PARECERES

ÁREAS PORTUÁRIAS — ARRENDAMENTO — LICITAÇÃO

PARECER

ARRENDAMENTO DE ÁREAS PORTUÁRIAS.

Contrato celebrado na vigência do Dec.lei nº 05/66. Empresa posteriormente incorporada à Petrobras. Alegação de prorrogação tácita. Obrigatoriedade de licitação para nova contratação com a PETROBRAS, à luz das leis vigentes.

Honra-nos o Dr. Diretor — Presidente da CODEBA com a solicitação de um pronunciamento jurídico sobre o anexo expediente da PETROBRAS, constante de vários documentos relativos ao contrato de arrendamento da área PA 82 — 015 — Código 2.3. situada no porto organizado de Aratu, de nº 005/89.

À vista dos documentos anexados à presente Consulta, cabe destacarem — se os seguintes elementos de fato :

1. O referido Contrato nº 005/89 foi celebrado, originariamente, entre a CODEBA e a empresa NITROFÉRTIL, em 13/01/89, sob a égide da legislação então vigente, a saber o Dec. Lei nº 05/66 e o seu regulamento, aprovado pelo Decreto nº 59.832, de 21/12/66, para o arrendamento da área PA 82 — 015, com prazo de duração previsto para dez anos, a partir de 1º/06/88, sendo o termo final contratual fixado, portanto, para 1º/06/98.

Rezava dito instrumento, no § 1º de sua cláusula segunda, que, *in verbis*,

"Findo o prazo previsto nesta cláusula, poderá o presente contrato ser prorrogado nas condições estabelecidas no § único do art. 111 do Dec. 59.832, de 21/12/66, desde que haja interesse das partes contratantes." (Gri-famos).

Já se vê, pois, que a prorrogação contratualmente prevista *não era* automática, dependendo de duas condicionantes : a) que houvesse interesse de ambas as partes contratantes; b) que fossem satisfeitas as condições estabelecidas no § único do art. 111 do Dec. 59.832/66.

2. Previa, ainda, o referido instrumento contratual, no § 2º da citada cláusula segunda, que caberia à arrendatária propor a prorrogação do ajuste com antecedência de 60 dias do advento do termo final.

3. Vários acontecimentos se sucederam, durante a vigência do aludido contrato:

a) a NITROFÉRTIL foi incorporada pela PETROBRAS, por deliberação da Assembléia Geral Extraordinária de 17 de dezembro de 1993, segundo as disposições dos artigos 223 a 227, da Lei das Sociedades por Ações (nº 6.404/76);

b) em 7/04/98, ainda na vigência do Contrato nº 05/89, foi celebrado entre a CODEBA e a PETROBRAS, esta última na qualidade de sucessora da NITROFÉRTIL, e representada pela FAFEN, o contrato de nº 225.2.011.98-7, objetivando o ajustamento das tarifas a serem cobradas pela referida autoridade portuária, contrato, este, estipulado com o prazo de 36 meses, devendo o mesmo expirar sua vigência em // 2000 . Tal contratação, por suas características, representa um instrumento acessório ao contrato principal, de nº 005 / 89, uma vez que somente tem sentido se efetivamente estiver acoplado a um contrato de arrendamento portuário da área PA 82 — 015 — Código 2.3.

c) advindo, em 1º/06/98, o termo final do

contrato nº 05/89, entretanto, a PETROBRAS, na qualidade de sucessora da NITROFÉRTIL, em nenhum momento propôs à CODEBA a prorrogação do aludido ajuste, como impunha a sua cláusula segunda no § 2º;

d) também a sucessora da contratada em nenhum momento cumpriu, ou fez cumprir, o disposto na cláusula 11ª do contrato nº 05 / 89, segundo a qual, *após o vencimento* do prazo contratual, inclusive, sem que se efetuassem a entrega da área arrendada, seria paga à CODEBA uma multa diária; nem, por seu turno, a CODEBA, em qualquer oportunidade, efetuou a cobrança da aludida multa, contratualmente estipulada;

e) até a presente data, vem sendo pago pela FAFEN o arrendamento mensal normal estipulado no referido contrato nº 05/89, sem qualquer acréscimo;

4. Recentemente, a Presidência da CODEBA dirigiu à FAFEN uma correspondência — padrão, igual a todas que vem endereçando aos arrendatários de áreas portuárias com contratos vencidos, comunicando — lhe que o contrato nº 05/89 havia expirado sua vigência desde junho de 1998, e que o mesmo não seria renovado, uma vez que o Dec. lei nº 05/66 e o Dec. nº 59.832/66 haviam sido expressamente revogados pela nova Lei de Modernização dos Portos, de nº 8.630/93, a qual, a par de significativas inovações em torno da matéria, taxativamente exige a realização de licitação para o contrato de arrendamento de áreas portuárias.

À vista de tais fatos, a CODEBA solicitava a devolução da área arrendada, ao mesmo tempo em que convidava a arrendatária a participar da licitação que irá ser aberta, esclarecendo que, em tais licitações, ficarão devidamente preservados os direitos dos antigos arrendatários, pela aplicação do disposto no artigo 45, combinado com os arts. 43 e 44, da Lei nº 8.987/95, plenamente adequados à espécie.

5. Ao que parece, deu-se um cruzamento de correspondências, porque, ainda antes de responder à comunicação da CODEBA, a FAFEN, em carta de 8 de julho do corrente ano, veio manifestar sua intenção de prorrogar o contrato nº 225.2.011.98-7 até 5/10/2002.

Tendo respondido a Presidência da CODEBA, explicando que não poderia legalmente prorrogar o aludido contrato, é remetido pela PETROBRAS um conjunto de documentos, argumentando, em resumo, a par de outras informações, que:

a) em consequência da incorporação da antiga NITROFÉRTIL pela PETROBRAS, deliberada pelos seus acionistas reunidos na Assembleia Geral Extraordinária de 17/12/93, a PETROBRAS passou a ser a titular de todos os direitos e deveres, legais e contratuais, da empresa então incorporada, entre os quais os ajustados no contrato de arrendamento nº 15/89;

b) já se verificou a prorrogação de um contrato de arrendamento celebrado entre a PETROBRAS e a CODESP (Quarto Instrumento de Retificação, Ratificação e Aditamento do Contrato Operacional PRES/13/93, anexo por cópia), ao entendimento de que a lei 8.630/93 não determinou a extinção dos contratos existentes, sendo apenas recomendada a sua adequação, motivo pelo qual pode ser exercida a faculdade de prorrogação, sem ofensa do dever de licitar;

c) segundo o art. 2º da Lei 8.666/93, só existe o dever de licitar quando a Administração Pública contrata com terceiros, não quando a contratação se dá entre entidades da Administração Pública Indireta, sendo a contratação entre estas possível sem a obrigação de licitar, até porque ambas, CODEBA e PETROBRAS, são sociedades de economia mista federal, e, portanto, representam o interesse do mesmo ente federal, a União;

c) parece perfeitamente possível a prorrogação do contrato de arrendamento nº 05/89, mesmo porque já se verificou a prorrogação tácita do contrato, pelo que se trata, agora, de formalizá-la, adequando — a à nova sistemática.

Passamos a responder à Consulta da Presidência.

São as seguintes as principais indagações que nos cabe examinar, para o desate da questão :

1ª. Se, efetivamente, a PETROBRAS se constitui em sucessora dos direitos e obrigações decorrentes do Contrato nº 005/89.

2ª. Se, com o comportamento de ambas as partes, teria ocorrido uma *prorrogação tácita* do Contrato nº 005/89.

3ª. Se caberia à PETROBRAS, em sua qualidade de sociedade de economia mista federal, concorrer, em um certame licitatório, para a celebração de arrendamento de área portuária da CODEBA, também sociedade de economia mista federal.

RESPONDEMOS.

1. Efetivamente, à luz dos documentos exibidos pela PETROBRAS, constata — se que a antiga empresa NITROFÉRTIL foi objeto de incorporação pela PETROBRAS, através de deliberação da assembléia geral desta última, a qual se processou regularmente, sendo os atos pertinentes devidamente registrados na Juntas Comerciais dos Estados da Bahia e do Rio de Janeiro.

Também é certo que a incorporação de sociedade, nos precisos termos do art. 227 da Lei de Sociedades por Ações (nº 6.404/76), alterada pela de nº 9.457/97, tem como efeito o de que a sociedade incorporadora sucede à incorporada em todos os direitos e obrigações.

Vale apenas observar que a incorporadora, no caso a PETROBRAS, ao assumir, por imperativo legal, as obrigações da incorporada, no contrato em questão, deixou de cumprir as cláusulas contratuais já referidas, sem que, entretanto, a CODEBA, na qualidade de Contratante, fizesse valer os direitos que lhe assistiriam, por força do referido contrato. Bem ao contrário, como assinalado, continua a receber os pagamentos do arrendamento normalmente, sem a imposição das multas devidas.

Por outro lado, ao que tudo indica pela leitura do processo relativo ao contrato acessório nº 225.2.011.98-7, vem a CODEBA cobrando da PETROBRAS — FAFEN as tarifas portuárias pactuadas.

2. Ante a inércia de ambas as partes em cumprir e fazer valer as disposições contratuais, poder — se — ia concluir, como o faz a PETROBRAS, que teria havido, com isto, uma *prorrogação tácita* do referido contrato

nº 05/89? Se efetivamente tal prorrogação ocorreu, quais as consequências jurídicas que daí se devem extrair?

Em regra, no direito privado, presume — se que um determinado contrato, se continua a ser cumprido por ambas as partes, como se nada houvesse acontecido, mesmo depois que adveio o seu termo final contratualmente previsto, é porque, tacitamente, intencionavam as partes dar — lhe prosseguimento.

Essa manifestação volitiva tácita mais ainda é corroborada, se as partes externam tal intenção através de outros comportamentos positivos, cujos efeitos lógicos sinalizam nessa mesma direção.

No caso, milita em favor de tal presunção o fato de que, prestes a expirar o prazo de vigência do contrato nº 05/89, — especificamente, faltando menos de 60 dias — a CODEBA e a PETROBRAS — FAFEN, esta já na qualidade de sucessora legal da NITROFÉRTIL, pactuaram, em 7/04/98, o contrato de nº 225.2.011.98-7, precisamente para ajustar o pagamento das tarifas portuárias devidas à CODEBA, com um prazo de 36 meses, isto é, até este ano de 2000.

Não é bem assim que se passam as coisas no terreno dos contratos administrativos — e o contrato de arrendamento de áreas portuárias é regido, e sempre o foi, por normas de direito público. Os atos praticados — ou não praticados! — evidenciam, isto sim, de parte a parte, um comportamento irregular, violador das cláusulas contratuais e das regras impositivas da Lei nº 8.630 /93. Cabe lembrar que tal Lei revogou, expressamente, sem quaisquer ressalvas, o Dec.lei nº 05/66 e, por via de consequência, o Decreto nº 59.832/66, cujo art. 111, contratualmente, regeria as condições de prorrogação do ajuste. A respeito de prorrogação de contratos de arrendamento, somente subsistiram as condições bem diferentes, constantes do art. 4º, § 4º, inciso XI da referida Lei 8.630/93.

Bem assim, a nova Lei somente dispôs, a respeito de adaptação as normas novas dos contratos já existentes, em seu art. 48, que se refere exclusivamente aos contratos de exploração de terminais ou embarcadores de uso privativo, o que não é o caso.

2. Mas, fiquemos ainda no terreno do direito privado, e recorramos às lições sempre atuais e precisas do mestre ORLANDO GOMES, a respeito da distinção que o mesmo faz, entre *contrato por tempo determinado e por tempo indeterminado*, e entre *prorrogação tácita e recondução tácita* de um contrato:

“Para significar com maior clareza a idéia da *continuidade* de contrato por tempo determinado fala — se em *recondução*, isto é, retomada do contrato. Quando as partes querem, pois, que o contrato ultrapasse seu termo final, reconduzem-no, retomam — no, expressa ou tacitamente, prolongando a duração de suas cláusulas.

“Os efeitos da *recondução* diferem conforme resultem de declaração de vontade expressa ou tácita. Cumpre, pois, apreciá-los separada e sucessivamente.

.....
Sempre que o contrato se prolonga mediante expresse acordo de vontade, passa a vigorar pelo prazo estipulado, seja igual ao do precedente, inferior, ou superior. É como se as partes houvessem celebrado novo contrato com o mesmo conteúdo. Com a *recondução expressa*, não ocorre a conversão do contrato por tempo determinado em contrato por tempo indeterminado, como se dá na *recondução tácita*. A razão é simples. Na *recondução expressa*, há acordo de vontades, anterior à extinção do contrato, para que continue a vigorar por certo tempo. Os efeitos dessa procrastinação são previstos pelas próprias partes, e a intenção que manifestam é a de que o contrato continue por tempo determinado.....

.....
‘A *recondução tácita* é a protelação do contrato presumida pela lei, em vista do comportamento dos contratantes. Vencido o prazo estipulado, as partes continuam a executar o contrato, como se ainda estivesse em vigor. A natural suposição é a de que o prorrogaram. Mas, como não houve manifestação expressa de vontade, inclusive quanto a novo período de duração, entende-se que quiseram prorrogá-lo sem determinação de prazo. Determina a lei que um dos efeitos da *recondução tácita* consiste em converter o contrato por prazo

determinado em contrato por tempo indeterminado. Em consequência, o contrato reconduzido tacitamente pode ser extinto, a todo tempo, por denúncia de qualquer das partes.” (“Contratos”, Rio de Janeiro, FORENSE, 1993, pp. 146 e 147. Os grifos são do autor).

Como já afirmamos, a espécie em comento é um contrato de arrendamento de áreas portuárias, que possui uma disciplina própria, obedecendo a regras de direito público. Assim já era na vigência do Dec.lei nº 05/66, sob cuja égide foi celebrado, em 1989, o contrato entre a CODEBA e a ex — NITROFÉRTIL, e no qual já se previam cláusulas nitidamente exorbitantes, não se tratasse, como se trata, de arrendamento de bens públicos da União, que sempre tiveram em nosso direito uma posição privilegiada em relação aos contratos comuns.

Mais ainda se reforçou tal caracterização com o advento da Lei de Modernização dos Portos, a qual, simultaneamente, conferiu aos contratos de arrendamento de áreas portuárias a obrigatoriedade da estipulação de cláusulas essenciais semelhantes às dos contratos de concessão de serviços públicos (art. 4º, § 4º); fez depender sua celebração de licitação (art. 4º, inc. I), cuja abertura, inclusive, pode vir a ser exigida por terceiros interessados (art. 5º), e, no caso concreto da CODEBA, já o foi, inclusive por via judicial.

Aspecto peculiar da espécie é que, enquanto a Lei 8.630/93 revogou, *sem nenhuma ressalva*, toda a legislação anterior a respeito dos arrendamentos de áreas portuárias, e que o Dec. nº 1.912/96 estabeleceu determinadas regras de transição excepcionais e de estritíssima interpretação, segundo as quais (art. 3º) os contratos de arrendamento de áreas portuárias celebrados na vigência da legislação anterior sofreram, por via daquele decreto, uma prorrogação de caráter geral até 22/05/98, estabelecendo, ainda, prorrogação excepcional, por mais três anos, — até maio de 2001 — prevista no § 2º do citado art. 3º, pelo Ministério dos Transportes ou pela Administração dos Portos, *uma vez que não haja sido possível a realização de licitação para novos contratos de arrendamento*.

Pretendeu a PETROBRAS invocar, em fundamento de suas pretensões neste processo, o precedente trazido por um Contrato da CODESP com a referida entidade.

Não nos parece que seja válido tal precedente, porque se trata simplesmente da adaptação de um antigo *contrato de operações portuárias* ao novo sistema trazido pela Lei 8.630, e não, como no presente caso, de um *contrato de arrendamento portuário típico*.

Escusamo-nos, por outra parte, por compreensíveis motivos de ordem ético — profissional, de apreciar com maiores considerações o aspecto legal envolvido no aludido aditivo contratual, porque não nos foram dados a conhecer os pronunciamentos jurídicos que o embasaram.

Mas, embora respeitemos os seus elaboradores, não aceitamos como válida, em face da legislação vigente, a prorrogação de prazo contratual que do mesmo resultou, nem muito menos a recomendamos como exemplo à CODEBA. Mesmo porque, a orientação reiterada do Tribunal de Contas da União dada às Companhias Docas, no particular dos contratos de arrendamento de áreas portuárias, de modo algum sufraga a tese de que devam, os contratos de arrendamento celebrados na vigência da legislação anterior, sofrer simples prorrogação, sem a adoção do procedimento licitatório a que a lei obriga.

Mas, ainda que assim não fosse; ainda que se tratasse a matéria, exclusivamente, do ponto de vista do direito privado, as clássicas lições anteriormente transcritas nos conduziriam à conclusão inelutável de que teria o referido contrato sofrido uma recondução tácita; que, desta sorte, passara a ter o caráter de um contrato por tempo indeterminado; e que, *ipso facto*, é perfeitamente legítimo que a CODEBA o denuncie a qualquer tempo, à vista dos relevantes interesses públicos conducentes à concretização da política de modernização dos portos. O que, afinal, dá no mesmo, do ponto de vista da solução a ser dada à questão em comento.

4. Vem à baila, então, o supremo argumento de que, *in verbis*,

“tanto a PETROBRAS quanto a CODESP, assim como a CODEBA, são entidades da

Administração Pública Indireta, sendo a contratação entre elas possível sem a obrigação de licitar, até porque ambas representam o interesse do mesmo ente federal, a UNIÃO”.

Nada autoriza, entretanto, em nosso direito posto, a chegar — se a tal conclusão.

Não se trata, no caso, de inexigibilidade de licitação por inviabilidade de competição, amparada no *caput* do art. 25 da Lei 8.666/93. Muito pelo contrário, é perfeitamente possível, e até conveniente para o interesse público, o estabelecimento de salutar competição, para que sejam oferecidas as melhores propostas de arrendamento das áreas portuárias, dentro das melhores e mais vantajosas condições.

Também não se trata, no caso, de licitação dispensada, *ex vi legis*, para contratação entre entidades públicas pertencentes à Administração indireta do mesmo ente federado. São restritas as hipóteses em tal sentido, estatuídas, todas, no art. 17 da referida Lei Geral de Licitações, e nenhuma delas contempla a espécie.

Restaria a hipótese da dispensa de licitação. Como é sabido, os casos de dispensa de licitação são enumerados taxativamente, *numerus clausus*, pelo art. 24 da Lei 8.666/93, sem nenhuma hipótese de ampliação.

É verdade que, a cada alteração superveniente da Lei 8.666/93, tais hipóteses sofrem novas ampliações legais. Mas, dentre as que, na atual redação vigorante da Lei 8.666/93, são taxativamente (repetamos) estipuladas, NENHUMA exclui da obrigatoriedade de licitação os contratos celebrados entre entidades públicas da mesma Administração Indireta.

Na redação hoje vigente da Lei 8.666/93, com todas suas alterações posteriores, há somente a previsão de dispensa de licitação para o que MARÇAL JUSTEN FILHO considera como “contratações internas” da Administração, em dois casos:

a) o inc. VIII do art. 24, que dispõe sobre contratos celebrados *pelas pessoas jurídicas de direito público* para aquisição de bens ou serviços prestados por órgãos ou entidades que integram a Administração pública: não é o caso;

b) inciso XXIII, do art. 24, que somente abrange contratos firmados por empresas públicas e sociedades de economia mista com suas controladas ou subsidiárias: o que, também, evidentemente, não é o caso da CODEBA.

Aliás, com a devida vênia, o argumento de que *tanto a CODEBA quanto a PETROBRAS representam o interesse do mesmo ente federal, a UNIÃO*, prova demais.

De um lado, é curial que as entidades públicas da administração indireta criadas por lei ou com sua autorização passam a ser pessoas jurídicas com capacidade jurídica distinta, com autonomia organizacional, administrativa e orçamentária própria, patrimônio próprio e, logicamente, com *interesses também próprios*.

Por outro lado, o próprio fato de haver a Lei 8.666/93 introduzido as citadas hipóteses excepcionais de dispensa de licitação em seu texto, evidencia que a *regra geral* é a da obrigatoriedade de licitação, inclusive entre entidades públicas da mesma administração indireta.

5. Em face das considerações já expostas, podemos chegar às seguintes conclusões :

1ª — Ante a disciplina legal que sempre foi imposta aos contratos de arrendamento de áreas portuárias, através de sua submissão a certas regras de direito público, foi irregular o prosseguimento do contrato nº 05/89, além do termo final contratualmente previsto, bem como a prorrogação de sua vigência por via transversa, através do contrato acessório de nº 225.2.011.98-7, e o franco descumprimento de cláusulas contratuais.

2ª — Ainda quando a espécie não fosse regida pela Lei nº 8.630/93 e pelo Decreto nº 1.912/96, e somente se lhe aplicassem regras de direito privado aplicáveis aos contratos comuns, mesmo assim teríamos, no caso, uma *recondução tácita* do contrato nº 05/89, que importa na sua transformação em *contrato*

por tempo indeterminado, o qual pode, a qualquer tempo, ser denunciado por uma das partes. Estará à vontade para fazê-lo a CODEBA, no atendimento dos superiores interesses coletivos confiados a sua guarda.

3º — O mais que poderia fazer a CODEBA, dentro do permissivo excepcional aberto pelo Decreto nº 1.912/96 em seu art. 3º, §, seria, através de aditivo contratual, prorrogar a vigência dos contratos 5/89 e 223.2.011.98-98 — 7, até que seja homologada a licitação a ser instaurada para o arrendamento da área PA 82 — 015, na forma da lei, não podendo ser ultrapassado o prazo legal de até 22/05/2001, estipulado pelo Decreto nº 1.912/96.

4º — Pelas suas características especiais, não pode ser considerado precedente válido, em sentido contrário à atual política de arrendamentos portuários da CODEBA, plenamente amparada pelo Ministério dos Transportes e pelo Tribunal de Contas da União, o 4º Aditivo Contratual celebrado entre a PETROBRAS e a CODESP, trazido à colação no processo.

5º — Pela atual redação da Lei 8.666/93 e suas alterações, nada autoriza a inexigibilidade ou a dispensa de licitação para contratos a serem celebrados entre a PETROBRAS e a CODEBA, ainda que sejam ambas sociedades de economia mista federal integrantes da Administração Indireta da União.

É nosso entendimento, salvo melhor juízo .

Salvador, 8 de agosto de 2000.

Alice Gonzalez Borges — adv. inscr. OAB/BA nº 1.315

Professora titular de Direito Administrativo da Universidade Católica de Salvador e Universidade UNIFACS Salvador. Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia.