível a cobrança, já que o Porto de Suape não custeou a estrutura física para o alargamento do molhe e implantação da tubovia que será utilizada pela Rnest.

130. Essa não é a conclusão correta, segundo o procurador a cobrança da tarifa da tabela 3 está justificada sem que se correlacione ao custeio de qualquer infraestrutura específica para o operador, acresce que Suape investiu em ampliação e melhoramento de todo o sistema viário existente para dar suporte a uma infraestrutura para a logística da construção da refinaria e o custo dessa ampliação e melhoramento foi atribuído ao porto conforme o TAT.

131. Prossegue que também para tal estrutura serve a tarifa em tela, assim como para o custeio e manutenção do arruamento, rede elétrica, rede de água e esgoto, sinalização e iluminação, acessos rodoviários, sistema de telecomunicação, instalações sanitárias, áreas de estacionamento, sistema de proteção ao meio ambiente e de segurança do trabalho, a vigilância das dependências portuárias e o rateio dos custos indiretos e despesas de administração do Porto de Suape.

132. Conclui que tendo em vista todos os argumentos, em especial a expressa manifestação da Antaq, não só sobre a correção em relação aos parâmetros para a cobrança da tarifa da tabela 3, como também sobre a perfeita e mandatória aplicabilidade da mesma à Petrobras, a despeito dos investimentos realizados, encontram esvaziadas as conclusões colimadas no achado 3.2 do Relatório de Fiscalização, não se vislumbrando qualquer razão para se concluir por eventual desequilíbrio econômico advindo do TAT seja para qual parte for.

Resposta oitiva Suape (peça 189)

133. Em seus esclarecimentos Suape pondera:

‘- Porto Organizado submete-se à regulação da Antaq, que resguarda a legalidade e a isonomia no trato com os operadores portuários, bem como, valida as tarifas a serem praticadas;

- Tubovia consiste na infraestrutura necessária para a instalação das tubulações de passagem dos combustíveis e, no caso em apreço, englobou o alargamento e reforço externo do molhe para a obtenção da área necessária para a instalação das tubulações, instituição de servidão de passagem, inclusive sobre tal área, e construção das estruturas de apoio e segurança, para a posterior instalação dos tubos, por parte da Petrobras;

- Resolução-Antaq 2.240/2011, que regula a exploração de área dentro do Porto Organizado dispôs de forma bastante elucidativa que "os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado", "excluída a possibilidade de indenização pela Administração do Porto", nos termos do §3º, do art. 49, da Resolução-Antaq 2.240/2011;

- A seu turno, o art. 53, da Resolução Antaq 2.240/2011, prescreve que o interessado (Rnest) pela exploração de área portuária, mediante contrato de passagem, deve realizar o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, independentemente dos investimentos realizados;

- Conforme informou a Antaq através do Ofício 073/2013-DG, a tabela 3 praticada pelo Porto de SUAPE segue o padrão de cobrança mais adequado, que é praticado na maioria dos portos brasileiros, e somente pode ser alterada se observar a isonomia com relação aos demais usuários'.

134. De fato, segundo Suape, a estrutura tarifária do Porto de Suape é coerente com a prática adotada na maioria dos portos brasileiros e não se mostra lícito alterar a sua forma de cobrança ou o seu valor em benefício de um só usuário.

135. Acresce que a regulação sobre as atividades portuárias também recai de forma isonômica sobre a Rnest e, dentre as prescrições regulatórias principais, a utilização das áreas portuárias deve obrigatoriamente respeitar as regras cabíveis, inclusive no que toca à obrigação do interessado de custear a infraestrutura necessária para a passagem de seus dutos.

136. Por fim, observa o representante legal de Suape que não obstante os tubos sejam de propriedade da Rnest, a área e a infraestrutura onde os mesmos são instalados permanece sob a propriedade de Suape, que, neste ponto, concedeu ao operador em destaque, o direito de utilizar a área de passagem e a estrutura, em caráter de exclusividade, ademais, a Antaq instada a falar sobre a incidência da tabela 3 a validou nos termos do Ofício 073/2013-DG, de 11/4/2013.

137. Passa Suape a discorrer sobre o próprio TAT no sentido que o pacto firmado para a instalação da Rnest demandava diversas obras de interesse específico do operador portuário, que as partes fixaram obrigações recíprocas, dentre as quais se inclui, por exemplo, a disponibilização de áreas e direitos de exclusividade em favor da Petrobras, que as obras necessárias foram divididas em dois grupos, um destinado ao interesse da Petrobras e o outro de uso compartilhado.

138. Prossegue Suape que foi definido, após criterioso estudo, que a forma de compensar os recursos antecipados para as obras ressarcíveis seria por tonelada de produto movimentado, que todas as informações referentes ao TAT, juntamente com os estudos, foram devidamente encaminhados à aprovação da Antaq e, mais do que isso, em observância às orientações dos órgãos de controle e em especial do TCU, o Complexo Portuário de Suape firmou aditivos ao TAT a fim de conferir maior segurança quanto às garantias e direitos estabelecidos em prol da Petrobras, bem como, de modo a assegurar o cumprimento dos deveres fiscais atinentes.

139. Acerca da cobertura dos custos de instalação da tubovia, relata o respondente que dentre as obras necessárias para a operação da Rnest em Suape havia a tubovia e que essas obras de passagem de interesse da Petrobras seriam custeadas pelo operador portuário sem ressarcimento do Porto de Suape conforme determinado no TAT e, tal prescrição, coaduna com o normativo que regula a utilização das áreas do Porto Organizado, Resolução-Antaq 2.240/201, em especial seus arts. 49 e 53.

140. Acresce que essa norma é clara ao imputar ao operador portuário todos os custos de implantação das estruturas de seu interesse, sempre, seja a que título for, em particular os arts. 44, 46, 65, 69 e 74.

141. Ou seja, independentemente do tipo de exploração, a norma impõe, sempre, que o interessado custeie integralmente os investimentos necessários, sem prejuízo do pagamento das tarifas portuárias. Suape vai além e esclarece que concedeu benefício à Petrobras já que atrelado à infraestrutura da tubovia deferiu direito de servidão de passagem e de exclusividade, e que para a passagem das tubulações de produtos, que farão a interligação entre o PGL-3 e a unidade de refino, foi necessária a criação de faixa de servidão ao longo do molhe principal do porto externo de Suape, bem como reforço do molhe.

142. *Do exposto, conclui que a cobrança da tabela 3 se justifica independente do custeio específico de benfeitoria para o operador portuário, ou seja, o Porto de Suape cobra a tabela 3 mesmo que não tenha custeado qualquer infraestrutura específica para o operador. Ademais, continua Suape, o complexo portuário investiu em ampliação e melhoramento de todo o sistema viário existente para dar suporte à uma infraestrutura para a logística da construção da refinaria e, esse custo, nos termos do TAT, foi atribuído ao Porto.*

143. *Explica, então, que o apontamento da utilização de uma tarifa de valor menor, como a do Porto de Santos, conforme relatado no Relatório de Fiscalização do TCU, não é cabível já que desrespeitaria a estrutura tarifária vigente em Suape em total desrespeito aos outros operadores portuários.*

144. *Informa que a pedido da Antaq a Universidade de São Paulo (USP) elaborou estudo intitulado “Avaliação da Situação Econômica (tarifas e custos) dos Portos Brasileiro e Estabelecimento de um Modelo para Cálculo e Revisão Periódica de Tarifas Portuárias” por meio do qual constatou que a cobrança de tarifas pelos portos brasileiros não guarda uniformidade que propicie uma comparação segura.*

145. *Dessa forma, Suape ressalta que cada porto tem características e custos próprios, bem como padrões de qualidade diferenciados. Acrescenta que o Porto de Suape se distingue do Porto de Santos na medida em que aquele investe em uma estrutura nova, com altíssimos padrões de qualidade, ao passo que este disponibiliza uma estrutura antiga, que não retrata investimentos recentes.*

146. *Finaliza afirmando que as tarifas cobradas pelo Porto de Suape devem se relacionar com os investimentos na infraestrutura realizado e o Complexo Portuário de Suape se destaca no cenário nacional e internacional em face da qualidade de suas instalações e serviços.*

Análise Técnica Conjunta Oitivas

147. *As informações trazidas em oitava pelas partes deixam assente a possibilidade da cobrança da tarifa da tabela 3 em sua integralidade, independentemente da utilização da infraestrutura terrestre pelo operador portuário. Ainda que não seria lícito reduzir a tarifa para um só usuário que estivesse nas mesmas condições dos demais, pois feriria a isonomia que prevalece na cobrança desse preço público.*

148. *Os esclarecimentos abordaram todas as questões suscitadas relativas ao possível desconto na aplicação da tarifa da tabela 3 pela utilização da infraestrutura terrestre do Porto de Suape, bem como ao possível desequilíbrio econômico-financeiro.*

149. *A autoridade portuária de Suape é a responsável pela aplicação das tarifas e poderia conceder um desconto à Rnest, desde que fosse de forma geral, a todos os usuários em condições semelhantes, a fim de alavancar as operações no porto e, conseqüentemente, seu faturamento, utilizando critérios de sua conveniência e oportunidade. Frise-se que Rnest pode se caracterizar como único operador portuário em condições semelhantes e a redução do valor da tarifa, apenas para Rnest, seria, nesse sentido, regular.*

150. *Ninguém abordou, entretanto, se é devida a cobrança da tarifa da tabela 3 já que o destino dos produtos movimentados pela Rnest se encontra fora da área do porto, sendo assim, a Refinaria encontra-se em uma situação distinta dos arrendatários que utilizam os serviços de movimentação terrestre.*

151. *Acrescenta-se, que esse transporte é feito por dutos, de forma automatizada, para fora do porto, sendo inaplicável a cobrança desta tarifa, já que está fora do campo de incidência. Ademais, Rnest continua pagando as demais tarifas praticas no Porto de Suape e essas são aptas a suportarem eventuais custos tendo em vista a magnitude da tonelagem movimentada, especialmente as tarifas referentes à estrutura da infraestrutura marítima.*

CONCLUSÃO

152. *As informações e os esclarecimentos prestados pela Petrobras/Rnest, estado de Pernambuco, Suape e Antaq foram tempestivos e abrangeram muitos aspectos circunscritos ao TAT, dentre eles, os normativos, os regulatórios, os econômico-financeiros, os patrimoniais e os contábeis.*

153. *Sobre a tubovia construída por Suape com recursos da Rnest sem reembolso e as tubulações instaladas pela Rnest sobre ela, ficou demonstrado que se tratam de ativos distintos com reconhecimento nos balanços de cada empresa de forma diferenciada sendo a tubovia ativo de Suape contabilizada como ativo imobilizado por esta e como intangível pela Rnest e as tubulações, num total de 9 dutos, ativo da Rnest, contabilizados apenas pela refinaria.*

154. *O contrato de passagem, ao qual o TAT se assemelha, é um ajuste celebrado entre as partes, no qual as obras necessárias para sua execução ficam a cargo do interessado, podendo a administração portuária cobrar uma remuneração pelo exercício do direito de acordo com o impacto que cause nas áreas afetadas, em contrapartida o interessado tem exclusividade na sua utilização durante o prazo estipulado.*

155. *Frise-se que a remuneração pelo direito de passagem não se confunde com a cobrança das tarifas portuárias, aquela refere-se a um direito patrimonial do Porto, que está cedendo seu espaço para a utilização da interessada, enquanto esta refere-se ao ressarcimento de custos operacionais. Ocorre que essa analogia no presente caso se mostra inadequada haja vista que os dutos percorrem a maior parte do porto de forma subterrânea, sem ocasionar interferência nas operações do porto, tampouco no espaço destinado aos usuários do porto.*

156. *Com relação aos dutos instalados por Rnest e sua possível reversão ao porto ao final do contrato, mesmo o TAT sendo omissivo, pode-se aplicar o disposto na RN 07/2016 que determina que a critério da autoridade portuária, as instalações e os equipamentos poderão ser revertidos ao patrimônio do porto ou removidos às expensas do interessado.*

157. *Em outras palavras, ao final do contrato, uma vez que a tubovia e o PGL-3 já integram o ativo de Suape, apenas referentes aos dutos, caso o Porto de Suape tenha interesse em mantê-los, poderá dar a ela a destinação que melhor lhe aprouver com a reversão, caso não tenha interesse, pode requerer à Petrobras que remova a estrutura às suas expensas. Ocorre que numa leitura atual da funcionalidade dos dutos, seria de pouca utilidade sua reversão, já que o destino final dos dutos é a refinaria, assim de pouco interesse para outro operador.*

158. *As partes informaram que não houve negociação específica numa eventual redução do valor da tarifa da tabela 3 uma vez que a Antaq se pronunciou que é devida mesmo que a Rnest não utilize toda a infraestrutura terrestre do Porto de Suape, pois a cobrança é realizada na integralidade a todos os operadores portuários, apenas pela disponibilização dessa infraestrutura por Suape.*

159. *Ninguém abordou, entretanto, se é devida a cobrança da tarifa da tabela 3 já que o destino dos produtos movimentados pela Rnest se encontra fora da área do porto, sendo assim, a Refinaria encontra-se em uma situação distinta dos arrendatários que utilizam os serviços de movimentação terrestre.*

160. *A tabela de preços praticada pelo Porto de Suape, em especial a tabela 3, é cristalina ao prever a cobrança “pela utilização da infraestrutura colocada à disposição para a transferência de mercadorias das embarcações até as instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na Área do Porto, ou no sentido inverso.”, ou seja, não há incidência desta tarifa aos produtos movimentados para fora do porto por Rnest.*

161. *Acrescenta-se que esse transporte é feito por dutos, de forma automatizada, para fora do porto, sendo inaplicável a cobrança desta tarifa, já que está fora do campo de incidência, ainda, conforme já demonstrado no Relatório de Fiscalização TCU 279/2011 (TC 007.318/2011-1), a*

retirada da tarifa da tabela 3 não acarretará prejuízo ao Porto de Suape, pois o valor presente líquido do projeto continuará sendo positivo em milhões de reais a favor de Suape.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

162. *Diante do exposto, submeto estes autos à consideração superior propondo:*

- a) *determinar à Petrobras a realização de aditivo ao Termo de Adiantamento de Tarifas e Compensação Futura e Critérios de Investimento e Outras Avenças (TAT), Contrato 8500.0000011.09-4, firmado entre a Petrobras, o estado de Pernambuco e o Complexo Industrial Portuário de Suape, apresentando-o ao TCU em até 90 dias, a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da avença, excluindo o valor da tarifa da tabela 3 (subitem 3.1.1 - Mercadorias a granel no PGL por tonelada ou fração) do Porto de Suape do cálculo de reembolso do adiantamento dos recursos por meio do TAT, uma vez que não há incidência deste preço na transferência dos produtos do píer (PGL-3) à Rnest, que se localiza fora do porto organizado, recalculando as toneladas para fins de ressarcimento dos valores transferidos por meio do TAT, nos termos do inc. II, do art. 250, do Regimento Interno do TCU;*
- b) *encaminhar cópias da decisão, juntamente com o voto e o relatório que a fundamentam, para Paulo Henrique Saraiva Câmara, Governador do estado de Pernambuco, Marcos Baptista, Presidente de Suape e Pedro Parente, Presidente da Petrobras; e,*
- c) *arquivar os presentes autos nos termos do inciso III, do art. 169, do Regimento Interno do TCU.”*

17. O Diretor da SeinfraPortoFerrovia se manifestou da seguinte forma (peça 218):

“Inicialmente, a conclusão sobre a situação patrimonial da tubovia não merece reparos. De fato, pelas evidências trazidas aos autos, cabe informar ao Ministro-Relator que a tubovia integra o ativo imobilizado do Porto de Suape e não da Rnest e o valor repassado pela Petrobras para a sua construção é considerado um ativo intangível e será amortizado pela empresa durante os 25 anos em que terá exclusividade na sua utilização.

Contudo, apesar do trabalho diligente do autor da supracitada instrução, há espaço para aperfeiçoamento em suas conclusões quanto à não incidência por completo da tabela 3 e ao controle subjetivo a ser realizado no caso concreto.

No primeiro aspecto, seria mais adequado a aplicação de um desconto à Rnest no que diz respeito à tabela 3, pois não restou comprovado que os custos que a compõe estão cobertos pelas demais tabelas. Quanto ao aspecto relativo ao controle subjetivo, não cabe ao TCU determinar que a Petrobras revise unilateralmente o contrato, uma vez que determinação dessa natureza poderia ser inócua. Havendo a necessidade de revisão do contrato, cabe recomendar que a Estatal tome tal iniciativa.

Passa-se a analisar mais detidamente a incidência parcial da tabela 3 e a questão sobre o controle subjetivo a ser exercido pelo Tribunal.

Incidência parcial da tabela 3:

Com base nas respostas das diligências ao Porto de Suape e à Antaq, o auditor chegou à seguinte análise:

‘89. A cobrança da tarifa da tabela 3, independente do operador portuário, é feita de forma integral, para todos os operadores portuários, tendo em vista a disponibilização da infraestrutura. O que caracteriza a incidência dessa tarifa é a disponibilização, apenas isso, independente do investimento realizado por Rnest mas não se mostra razoável cobrar a Rnest pela utilização da infraestrutura colocada à disposição para a transferência das mercadorias das embarcações até as instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na área do porto, ou

no sentido inverso, quando o investimento na tubovia e nos outros itens para o transporte foi pago integralmente com recursos adiantados sem direito a reembolso.

90. Ademais, a tarifa aplicada à Rnest poderia, sim, ser reduzida conforme a agência reguladora expôs, dito assim, a autoridade portuária pode estabelecer descontos tarifários mediante critérios de conveniência e oportunidade, os quais deverão ser concedidos de forma isonômica àqueles usuários que se encontrem em condições comerciais semelhantes.

91. Ora, existe apenas uma refinaria na região, este usuário poderia ser beneficiado com redução nas tarifas, haja vista o incremento no faturamento do porto advindo das novas movimentações de produtos. Ressalta-se que a Antaq é o ente apto a arbitrar conflitos entre as partes, inclusive referente a tarifas, consultada pela Petrobras, a Antaq pronunciou que as tarifas aplicadas são devidas independente do operador e das condições, pelo simples motivo de colocá-la à disposição do operador portuário.

92. A negociação da Petrobras para a instalação da Rnest foi complexa, envolveu muitas variáveis, atores e situações, e foi dependente, conforme se infere dos esclarecimentos prestados, de imposição de quem administra o Porto de Suape, já que não foi dada, por exemplo, a possibilidade à estatal federal pelo arrendamento de área situada no Porto de Suape para suas operações.

93. Lendo detidamente a incidência da tarifa da tabela 3, faz regra para quem utiliza a infraestrutura colocada à disposição para a transferência de mercadorias das embarcações até as instalações de armazenagem localizadas na área do porto.

94. Ora, porto organizado, segundo a Lei 12.815/2013, é um bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária. Área do porto organizado, segundo a RN 07/2016 e a Lei 12.815/2013, é a área delimitada por ato do Poder Executivo, que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado. Na peça 215, p. 9, encontra-se a delimitação do porto de Suape conforme o Regulamento de Exploração do Porto de Suape.

95. Se a refinaria não faz parte da infraestrutura de acesso, é localizada fora do porto organizado, conforme se observa da imagem de satélite retirada do sítio do porto de Suape, <http://www.suape.pe.gov.br/pt/negocios/mapa-de-empresas> (peça 216) e o transporte dos produtos desembarcados no PGL-3 são realizados de forma automatizada até a refinaria, a incidência da tarifa da tabela 3 é indevida.

96. Retornando ao TAT, apesar das alegações dos diligenciados de que se assemelha ao contrato de passagem, aquele instrumento jurídico não é um contrato de passagem. Mesmo que fosse, a legislação que rege esse instrumento jurídico é cristalina, o interessado que movimentar mercadorias proveniente do transporte aquaviário pode pactuar com a administração do porto, mediante remuneração adequada, a passagem em área de uso comum; os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado; o valor da remuneração a ser paga deverá ser calculado pela administração do porto com base no impacto direto ou indireto causado nas áreas afetadas, sem prejuízo do pagamento das tarifas pertinentes.

97. Rnest remunerou Suape à medida que adiantou recursos sem reembolso para a infraestrutura necessária no transporte das mercadorias – píer, dragagem, molhe, reforço e prolongamento -, Rnest não terá direito à indenização desses valores adiantados, essa estrutura construída para instalação dos dutos é ativo já contabilizado por Suape e, de novo, a tarifa da tabela 3 não se aplica, pois, o transporte se realiza para fora do porto organizado.

98. Ainda mais grave, é a alegação de que alguns custos que compõe a tabela 3 aplicam-se direta ou indiretamente às movimentações realizadas pela Rnest, tais como: rede elétrica, rede de água e esgoto, sinalização e iluminação, sistema de telecomunicação, instalações sanitárias, áreas de estacionamento, sistema de proteção ao meio ambiente e de segurança do trabalho, a vigilância das dependências portuárias e o rateio dos custos indiretos e despesas de administração do Porto de Suape, pois o transporte, retirada a pequena extensão que os dutos percorrem na tubovia, é feito de forma automatizada por dutos subterrâneos. Esses ditos custos, são, sim, compensados pelas outras tarifas cobradas de Rnest (tabela 1 e 2).

99. Sobre eventual prejuízo ao Porto de Suape pela retirada da tarifa da tabela 3 na fórmula de reembolso, conforme exposto no Relatório de Fiscalização 279/2011, constante do TC 007.318/2011-1, p. 40, isso não ocorrerá:

‘II.d. - Suape terá lucro mesmo que não cobre a tarifa correspondente à tabela 3

Desconsiderando-se a aplicação da tabela 3 de Suape, referente à utilização da infraestrutura terrestre, sua receita anual livre de amortização da dívida será de R\$ 18 milhões/ano (35% x 1.618.231ton/mês x R\$ 2,60/ton x 12meses), ou seja, Suape tem capacidade de pagar o empréstimo e ainda lucrar bastante mesmo sem cobrar a tarifa prevista na tabela 3. (ver Planilha - Análise da Tarifa Portuária de Suape).’

100. Do exposto, então, necessário adequar a fórmula de reembolso dos valores adiantados com ressarcimento para dela retirar o valor correspondente à tarifa da tabela 3, subitem 3.1.1, praticada no Porto de Suape, pois a utilização desta tabela 3 se mostra irregular haja vista que os produtos da Rnest se destinam para fora do porto, ou seja, não até as instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na Área do Porto, ou no sentido inverso, conforme prevê a Tabela 3, e a exclusão dessa cobrança não acarretará prejuízo ao porto’.

Em complemento à análise acima transcrita, quando do exame das oitivas realizadas, o auditor concluiu:

‘149. A autoridade portuária de Suape é a responsável pela aplicação das tarifas e poderia conceder um desconto à Rnest, desde que fosse de forma geral, a todos os usuários em condições semelhantes, a fim de alavancar as operações no porto e, conseqüentemente, seu faturamento, utilizando critérios de sua conveniência e oportunidade. Frise-se que Rnest pode se caracterizar como único operador portuário em condições semelhantes e a redução do valor da tarifa, apenas para Rnest, seria, nesse sentido, regular.

150. Ninguém abordou, entretanto, se é devida a cobrança da tarifa da tabela 3 já que o destino dos produtos movimentados pela Rnest se encontra fora da área do porto, sendo assim, a Refinaria encontra-se em uma situação distinta dos arrendatários que utilizam os serviços de movimentação terrestre.

151. Acrescenta-se, que esse transporte é feito por dutos, de forma automatizada, para fora do porto, sendo inaplicável a cobrança desta tarifa, já que está fora do campo de incidência. Ademais, Rnest continua pagando as demais tarifas praticas no Porto de Suape e essas são aptas a suportarem eventuais custos tendo em vista a magnitude da tonelagem movimentada, especialmente as tarifas referentes à estrutura da infraestrutura marítima’.

Em que pese os argumentos trazidos, o não ressarcimento/reembolso, por si só, não é motivo para não cobrar a tabela 3 na sua integralidade, uma vez que a Petrobras, de acordo com os termos do TAT, está sendo ressarcida via exclusividade. Em outras palavras, a Empresa é a única usuária do bem e, inclusive, lança esse direito como ativo intangível na sua contabilidade.

Tarifa portuária nada mais é do que o preço cobrado pela autoridade portuária para a prestação de determinado serviço. É dizer, a tarifa serve para cobrir custos incorridos na prestação

dos serviços prestados pela autoridade portuária aos operadores portuários. Dessa forma, os argumentos trazidos na instrução de que o porto poderia compensar tarifas, numa espécie de subsídio cruzado, ou que o negócio para o porto seria lucrativo mesmo sem a cobrança da tarifa, não merecem prosperar.

Nesse sentido, verifica-se que a tabela 1 tem por objetivo fazer face à “Utilização da infraestrutura marítima” e é devida pelo armador, agente de navegação ou requisitante; a tabela 2, por sua vez, é cobrada pela “Ocupação das instalações de atracação” e é devida pelo armador ou agente de navegação. Somente a tabela 3 é composta por custos que dizem respeito à “Utilização da infraestrutura terrestre” e é devida pelo operador portuário ou requisitante.

Portanto, a questão não gira em torno da possibilidade de “subsídio cruzado” contábil entre as tarifas ou o porto ser mais ou menos lucrativo devido a sua cobrança, mas na utilização ou não pela Rnest de serviços disponibilizados por Suape em que incidam a tabela 3.

Nesse sentido, a solução para o problema não é trivial. Percebe-se que, de fato, a Rnest não utiliza, ou utiliza de forma muito reduzida, a infraestrutura terrestre do porto, pois toda a transferência de seus produtos, desde o píer até a refinaria, é feita pela dutovia. Ocorre que, segundo afirmado nos autos, a tabela 3 não visa custear apenas a disponibilização da infraestrutura terrestre, mas também a cobertura de custos relativos com a rede elétrica, rede de água e esgoto, sinalização e iluminação, sistema de telecomunicação, instalações sanitárias, áreas de estacionamento, sistema de proteção ao meio ambiente e de segurança do trabalho, vigilância das dependências, entre outros. Por essa realidade, não é possível afirmar categoricamente que a Rnest não utiliza a totalidade desses serviços.

Em outras palavras, parece indubitável que a Rnest, em virtude das características de sua produção, está em posição diferenciada em relação aos demais operadores portuários no que tange ao nível de utilização dos serviços cobertos pela tabela 3.

Portanto, não haveria nenhuma ofensa à isonomia a aplicação de descontos tarifários somente à Rnest por parte da autoridade portuária, pois não existem usuários em condições comerciais e operacionais semelhantes à da Refinaria. Além disso, os valores constantes das tabelas tarifárias dos portos organizados constituem-se em tetos tarifários e, portanto, podem ser reduzidos. Por outro lado, a total desconsideração da tabela 3 poderia ofender a isonomia, já que poderia significar isentar a Rnest de remunerar o porto por serviços que ela em algum grau utiliza, em detrimento dos demais operadores.

Controle subjetivo:

Com relação ao controle subjetivo, a determinação, conforme proposta pelo auditor, para que a Petrobras revise unilateralmente o contrato parece ineficaz. A Petrobras por vontade própria não teria condição de cumprir determinação dessa natureza, o que prejudicaria a efetividade da ação de controle ora proposta, tornando-a inócua. É mais adequado ao caso recomendação para que a Petrobras tome a iniciativa de renegociar o contrato junto à autoridade portuária com base nos fatos trazidos à baila neste processo. Caso não haja consenso nas negociações, caberia atuação da Antaq para dirimir o conflito, considerando suas competências ínsitas na Lei 10.233/2001.

Como apontado na instrução (parágrafo 80), o TAT é um contrato privado, bilateral, sinalagmático, firmado entre a Petrobras, o estado de Pernambuco e sua estatal, o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros (Suape), cabendo à Antaq a competência para arbitrar eventuais conflitos entre as partes.

Portanto, seria inócua determinação para que a Petrobras, unilateralmente, alterasse o contrato, pois a Estatal não teria competência jurídica para fazê-lo. O máximo que a Petrobras pode fazer, caso tenha elementos suficientes para suportar sua tese, é propor à outra parte a alteração da

cláusula e, caso não haja consenso, instar o arbitramento da Antaq. Como última instância, a Estatal poderia recorrer ao Judiciário.

Nesse último caso, a alteração unilateral da cláusula somente seria possível caso demonstrado vício do consentimento ou erro das partes na assinatura do contrato, ou mesmo divergência suscitada e não arbitrada pela Agência Reguladora. Dessa forma, caso existisse ilegalidade patente na celebração do contrato, o que não foi demonstrado no presente caso, eventual determinação seria pela anulação da cláusula de ofício e deveria ser direcionada as partes e não somente à Petrobras.

Segundo consta da instrução, a negociação do TAT envolveu, entre outros, diversos aspectos técnicos, legais e econômicos, mas que não houve, especificamente, nenhuma informação associada a eventual negociação de desconto nas tarifas praticadas no Porto de Suape. O auditor afirma que, provavelmente, por se tratar de preços públicos praticados para todos os operadores portuários em Suape, a Petrobras não cogitou alterar a tabela de tarifa do porto em favor dela, assumindo que o preço público era uma variável fixa do modelo, sendo assim, imutável.

Não há no processo evidência que dê suporte para tal afirmação. Ao contrário, conforme a resposta da segunda oitiva da Petrobras, a Estatal encaminhou a Carta Rnest 025/2012 para a Antaq solicitando à mesma análise da composição tarifária utilizada no termo celebrado entre Petrobras e Suape, avaliando, em especial, a pertinência e a razoabilidade da utilização das tabelas 1, 2 e 3, principalmente quanto à aplicabilidade da tabela 3.

Segundo a Petrobras, em resposta, a Antaq informou que as tabelas 1, 2 e 3, na situação caracterizada, são devidas à administração do porto e representam no seu conjunto a menor incidência tarifária possível.

Nesse sentido, ante as informações constantes nos autos, por uma questão de isonomia tarifária entre a Petrobras e os demais operadores portuários, é recomendável a rediscussão da aplicação da tabela 3 pelas partes. Cabe ao Tribunal incentivar a Petrobras para que tome a iniciativa de fazê-lo com base nos fatos e argumentos do presente processo, nos termos a seguir propostos.

Ante o exposto, submeto a consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

- a) informar ao Ministro-Relator que, à luz das disposições do Contrato 8500.0000011.09-4, a tubovia integra o ativo imobilizado do Porto de Suape e não da Rnest e o valor repassado pela Petrobras para a sua construção é considerado ativo intangível e será amortizado pela empresa durante os 25 anos em que terá exclusividade na sua utilização;*
- b) recomendar à Petrobras, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que avalie a conveniência e a oportunidade de renegociar, no âmbito do Contrato 8500.0000011.09-4, intitulado Termo de Adiantamento de Tarifas e Compensação Futura e Critérios de Investimento e Outras Avenças, firmado entre a Petrobras, o estado de Pernambuco e o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros, os termos de cobrança da Tabela 3 do Porto de Suape, referente à cobrança de infraestrutura terrestre, no intuito de obter desconto em relação aos itens da composição da referida tarifa portuária não incorridos pela sua planta logística, o que contribuiria para a maior realidade tarifária da contratação;*
- c) determinar à Petrobras, nos termos do art. 43, inciso I, da Lei 8.443/1992 c/c o art. 250, inciso II, do RITCU, que encaminhe a esta Corte, em 90 dias, os resultados da renegociação de que trata o item 'b' ou os motivos caso entenda que não seja conveniente ou oportuno seguir a recomendação proposta; e*

d) dar ciência do acórdão que vier a ser proferido à Agência Nacional de Transportes Aquaviários e ao Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros (Suape), destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/a217cordaos; e

e) arquivar os presentes autos nos termos do inciso III, do art. 169, do Regimento Interno do TCU”.

18. O Secretário da SeinfraPortoFerrovia concordou com as conclusões e com o encaminhamento do Diretor (peça 219).

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de representação autuada de forma apartada à auditoria realizada nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima (Rnest) em Ipojuca/PE, no âmbito do TC 007.318/2011-1.

2. O presente feito trata de supostas irregularidades ocorridas no Contrato 8500.0000011.09-4, firmado entre a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), o Estado de Pernambuco e o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros (Suape).

3. A referida avença tem como objeto estabelecer as condições em que serão operacionalizados os investimentos por Suape no Porto de Suape, com recursos do adiantamento de tarifa a ser promovida pela Petrobras em favor de Suape; definir a sistemática de compensação desse adiantamento; e estabelecer as responsabilidades de cada uma das partes.

4. O presente processo foi autuado por força de despacho do Ministro-Substituto Weder Oliveira, então relator, que entendeu pertinente a apreciação das questões afetas ao Contrato 8500.0000011.09-4 em autos apartados, tendo em vista a especificidade da matéria em relação ao escopo da auditoria.

5. Na fiscalização foram apontados três achados sobre o ajuste em questão: adoção de metodologia e/ou parâmetros econômicos inadequados para a definição da viabilidade econômico-financeira do empreendimento (3.2); adiantamento de pagamentos (3.3); e indício de evasão fiscal (3.7).

6. Sobre o achado 3.2, a equipe de auditoria questionou dois pontos.

7. O primeiro dizia respeito à cobrança, junto à Rnest, da tarifa relativa à utilização do Píer de Granéis Líquidos 3 do Porto de Suape (PGL-3). De acordo com a SecobEnergia, toda a construção da infraestrutura do PGL-3 estava sendo feita com recursos da Rnest, razão pela qual não deveria ser cobrada a tarifa prevista na tabela 3, destinada a *“remunerar Suape pela utilização da infraestrutura terrestre durante a transferência de cargas das embarcações até as instalações de armazenagem, ou no caminho inverso”* (peça 84, p. 2).

8. O segundo ponto questionado pela unidade técnica foi a forma pela qual era cobrada a tarifa portuária no Porto de Suape. Conforme a equipe de fiscalização, a remuneração pela utilização da infraestrutura era calculada levando em conta a quantidade de carga movimentada, em vez do tempo no qual o navio permanecia no Porto, como ocorria em Santos (peça 84, p. 3).

9. A respeito do achado 3.3, a equipe de fiscalização verificou que houve adiantamento de recursos da Petrobras para Suape, especificamente da parcela sem compensação, sem que tivessem sido prestadas as devidas garantias. No caso da dragagem e derrocagem do canal de acesso externo ao porto, a Petrobras liberou, em 10/12/2010, R\$ 40.000.000,00 simplesmente porque foi publicado o edital da concorrência, que foi posteriormente cancelado e substituído por outro que foi posteriormente suspenso.

10. O achado 3.7 tratava de indício de evasão fiscal supostamente existente na operação realizada por meio do Termo de Adiantamento de Tarifas. De acordo com a SecobEnergia, os recursos repassados pela Rnest para Suape, com ressarcimento, apresentavam todas as características de uma operação de crédito, de modo que a operação poderia provocar evasão fiscal ao, artificialmente, minorar o recolhimento dos tributos incidentes sobre o lucro e faturamento (IRPJ, ISS, PIS, COFINS) (peça 32, p. 68).

11. Por meio de despacho, o Ministro-Substituto Weder Oliveira ordenou a restituição dos autos à então denominada Secob-3 para a promoção das oitivas da Rnest e do Porto de Suape, relativamente ao achado 3.3.
12. Quanto aos achados 3.2 e 3.7, o então Relator determinou que o processo fosse posteriormente enviado à ora denominada Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação 1 (Sefid-1) para que ela se manifestasse sobre as constatações e as propostas de encaminhamento contidas no relatório de fiscalização.
13. Na sequência, o Tribunal decidiu transferir este processo para a relatoria do Ministro Augusto Nardes, nos termos do Acórdão 888/2012-Plenário.
14. Como o Ministro Augusto Nardes assumiu a Presidência do Tribunal no biênio 2013/2014, o presente feito foi redistribuído para mim, com fulcro no art. 152 do Regimento Interno do TCU.
15. Após o saneamento do processo, a Sefid-1 compreendeu, após a realização de diligência junto à Antaq, que não havia irregularidade pertinente ao achado 3.2, pois cabia a remuneração, por parte da Rnest, da administração portuária pela disponibilização de toda a infraestrutura do PGL-3, de propriedade de Suape, independentemente da fonte dos recursos utilizados para sua construção.
16. Quanto à forma pela qual era cobrada a tarifa portuária no Porto de Suape, a unidade técnica destacou que o tema dependia da conclusão de estudos por parte da Antaq e que a questão estava sendo tratada, de forma ampla, no TC 018.516/2010-6.
17. Sobre o achado 3.7, a Sefid-1 destacou que a matéria envolvia questões tributárias e, por essa razão, ela se inseria na competência das autoridades fazendárias da União e do Município de Ipojuca
18. Por esses motivos, propôs, apenas, enviar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Prefeitura de Ipojuca cópia do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, bem assim da instrução.
19. Na sequência, a então denominada SecobEnergia avaliou a resposta da oitiva realizada em face do achado 3.3 e constatou que o Porto de Suape havia constituído garantia hipotecária registrada no devido cartório, em valor suficiente para abarcar as parcelas dos adiantamentos previstos em contrato. Por essa razão, a questão das garantias hipotecárias foi considerada saneada.
20. Submetidos os autos ao meu descortino, entendi que a etapa de instrução não havia abordado a questão fulcral apontada originalmente pela equipe de auditoria: a cobrança da tarifa da tabela 3, destinada à utilização da infraestrutura terrestre do porto, embora a movimentação de carga da Rnest se desse por meio de tubovias, que segundo a SecobEnergia integravam o ativo imobilizado da Rnest, e não houvesse o uso de boa parte das instalações terrestres existentes no Porto.
21. Para melhor compreensão dos questionamentos que formulei na ocasião, transcrevo excerto do meu despacho:
- “11. Conquanto a SefidTransporte tenha aduzido que a propriedade do píer continuava sendo de Suape, não houve qualquer manifestação da unidade técnica acerca da situação patrimonial das tubovias nem a análise da repercussão de tal fato sobre a adequação ou não da cobrança de tarifa destinada à utilização da infraestrutura terrestre do porto.*
- 12. Conforme as cláusulas segunda, item 2.3, alínea “a”, e quinta, do Contrato 8500.0000011.09-4, o Estado assumiria a obrigação de construir as tubovias destinadas ao transporte do petróleo, utilizando recursos da Petrobras, sem qualquer ressarcimento posterior por parte de Suape (peça 13, p. 5).*

13. *Ou seja, a empresa pública arcaria com os custos da construção da referida infraestrutura e receberia em troca a cessão de direito de uso exclusivo das tubovias, pelo prazo 25 (vinte e cinco) anos, a teor do item 2.29 da cláusula segunda da avença.*

14. *Do exposto, infere-se que a infraestrutura mencionada pertenceria, de fato, ao Porto de Suape, porém, foi onerosamente cedida à refinaria durante o prazo citado. Todavia, tal informação colide com o apurado inicialmente pela SecobEnerg, que informou que tais bens integravam o ativo imobilizado da RNEST.*

15. *Nesse contexto, **determino** o retorno dos autos à SefidTransporte para que, previamente ao deslinde da matéria, averigue a situação patrimonial das tubovias, à luz das disposições do Contrato 8500.0000011.09-4, realizando as diligências que entender cabíveis.*

16. *Ademais, julgo necessário que a unidade técnica reavalie:*

a) *a adequação da cobrança da tarifa 3 por parte de Suape junto à RNEST, considerando que houve a cessão onerosa do direito de uso exclusivo das tubovias à Petrobras, pelo prazo supramencionado, e o correspondente pagamento de tal direito por parte desta empresa pública;*

b) *em que medida a cobrança da tarifa 3, caso cabível, deveria ocorrer em seu valor cheio, considerando que a Petrobras, além de cessionária do direito de uso da tubovias, supostamente não utilizará, como os demais usuários do porto, as instalações de armazenagem e demais utilidades existentes no Porto;*

c) *caso indevida a cobrança da tarifa 3, quais as medidas processuais cabíveis no âmbito desta Corte de Contas, no que se refere ao controle objetivo e subjetivo.*

17. *Por fim, **determino** que a SefidTransporte promova a oitiva da Petrobras, do Estado de Pernambuco e de Suape acerca do achado 3.2 do relatório de fiscalização, encaminhando, em anexo aos ofícios, cópia do presente despacho e do excerto do relatório que trata do aludido item.”*

22. Na sequência, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária, atualmente denominada SeinfraPortoFerrovia, assumiu a responsabilidade pela instrução do processo e promoveu o seu devido saneamento.

23. O auditor responsável pela análise da matéria concluiu, em face das respostas apresentadas pelos interessados e pela Antaq, que:

a) as tubovias eram bens pertencentes ao patrimônio de Suape contabilizados como ativo imobilizado por esta entidade, sendo o seu direito de uso, por parte da Rnest, contabilizado como ativo intangível da Refinaria;

b) o contrato de passagem, ao qual o Termo de Adiantamento de Tarifas se assemelha, é um ajuste celebrado entre as partes, no qual as obras necessárias para sua execução ficam a cargo do interessado, podendo a administração portuária cobrar uma remuneração pelo exercício do direito de acordo com o impacto que cause nas áreas afetadas; em contrapartida o interessado tem exclusividade na sua utilização durante o prazo estipulado;

c) a remuneração pelo direito de passagem não se confunde com a cobrança das tarifas portuárias. Aquela refere-se a um direito patrimonial do Porto, que está cedendo seu espaço para a utilização da interessada, enquanto a última refere-se ao ressarcimento de custos operacionais; e

d) a tabela de preços praticada pelo Porto de Suape, em especial a tabela 3, é cristalina ao prever a cobrança “pela utilização da infraestrutura colocada à disposição para a transferência de mercadorias das embarcações até as instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na Área do Porto, ou no sentido inverso”, ou seja, não há incidência desta tarifa aos produtos movimentados para fora do porto, com é o caso da Rnest.

24. Por essas razões, o auditor alvitrou que fosse expedida determinação à Petrobras para que realizasse aditivo ao Termo de Adiantamento de Tarifas e Compensação Futura e Critérios de Investimento e Outras Avenças (TAT), Contrato 8500.0000011.09-4, *“a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da avença, excluindo o valor da tarifa da tabela 3 (subitem 3.1.1 - Mercadorias a granel no PGL por tonelada ou fração) do Porto de Suape do cálculo de reembolso do adiantamento dos recursos por meio do TAT, uma vez que não há incidência deste preço na transferência dos produtos do píer (PGL-3) à Rnest, que se localiza fora do porto organizado, recalculando as toneladas para fins de ressarcimento dos valores transferidos por meio do TAT (...)”*.

25. O Diretor da SeinfraPortoFerrovia divergiu da análise e do encaminhamento supramencionados.

26. Sobre a cobrança da tarifa da tabela 3, ele aduziu que:

“(...) a tabela 1 tem por objetivo fazer face à “Utilização da infraestrutura marítima” e é devida pelo armador, agente de navegação ou requisitante; a tabela 2, por sua vez, é cobrada pela “Ocupação das instalações de atracação” e é devida pelo armador ou agente de navegação. Somente a tabela 3 é composta por custos que dizem respeito à “Utilização da infraestrutura terrestre” e é devida pelo operador portuário ou requisitante.

(...)

Nesse sentido, a solução para o problema não é trivial. Percebe-se que, de fato, a Rnest não utiliza, ou utiliza de forma muito reduzida, a infraestrutura terrestre do porto, pois toda a transferência de seus produtos, desde o píer até a refinaria, é feita pela dutovia. Ocorre que, segundo afirmado nos autos, a tabela 3 não visa custear apenas a disponibilização da infraestrutura terrestre, mas também a cobertura de custos relativos com a rede elétrica, rede de água e esgoto, sinalização e iluminação, sistema de telecomunicação, instalações sanitárias, áreas de estacionamento, sistema de proteção ao meio ambiente e de segurança do trabalho, vigilância das dependências, entre outros. Por essa realidade, não é possível afirmar categoricamente que a Rnest não utiliza a totalidade desses serviços”.

27. No que se refere à proposta anterior, o Diretor assinalou que:

“ Como apontado na instrução (parágrafo 80), o TAT é um contrato privado, bilateral, sinalagmático, firmado entre a Petrobras, o estado de Pernambuco e sua estatal, o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros (Suape), cabendo à Antaq a competência para arbitrar eventuais conflitos entre as partes.

Portanto, seria inócua determinação para que a Petrobras, unilateralmente, alterasse o contrato, pois a Estatal não teria competência jurídica para fazê-lo. O máximo que a Petrobras pode fazer, caso tenha elementos suficientes para suportar sua tese, é propor à outra parte a alteração da cláusula e, caso não haja consenso, instar o arbitramento da Antaq. Como última instância, a Estatal poderia recorrer ao Judiciário”.

28. Diante desse quadro, o titular da subunidade alvitrou que fosse recomendado à Petrobras que avaliasse a conveniência e a oportunidade de renegociar, no âmbito do Contrato 8500.0000011.09-4, os termos de cobrança da Tabela 3 do Porto de Suape, referente à cobrança de infraestrutura terrestre, no intuito de obter desconto em relação aos itens da composição da referida tarifa portuária não incorridos pela sua planta logística, o que contribuiria para a maior realidade tarifária da contratação.

29. O Secretário da SeinfraPortoFerrovia concordou com as conclusões e com o encaminhamento do Diretor.

30. Feito esse necessário resumo, passo a decidir.

II

31. Preliminarmente, julgo que a presente representação deve ser conhecida, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade inerentes à matéria.
32. Quanto ao achado 3.2 (adoção de metodologia e/ou parâmetros econômicos inadequados para a definição da viabilidade econômico-financeira do empreendimento), entendo que a análise da matéria exige que se discuta, previamente, a natureza jurídica e os elementos constitutivos do Contrato 8500.0000011.09-4 e, ainda, o regime jurídico ao qual ele se submete.
33. Conforme visto, a avença tem por objeto estabelecer as condições em que serão operacionalizados os investimentos por Suape no Porto de Suape, com recursos do adiantamento de tarifa a ser promovida pela Petrobras em favor de Suape; definir a sistemática de compensação desse adiantamento; e estabelecer as responsabilidades de cada uma das partes, conforme a cláusula primeira do contrato (peça 13, p. 3).
34. Consoante a cláusula segunda do ajuste, o Estado de Pernambuco e Suape assumiram a obrigação de utilizar os recursos repassados pela Petrobras a título de adiantamento de tarifas portuárias para construir as obras enumeradas, segundo as descrições constantes do anexo 1.
35. A leitura do contrato permite, ainda, depreender que as obras a serem executadas por Pernambuco e por Suape foram divididas em dois grupos: as destinadas a atender interesse específico da Petrobras e as demais, de uso compartilhado com os demais usuários do porto.
36. As primeiras seriam custeadas pela Petrobras, sem qualquer forma de ressarcimento, tendo em vista os direitos de exclusividade/preferência da entidade. As demais, denominadas com ressarcimento, também seriam custeadas pela Petrobras, mas seriam objeto de compensação posterior mediante a movimentação de 315.547.758 toneladas de carga, que seriam faturadas (e não pagas) pela tarifa portuária acordada, R\$ 1,47 por ton. (cláusula quinta do aditivo nº 3 – peça 20).
37. Numa primeira análise, poder-se-ia imaginar que o ajuste se tratava de um contrato de obra pública e de mútuo, no que se refere às parcelas de obras sem e com ressarcimento, respectivamente.
38. Porém, no caso do primeiro grupo de obras, sem ressarcimento, as quais almejavam atender ao interesse específico da Petrobras, o objeto principal do contrato é, em verdade, o direito de passagem dos insumos necessários ao funcionamento da Rnest pelo Porto de Suape por 25 anos, o qual seria viabilizado a partir da construção da infraestrutura necessária para tanto.
39. A Petrobras poderia simplesmente pagar por esse acesso, mas como a infraestrutura não estava construída, as partes fizeram incluir, no contrato, a obrigação acessória de construir a infraestrutura, que foi atribuído à Suape.
40. Alternativamente, a Petrobras poderia, ela mesma, construir as obras e, somente depois, pagar a remuneração pelo direito de passagem. Porém, tendo optado por atribuir a responsabilidade pela construção a Suape, a Petrobras se viu na obrigação de, além de remunerar a passagem, arcar com os custos da construção da infraestrutura.
41. Também foi estabelecido que a empresa estatal iria antecipar a remuneração total do contrato – incluindo o direito de passagem por 25 anos e os custos de construção, a fim de possibilitar a implantação da infraestrutura por Suape.
42. Trata-se de um típico contrato de direito privado, não tipificado nem nominado pela Lei 8.666/1993 – que se aplica aos contratos de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, nos termos de seu art. 1º.
43. O direito de passagem está previsto no art. 1285 do Código Civil, **in verbis**:

“Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso à via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

§ 1º Sofrerá o constrangimento o vizinho cujo imóvel mais natural e facilmente se prestar à passagem.

§ 2º Se ocorrer alienação parcial do prédio, de modo que uma das partes perca o acesso a via pública, nascente ou porto, o proprietário da outra deve tolerar a passagem.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo antecedente ainda quando, antes da alienação, existia passagem através de imóvel vizinho, não estando o proprietário deste constrangido, depois, a dar uma outra.”

44. No caso específico de passagem por instalações portuárias, o instituto e essa modalidade de contratação foram posteriormente disciplinados pela Resolução 2.240-Antaq, de 4 de outubro de 2011. Atualmente, a matéria está tratada do seguinte modo na Resolução Normativa nº 07-Antaq, de 31 de maio de 2016:

“Art. 36. O interessado que desenvolva atividade de movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário poderá pactuar com a administração do porto, mediante remuneração adequada, a passagem em área de uso comum ou já ocupada por terceiros no âmbito da poligonal do porto organizado.

Parágrafo único. O interessado que não desenvolva a atividade descrita no caput também poderá pactuar o instituto da passagem, com observância, naquilo que couber, das disposições desta Norma.”

45. Segundo o art. 37 da norma, o direito de passagem ali especificado tem como objetivo permitir a instalação da infraestrutura necessária, tais como dutos, a qual será custeada pelo próprio interessado. Segue a redação do dispositivo no que interessa:

“Art. 37. (...).

§ 2º A passagem cabará para a instalação de dutos, esteiras transportadoras, passarelas ou outros meios que viabilizem a movimentação de mercadorias ou passageiros.

§ 3º Os investimentos vinculados ao contrato de passagem deverão ocorrer às expensas do interessado, mediante anuência da administração do porto, sem direito a indenização, salvo quando referido contrato estiver vinculado a contratos de arrendamento, situação em que os investimentos poderão ser considerados na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do arrendamento.”

46. O art. 42 da aludida resolução trata do valor da remuneração devida pela passagem:

“Art. 42. O valor da remuneração a ser paga deverá ser calculado pela administração do porto com base no impacto direto ou indireto causado nas áreas afetadas, sem prejuízo do pagamento das tarifas pertinentes.

§ 1º O valor a que se refere o caput será pago mensalmente à administração do porto.

§ 2º Quando envolver área arrendada a terceiros, a administração do porto lhes repassará os valores devidos, oriundos de parte da remuneração recebida do interessado no direito de passagem.”

47. O art. 43 da resolução, por sua vez, fundamenta a possibilidade de a autoridade portuária exigir, do interessado pela passagem, a realização de investimentos na área comum do porto que seja por ele utilizada.

“Art. 43. (...)

Parágrafo único. A autoridade portuária poderá impor ao beneficiário do contrato de passagem a obrigação de realizar investimentos em construção ou manutenção de infraestrutura comum dentro da área do porto organizado que seja por ele utilizada.”.

48. Por fim, o art. 44, parágrafo único, da norma cuida da propriedade dos bens construídos para viabilizar o direito de passagem, após a extinção do ajuste.

“Art. 44. (...)”

Parágrafo único. Na extinção do contrato de passagem, as instalações e os equipamentos afetados ao seu exercício serão, a critério da autoridade portuária, revertidos ao patrimônio da União ou removidos às expensas do beneficiário.”.

49. Dito isso, verifico que o conjunto de bens especificados nos itens 2.3 e 2.4 do contrato, com a alteração promovida aditivo nº 3 – tubovias, engordamento interno do molhe para criação de faixa de servidão para tubulações, reforço externo do molhe, prolongamento do molhe e dragagem e derrocamento do canal marítimo de acesso ao porto – constituem investimentos sob a responsabilidade da Petrobras/Rnest para subsidiar o direito de passagem pelo Porto de Suape, ou seja, a movimento das cargas líquidas pelos dutos instalados sobre as tubovias.

50. A cláusula quinta do Contrato 8500.0000011.09-4, alterada pelo 3º aditivo, previu o pagamento, por parte da Rnest/Petrobras, dos valores de R\$ 165.442.006,61 e R\$ 200.000,00, para o custeio dos aludidos investimentos e, ainda, pelos seguintes direitos de exclusividade e preferência, pelo prazo de duração do contrato – exclusividade no acesso à tubovia que ligará a refinaria ao novo píer petroleiro PGL-03; uso preferencial do PGL-03; prioridade na atracação da Petrobras ou empresa por ela indicada, conforme a cláusula 2.2.9.

51. Sendo assim, é possível afirmar que o preço especificado no item anterior contempla os investimentos e a remuneração do porto relativo à concessão do direito de passagem à Rnest/Petrobras.

52. Quanto às tarifas devidas pela movimentação das cargas da Rnest pelos dutos instalados sobre as Tubovias, não se discute que a incidência desses encargos, mesmo a entidade tendo pago pelos direitos de exclusividade e preferência, ou seja, arcado com o direito de passagem – além dos investimentos em si, como já afirmado. O que se buscou verificar foi a incidência da tabela 3 na composição tarifária incidente sobre a carga manipulada pela Rnest.

53. As tarifas no Porto de Suape vigentes à época compõem um conjunto de 5 tabelas (peça 189, p. 26-35). Cada tabela tem característica de incidência própria. A tabela 3, ora em discussão, tem como objetivo remunerar a “*utilização da infraestrutura colocada à disposição para a transferência de mercadorias das embarcações até as Instalações de armazenagem, de qualquer uso, localizadas na Área do Porto, ou no sentido Inverso*” e a carga em exame circula apenas pelos dutos, do navio para a refinaria, isto é, sem utilizar a infraestrutura do porto.

54. Nesse cenário, a exclusão da parcela correspondente à tabela 3 implicará uma redução no valor da tarifa devida pela Rnest e, por consequência, um aumento na quantidade de carga a ser movimentada com desconto, para compensar os investimentos realizados sob a modalidade “com ressarcimento”.

55. Sobre o tema, entendo que o Diretor da SeinfraPortoFerrovia enfrentou de modo adequado a matéria. Ainda que a Petrobras não utilize ou utilize de forma reduzida a infraestrutura terrestre do porto, verifico, a partir do esclarecimento prestado pelo Diretor-Geral Substituto da Antaq, que a parcela da tarifa da tabela 3 serve para custear utilidades que, em tese, a Petrobras, na condição de usuária, de algum modo usufrui, de forma direta ou indireta.

56. Nesse sentido, colho a seguinte passagem da manifestação do representante da agência reguladora (peça 189, p. 24):

“7. Os valores fixados nesta tabela remuneram, além das obrigações da administração do porto definidas no art. 13 da MP n° 595/2012, a utilização da infraestrutura terrestre, por ela mantida, que os operadores portuários ou requisitantes encontram para acesso e execução de suas operações no porto, abrangendo: arruamento, pavimentação, sinalização e iluminação, acessos rodoviários ou ferroviários, dutos e instalações de combate a incêndio, redes de água, esgoto, energia elétrica e telecomunicação, instalações sanitárias, áreas de estacionamento, sistema de proteção ao meio ambiente e de segurança do trabalho, a vigilância das dependências portuárias; e o rateio de custos indiretos e despesas da administração do porto”.

57. Com isso, concordo com a assertiva do titular da subunidade que *“(...) não é possível afirmar categoricamente que a Rnest não utiliza a totalidade desses serviços”*. Por isso, entendo que não cabe a proposta de mandar excluir da composição tarifária do cálculo da compensação o valor da tarifa pertinente à tabela 3.

58. A despeito disso, entendo que não se mostra adequada a cobrança da tarifa 3 em seu valor cheio. Considerando que a Petrobras não utilizará, como os demais usuários do porto, as instalações de armazenagem e demais utilidades existentes no Porto e, ainda, aparentemente não movimentará a infraestrutura terrestre na extensão de um usuário que movimenta granéis sólidos e contêineres, por exemplo, parece despropositada a inclusão do valor integral da aludida tarifa na equação matemática realizada para a definição da carga objeto de compensação.

59. Dessa forma, compreendo adequado instar as partes a encontrarem um valor compatível às peculiaridades da movimentação de carga realizada pela Rnest.

60. Quanto à medida processual proposta pelo auditor, compreendo que a determinação para a celebração de aditivo visando o reestabelecimento de equilíbrio econômico financeiro esbarra no art. 58, § 1º, da Lei 8.666/1993, que estabelece que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

61. Conforme visto, o Contrato 8500.0000011.09-4 é regido, predominantemente, por normas de direito privado. Dessa forma, aplica-se a ele o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 da Lei 8.666/1993 e as demais normas gerais, no que couber, consoante o art. 62, § 3º, da referida norma – na época de sua celebração, em 2008, ainda não havia sido editada a Lei das Estatais.

62. Dentre os dispositivos incidentes sobre o ajuste em exame, cabe destacar os arts. 58 e 59 da Lei 8.666/1993, que contemplam as prerrogativas exorbitantes de rescisão unilateral e declaração de nulidade.

63. Sendo assim, apesar de a Petrobras não poder alterar unilateralmente as cláusulas econômico-financeiras e monetárias sem a anuência das outras partes, conforme o § 1º do art. 58 supramencionado, não haveria óbice jurídico para que o TCU determinasse não a celebração de aditivo, mas a realização de tratativas junto à Suape visando a sua efetivação – obrigação de meio, não de fim.

64. Nessa hipótese, o insucesso na negociação poderia ensejar determinação para que a Petrobras anulasse o contrato, tendo em vista a sua lesividade ao erário federal.

65. Ocorre que o presente ajuste possui relevante especificidade que impede a adoção dessa medida terminativa. Considerando que Suape é uma empresa pública do Estado de Pernambuco, nos termos da Lei Estadual 7.763, de 7 de novembro de 1978, e que o referido ente subnacional também é parte do Contrato 8500.0000011.09-4, todas as partes do ajuste pertencem à Administração Pública, ou seja, detêm prerrogativas de Poder Público.

66. Com isso, diante da situação de igualdade das partes do ajuste em análise, são inaplicáveis as cláusulas exorbitantes especificadas nos arts. 58 e 59 da Lei 8.666/1993. Nesse sentido, qualquer

alteração no aludido ajuste, somente pode ocorrer por acordo entre as partes, não havendo espaço, ainda, para anulação ou rescisão pela via administrativa.

67. Sendo assim, considerando que apenas a Petrobras se encontra sob a jurisdição do TCU, a única medida processual cabível, diante da cobrança da tarifa 3 em seu valor cheio, é instar a entidade a percorrer a via negocial, ou seja, buscar um acordo amigável com o Estado de Pernambuco e Suape, objetivando obter alguma redução no valor da aludida tarifa.

68. Dito de outra forma, o caminho do consenso deve ser obrigatoriamente buscado pela Petrobras, uma vez que não foi demonstrada a economicidade do Contrato 8500.0000011.09-4, sob a ótica do erário federal. Nesse caso, não se trata de oportunidade de melhoria de desempenho, inerente à ideia de recomendação, mas sim de proteção do interesse público da União, algo que deve ser necessariamente perseguido.

69. Por isso, julgo pertinente determinar à Petrobras que promova tratativas junto ao Estado de Pernambuco e ao Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros, com o objetivo de renegociar, no âmbito do Contrato 8500.0000011.09-4, os termos de cobrança da Tabela 3 do Porto de Suape, referente à cobrança de infraestrutura terrestre, no intuito de obter desconto em relação aos itens da composição da referida tarifa portuária não incorridos pela sua planta logística, o que contribuiria para a maior realidade tarifária da contratação.

70. A ideia é impor à Petrobras uma obrigação de meio, não de fim. No caso, deve a entidade buscar resolver a questão, inicialmente, por intermédio da utilização dos instrumentos postos pela Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

71. Dentre os dispositivos aplicáveis, cabe destacar os arts. 36 e 37 da norma:

“Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

(...)

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito”. (grifos acrescidos)

72. Como se vê, o art. 37 supramencionado apenas faculta, não obriga, os entes subnacionais, suas autarquias e fundações públicas, bem como as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, a submeterem seus conflitos com entidades da Administração Pública Federal à mediação da Advocacia-Geral da União. Embora o dispositivo não tenha incluído as empresas estatais estaduais e municipais, não vejo óbice a que elas, de modo espontâneo, também levem seus litígios interfederativos à AGU, com base em sua autonomia.

73. A dúvida que poderia surgir, neste caso, é se seria necessária a anuência expressa do Ministro Relator, na hipótese de haver decisão do TCU sobre a matéria em litígio, o que é o caso dos autos. De todo modo, deixo expresso que essa autorização, se necessária, pode ser deduzida deste voto.

74. Sendo assim, em caso de insucesso na negociação entabulada no item 69, deve a entidade avaliar a conveniência e oportunidade de submeter a matéria à apreciação:

- a) da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) para que harmonize, preservados o interesse público, os interesses secundários das partes, com fulcro no art. 20, inciso II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001;
- b) da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia-Geral da União para que dirima, por meio de conciliação, a controvérsia entre as partes, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/1996, com a redação da Lei 13.129/2015, c/c o art. 18, inciso III, do Decreto 7.392/2010, desde que haja anuência das outras partes; ou
- c) de árbitro ou entidade especializada em arbitragem, escolhido pelos órgãos competentes de cada entidade, para que, alternativamente, promova a tentativa de conciliação, nos termos do art. 13, § 4º, da Lei 9.307/1996, desde que haja anuência das outras partes.

75. Em qualquer caso, julgo pertinente determinar à companhia que envie a esta Corte todos os documentos, atas de reuniões e pareceres técnicos e jurídicos relativos às tratativas de renegociação e à eventual arbitragem da Antaq, conforme especificado nos itens anteriores.

76. As determinações supramencionadas devem ser objeto de monitoramento. Considerando que a matéria em análise envolve questões regulatórias do setor portuário, seria esperado que a responsabilidade pela instrução da matéria fosse atribuída à SeinfraPortoFerrovia. Porém, destaco que a destinatária das determinações é a Petrobras, a qual pertence à clientela da SeinfraPetróleo,

77. Sendo assim, julgo conveniente determinar à Secretaria Geral de Controle Externo que avalie, em face da multiplicidade de temas do processo e da entidade jurisdicionada envolvida, a unidade técnica responsável pela monitoramento do acórdão.

III

78. Sobre o achado 3.3 (adiantamento de pagamentos), a unidade técnica destacou os riscos inerentes ao repasse de recursos da Petrobras para Suape, antes da conclusão das obras. Conforme visto, a unidade técnica verificou que a questão foi regularizada com o fornecimento de garantias relativas a esses adiantamentos. Com isso, considerando que a irregularidade foi saneada, não há medida processual a ser adotada.

79. Com relação ao achado 3.4 (indício de evasão fiscal), abstenho-me de tecer qualquer consideração sobre o assunto, por entender que a matéria foge à competência desta Corte de Contas.

80. Por esse motivo, julgo adequado apenas, enviar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Prefeitura de Ipojuca cópia do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, bem assim do relatório de fiscalização e da instrução da então denominada SecobEnergia que tratou do tema.

81. Ante todo o exposto, voto por que seja adotada a deliberação que obra submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 22 de agosto de 2018.

BENJAMIN ZYMLER
Relator



ACÓRDÃO Nº 1953/2018 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 032.449/2011-9.
2. Grupo II – Classe de Assunto VII - Representação
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessados: Estado de Pernambuco e Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros - Suape (11.448.933/0001-62)
 - 3.2. Responsável: Pedro Parente (Presidente da Petrobras)
4. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A.
5. Relator: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) e Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural (SeinfraPetróleo).
8. Representação legal: Nilton Antonio de Almeida Maia (67.460/OAB-RJ) e outros, representando Petróleo Brasileiro S.A.; Antígenes Viana de Sena Júnior (21.211/OAB-PE), representando o Estado de Pernambuco; e Virgínia Teixeira Félix da Silva (19533/OAB-PE), representando Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros - Suape.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação autuada de forma apartada à auditoria realizada nas obras de construção da Refinaria Abreu e Lima (Rnest) em Ipojuca/PE, no âmbito do TC 007.318/2011-1, com o objetivo de apreciar supostas irregularidades ocorridas no Contrato 8500.0000011.09 4, firmado entre a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), o Estado de Pernambuco e o Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros (Suape).

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da representação, com fulcro nos arts. 235 e 237, inciso VI e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. determinar à Petrobras, com fundamento no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, que:

9.2.1. promova tratativas junto ao Estado de Pernambuco e ao Complexo Industrial Portuário Governador Eraldo Gueiros, com o objetivo de renegociar, no âmbito do Contrato 8500.0000011.09-4, intitulado Termo de Adiantamento de Tarifas e Compensação Futura e Critérios de Investimento e Outras Avenças, os termos de cobrança da Tabela 3 do Porto de Suape, referente à cobrança de infraestrutura terrestre, no intuito de obter desconto em relação aos itens da composição da referida tarifa portuária não incorridos pela sua planta logística, nos termos do voto condutor desta deliberação, o que contribuiria para a maior realidade tarifária da contratação;

9.2.2. em caso de insucesso na negociação entabulada no item anterior, avalie a conveniência e oportunidade de submeter a matéria à apreciação:

9.2.2.1. da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) para que harmonize, preservados o interesse público, os interesses secundários das partes, com fulcro no art. 20, inciso II, alínea “b”, da Lei 10.233/2001;

9.2.2.2. da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal da Advocacia-Geral da União para que dirima, por meio de conciliação, a controvérsia entre as partes, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/1996, com a redação da Lei 13.129/2015, c/c o art. 18, inciso III, do Decreto 7.392/2010, desde que haja anuência das outras partes; ou

9.2.2.3. de árbitro ou entidade especializada em arbitragem, escolhido pelos órgãos competentes de cada entidade, para que, alternativamente, promova a tentativa de conciliação, nos termos do art. 13, § 4º, da Lei 9.307/1996, desde que haja anuência das outras partes;

9.2.3. encaminhe a esta Corte, em 90 dias, todos os documentos, atas de reuniões e pareceres técnicos e jurídicos relativos às tratativas de renegociação e à eventual arbitragem da Antaq, conforme especificado nos itens anteriores;

9.3. dar ciência desta deliberação à Petrobras, ao Estado de Pernambuco e a Suape;

9.4. determinar à Secretaria Geral de Controle Externo que avalie, em face da multiplicidade de temas do processo e da entidade jurisdicionada envolvida, a unidade técnica responsável pelo monitoramento deste acórdão;

9.5. enviar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Prefeitura de Ipojuca cópia do Contrato 8500.0000011.09-4 - Termo de Adiantamento de Tarifas, bem assim do relatório de fiscalização e da instrução da então denominada SecobEnergia que tratou do achado 3.3 “indício de evasão fiscal”; e

9.6. encerrar o processo.

10. Ata nº 32/2018 – Plenário.

11. Data da Sessão: 22/8/2018 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1953-32/18-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Raimundo Carreiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler (Relator), Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministra que alegou impedimento na Sessão: Ana Arraes.

13.3. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
BENJAMIN ZYMLER
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral