

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE TECNOLOGIA
DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL**

**A NOVA LEI DOS PORTOS E OS MODELOS DE
CONCESSÕES E DE AGÊNCIAS REGULADORAS:
Mecanismos para a Garantia do Interesse Público**

CONRADO DA SILVEIRA FREZZA

ORIENTADORA: DRA. ANA CLÁUDIA FARRANHA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM TRANSPORTES

BRASÍLIA/DF, FEVEREIRO DE 2016

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE TECNOLOGIA
DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL**

**A NOVA LEI DOS PORTOS E OS MODELOS DE CONCESSÕES E DE
AGÊNCIAS REGULADORAS:**

Mecanismos para a Garantia do Interesse Público

CONRADO DA SILVEIRA FREZZA

**DISSERTAÇÃO DE MESTRADO SUBMETIDA AO PROGRAMA DE PÓS-
GRADUAÇÃO EM TRANSPORTES DO DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA
CIVIL E AMBIENTAL DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

APROVADO POR:

**Profa. Dra. Ana Claudia Farranha Santana – PPGT/UnB
(ORIENTADORA)**

**Prof. Dra. Suely M. V. G. de Araújo – IPOL/UnB
(EXAMINADOR 1)**

**Prof. Dr. José Augusto – PPGT/UnB
(EXAMINADOR 2)**

BRASÍLIA/DF, 25 DE FEVEREIRO DE 2016

FICHA CATALOGRÁFICA

FREZZA, CONRADO DA SILVEIRA

A nova Lei dos Portos e os modelos de concessões e de agências reguladoras: mecanismos para a garantia do interesse público [Distrito Federal] 2016

xiii, 116 p., 210 x 297 mm (ENC/FT/UnB, Mestre, Transportes, 2016).

Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia.

Departamento de Engenharia Civil e Ambiental.

1. Setor Portuário

2. Modelo de Concessões

3. Agências Reguladoras

4. Lei nº 12.815/2013

I. ENC/FT/UnB

II. Título (série)

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

FREZZA, C. S. (2016). A nova Lei dos Portos e os modelos de concessões e de agências reguladoras: mecanismos para a garantia do interesse público. Publicação T.DM-007/2016, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 116 p.

CESSÃO DE DIREITOS

AUTOR: Conrado da Silveira Frezza

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO: A nova Lei dos Portos e os modelos de concessões e de agências reguladoras: mecanismos para a garantia do interesse público

GRAU: Mestre

ANO: 2016

É concedida à Universidade de Brasília permissão para reproduzir cópias desta dissertação de mestrado e para emprestar ou vender essas cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte dessa dissertação de mestrado pode ser reproduzida sem autorização por escrito do autor.

Conrado da Silveira Frezza

Av. Parque Águas Claras, Lt. 55, Apto B-707 – Águas Claras Norte

71906-500 Águas Claras – DF – Brasil

conradodasilveira@gmail.com

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, deixo registrado meu agradecimento à Professora Ana Claudia Farranha, por tudo o que me ensinou durante os anos de pesquisa que deram origem à esta dissertação. Tive com ela minha primeira experiência profissional na área de transportes, no Centro Interdisciplinar de Estudos em Transportes da Universidade de Brasília. Nesse período recebi importantes incentivos que despertaram meu interesse por pesquisas em Transportes e em Direito Regulatório. Tenho certeza de que essa convivência foi muito importante para minha evolução pessoal, acadêmica e profissional.

Durante a elaboração deste trabalho também recebi o apoio de diversos professores, colegas e amigos. É com satisfação que assinalo meu débito para com eles. Agradeço aos professores Paulo César Marques da Silva, Carlos Henrique Rocha, Gradston Luiz da Silva, Marcio Iorio Aranha, Gilberto Barreto e Tetsu Koike, por todos os incentivos e orientações. Também sou grato a Diogo Piloni e Silva, que possibilitou minha atuação profissional na Secretaria de Portos, me proporcionou diversas oportunidades e acreditou em minhas capacidades, bem como a Eduardo Henrique P. Bezerra, Fábio Lavor Teixeira e Luiz Fernando Silva, que gentilmente concederam entrevistas para este trabalho e com quem muito aprendi. Sou grato pelo companheirismo de Lilian Gomes da Silva e Ticiania Gonçalves Vieira, que atualmente compartilham comigo o desafio de auxiliar na elaboração do Plano Geral de Outorgas do setor portuário. Agradeço à colega Fabiana de Oliveira Barbosa pelas discussões, empréstimos de materiais, parceria e amizade, que fizeram das aulas do mestrado uma experiência não apenas edificante, mas também agradável e divertida.

Agradeço especialmente à minha namorada Luana, que me acompanhou e me deu grande apoio para a elaboração deste trabalho. Sua paciência e compreensão certamente contribuíram para essa conquista, e as discussões que tivemos serviram de estímulo para muitas ideias. Guardarei com carinho a amizade e o amor que compartilhamos nessa etapa de nossas vidas.

Por fim, agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq pelo importante apoio financeiro que me foi concedido para a realização desta pesquisa.

“Os dois processos, de publicização do privado e de privatização do público, não são de fato incompatíveis, e realmente compenetraram-se um no outro. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses do privado aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem, para novamente decompor-se e recompor-se, estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social.”

Norberto Bobbio. *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*

RESUMO

Os modelos de exploração do setor portuário brasileiro passaram por diversas alterações nas últimas décadas, variando conforme a prevalência do viés público ou privado na adoção de políticas públicas. Após um período inicial de prevalência de investimentos privados – que deram origem aos primeiros portos e instalações portuárias nacionais –, houve uma fase de estatização conduzida pela Empresa de Portos do Brasil S.A. – Portobrás, extinta em 1990. Posteriormente, sob a vigência da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 – Lei de Modernização dos Portos, houve a privatização do setor, que passou a ser conduzido por entes públicos denominados “autoridades portuárias”, segundo o modelo *Landlord Port*. Com a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013 – nova Lei dos Portos – e regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013, foi estabelecido o novo marco regulatório do setor portuário. Esta pesquisa visa analisar este novomarco normativo, considerando sua conformidade com os modelos brasileiros de concessões de serviços públicos e de agências reguladoras, no intuito de identificarmecanismos de regulação capazes de assegurar a satisfação do interesse público. Busca-se, assim, possibilitar um melhor entendimento acerca da relação, nem sempre clara, entre, de um lado, os modelos de concessões de serviços públicos e de agências reguladoras e, de outro lado, a exploração do setor portuário. Para embasar essa análise, utilizou-se como referencial a Teoria Processual Administrativa da regulação, de Steven Croley. A pesquisa aborda, ainda, questões práticas relevantes, como as mudanças institucionais trazidas pelo novo marco legal, a caracterização jurídica da figura do arrendamento portuário, a fiscalização exercida pelos órgãos de controle e as lacunas na legislação referentes a questões como unificação contratual e prorrogação antecipada de contratos de arrendamento portuário. Os resultados sugerem que a nova normatização está em consonância com as regras de exploração dos modelos de concessões e de agências reguladoras, embora o setor portuário possua características *sui generis*. Constatou-se, ainda, que o novo marco legal se constitui como alternativa viável para a harmonização do conflito existente entre as perspectivas do público e do privado na exploração dos portos brasileiros, apensar de existirem desafios a serem enfrentados para o seu aperfeiçoamento. A pesquisa foi de caráter qualitativo, o método de abordagem foi o indutivo e a técnica para obtenção de dados foi a pesquisa bibliográfica, com base em documentação indireta. Foram consultados documentos e bancos de dados oficiais, bem como foram realizadas entrevistas semiestruturadas a atores chave do setor portuário, por meio de amostragem intencional.

Palavras-chave: setor portuário; modelo de concessões; agências reguladoras; Lei nº 12.815/2013; interesse público; Teoria Processual Administrativa da regulação.

ABSTRACT

The models of exploitation of the Brazilian port sector went through several changes in recent decades, varying according to the prevalence of public or private perspective in the adoption of public policies. After an initial period of private investments – which led to the first national ports and facilities – there was a nationalization phase conducted by the Company of Brazil's Ports – Portobrás, extinct in 1990. Later, during the validity of Law No. 8,630, of February 25, 1993 – Port Modernization Law, the sector was privatized, and started being conducted by public entities called "port authorities", according to the Landlord Port model. With the entry into force of Provisional Measure No. 595, of December 6, 2012, converted into Law No. 12,815/2013 – new Ports Law – and regulated by Decree No. 8,033/2013, it was established the new regulatory framework for the port sector. This research seeks to analyze this new regulatory framework, considering its compliance with Brazilian models of public service concessions and regulatory agencies, in order to identify regulatory mechanisms to ensure the satisfaction of the public interest. The aim is to enable a better understanding of the relationship, not always clear, between, on the one hand, models of concessions and of regulatory agencies and, on the other hand, the exploitation of the port sector. To support this analysis, we used as reference the Administrative Process Theory of regulation, by Steven Croley. This research addresses also to relevant practical issues such as the institutional changes brought by the new legal framework, the legal characterization of the figure of the port lease, the review carried out by control authorities and gaps in legislation relating to issues such as contractual unification and early extension of port lease agreements. The results suggest that the new regulation is in line with the rules for the operation of the models of concessions and regulatory agencies, although the port sector has its own particular characteristics. It was noted also that the new legal framework constitutes a viable alternative to the harmonization of the conflict between the perspectives of the public and the private in the exploitation of Brazilian ports, although there are still challenges to be faced for its improvement. This research was qualitative, the approach was by inductive method and the technique used for data collection was the literature, based on indirect documentation. Official documents and data banks were consulted, and also semi-structured interviews through intentional sampling were conducted with key actors of the port sector.

Keywords: port sector; concessions model; regulatory agencies, ports sector; Law No 12.815/2013, Administrative Process Theory of regulation.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	1
1.1 – PROBLEMA.....	4
1.2 – HIPÓTESE.....	6
1.3 – JUSTIFICATIVA.....	7
1.4 – OBJETIVO.....	9
1.4.1 – OBJETIVO GERAL.....	9
1.4.2 – OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	9
1.5 – METODOLOGIA.....	10
1.6 – ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO.....	10
2 – REVISÃO DA LITERATURA.....	12
2.1 – TEORIA DA <i>PUBLIC CHOICE</i>	15
2.2 – TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO.....	17
3 – EVOLUÇÃO DO MODELO DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: PRIVATIZAÇÃO, ESTATIZAÇÃO E CONCESSÃO.....	20
3.1 – O PREDOMÍNIO DO PRIVADO NA EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA BRASILEIRA NO INÍCIO DO SÉCULO XX.....	21
3.2 – ESTATIZAÇÃO NA FIGURA DA PORTOBRÁS.....	24
3.3 – ELEMENTOS DE PRIVATIZAÇÃO NO SETOR PORTUÁRIO ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 8.630/1993.....	25
3.4 – OS MODELOS BRASILEIROS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DE AGÊNCIAS REGULADORAS.....	28
4 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO.....	34
4.1 – MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO MARCO REGULATÓRIO.....	37
4.1.1 – MUDANÇAS NAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS.....	37
4.1.2 – CRITÉRIO DE JULGAMENTO NAS LICITAÇÕES DE ARRENDAMENTOS.....	38
4.2 – CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DA FIGURA DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO.....	39
4.3 – COMPARAÇÃO ENTRE OS MODELOS BRASILEIROS DE CONCESSÕES E DE AGÊNCIAS E O SETOR PORTUÁRIO.....	43
5 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO E OS MODELOS DE CONCESSÕES E AGÊNCIAS: MECANISMOS PARA A GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO?.....	49
5.1 – MECANISMOS PARA A GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO NO NOVO MARCO REGULATÓRIO PORTUÁRIO.....	50
5.1.1 – PADRONIZAÇÃO DE NORMAS E PROCEDIMENTOS AFETOS AO SETOR PORTUÁRIO.....	51
5.1.2 – INSERÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO PORTUÁRIO NO MODELO DE CONCESSÕES E AGÊNCIAS REGULADORAS.....	56

5.1.3 – AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS	56
5.1.4 – FISCALIZAÇÃO PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE	57
5.2 – DESAFIOS DO NOVO MARCO REGULATÓRIO PORTUÁRIO PARA A GARANTIA DO INTERESES PÚBLICO	61
5.2.1 – RETIRADA DA PREPONDERÂNCIA DO CRITÉRIO DE MENOR TARIFA	61
5.2.2 – LIMITAÇÕES DOS MECANISMOS DE CONSULTAS E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS 66	
5.2.3 – LACUNAS NA LEGISLAÇÃO	67
5.2.3.1 – UNIFICAÇÃO CONTRATUAL	69
5.2.3.2 – PRORROGAÇÃO ANTECIPADA	73
5.3 – TENTATIVA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO SETOR PORTUÁRIO	78
6 – PERCEPÇÃO DE ATORES ENVOLVIDOS NA REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO ..	81
7 – CONCLUSÕES	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	88
APÊNDICES	94

LISTA DE TABELAS

Tabela 3.1 – Primeiros portos construídos no início do século XX.....	22
Tabela 3.2 – Sistema portuário antes e depois da Portobrás	25
Tabela 4.1 – Comparação entre, de um lado, os modelos de concessões e agências e, de outro lado, a regulação dos arrendamentos portuários	49
Tabela 6.1 – Cláusulas contratuais obrigatórias e critérios de julgamento licitatórios, para arrendamentos, conforme a Lei nº 8.630/1993 e a Lei nº 12.815/2013.....	63
Tabela 6.2 – Ações a serem realizadas pela SEP/PR	75
Tabela 6.3 – Ações a serem realizadas pela Antaq	76

LISTA DE FIGURAS

Figura 1.1 – Esquema gráfico do problema e da hipótese.....	7
Figura 2.1 – Representação do fenômeno da captura segundo a Public Choice	16
Figura 6.1 – Instrumentos de planejamento da SEP/PR.....	55
Figura 6.2 – Grupo Libra no Porto de Santos.....	71
Figura 6.3 – Localfrio no Porto de Suape.....	72
Figura 6.4 – Rumo no Porto de Santos	72

LISTA DE SIGLAS

AGU	Advocacia-Geral da União
ANA	Agência Nacional de Águas
Anac	Agência Nacional de Aviação
Anatel	Agência Nacional de Telecomunicações
Ancine	Agência Nacional do Cinema
Aneel	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
Antaq	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
Anvisa	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APA	Administrative Procedure Act
ICC	Interstate Commerce Comissions
MPF	Ministério Público Federal
Occovi	Organo de Control de las Concesiones Viales
Orsna	Organo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos
PAP	Programa de Arrendamentos Portuários
PDZ	Plano de Desenvolvimento e Zoneamento
PGO	Plano Geral de Outorgas
PNLP	Plano Nacional de Logística Portuária
Portobrás	Empresa de Portos do Brasil S.A.
SEP/PR	Secretaria de portos da Presidência da República
TCU	Tribunal de Contas da União

1 – INTRODUÇÃO

Os modelos de exploração de serviços públicos no Brasil têm variado conforme a prevalência do viés público ou privado na adoção de políticas públicas. Após um período de estatização da economia, a partir dos anos 1990 as privatizações passaram a compor o padrão de exploração de serviços públicos. Atualmente, prevalecem os modelos de concessões e de agências reguladoras, em que o Estado mantém a titularidade do serviço, transfere sua execução à iniciativa privada e delega a atividade de fiscalização às agências.

No setor portuário, após um período inicial de exploração por iniciativa privada – que deu origem aos primeiros portos e instalações portuárias nacionais –, houve uma fase de estatização conduzida pela Empresa de Portos do Brasil S.A. – Portobrás, extinta em 1990. Posteriormente, sob a vigência da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (BRASIL, 1993a) – Lei de Modernização dos Portos, a exploração do setor passou a ser realizada sob a lógica do direito privado, sob a condução de entes públicos denominados “autoridades portuárias”. O modelo estabelecido foi o *Landlord Port*, segundo o qual o Estado fornece a infraestrutura (vias de acesso, ferrovias, obras de dragagem etc) e a iniciativa privada é responsável pela superestrutura (armazéns, silos, máquinas etc) bem como pela realização da operação portuária.

A Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a) definiu o contrato de arrendamento, firmado entre as autoridades portuárias e empresas privadas, como instrumento jurídico para a exploração de áreas públicas dentro dos portos organizados. Ocorre que, originalmente, *arrendamento* é uma figura do Direito Civil, destinada a regular relações entre privados, de forma semelhante a um contrato de locação, em que não há controle estrito da prestação do serviço, regulação tarifária, parâmetros para a avaliação do desempenho do serviço prestado, nem outros mecanismos de regulação. Por essa razão, é curioso que o contrato de arrendamento tenha sido adotado como instrumento para a exploração de áreas e instalações públicas dentro do porto organizado. Isso porque, conforme veio a ser confirmado pelo Tribunal de Contas da União – TCU, a operação portuária caracteriza-se como serviço público (BRASIL, 2009a), e a Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que os serviços públicos, quando não prestados diretamente pelo Estado, devem ser realizados por concessão ou permissão. Tanto a concessão como a permissão são modelos de exploração que pressupõem um conjunto específico de mecanismos de controle estatal em relação a serviço prestado por particular,

com o objetivo de assegurar a satisfação do interesse público. Esses mecanismos não se verificam, porém, nos contratos de arrendamento em geral.

Embora a Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a) já estabelecesse como cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento portuário regras para a garantia do interesse público semelhantes àquelas constantes nos contratos de concessão – como a necessidade de a arrendatária observar parâmetros de desempenho e direitos dos usuários –, na prática, muitos contratos de arrendamento vigentes à época não continham essas regras e assemelhavam-se, nesse aspecto, ao arrendamento em seu sentido original, aproximado de um contrato de locação, em que não há observância de todas as garantias ao interesse público previstas em uma concessão.

Isso pode ser atribuído, em parte, ao fato de que a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – Lei de Concessões (BRASIL, 1995), que estabeleceu as diretrizes para a exploração de serviços públicos por particulares, entrou em vigor somente dois anos após a edição da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a). Além disso, os demais entes que vieram a compor o quadro institucional do setor portuário, capazes de assegurar o cumprimento das mencionadas garantias públicas, ainda não existiam nesse período: a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, responsável pela fiscalização e regulamentação do setor, foi criada somente em 2001; já a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – atual Secretaria de Portos –, encarregada do planejamento e estabelecimento de diretrizes para a exploração portuária, foi criada apenas em 2007.

Mais recentemente, com a edição da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012 (BRASIL, 2012), posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) e regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013b), foi estabelecido o novo marco regulatório do setor portuário.

O novo marco portuário promoveu um rearranjo institucional no setor. Basicamente, houve um esvaziamento das atribuições das autoridades portuárias, que ficaram responsáveis por atividades de natureza sobretudo operacional. A Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR, além de estabelecer as diretrizes de exploração do setor e elaborar o planejamento integrado dos portos em âmbito nacional, passou a ser competente para celebrar contratos de arrendamento operacionais, estabelecer diretrizes para a elaboração dos editais de

licitação dos arrendamentos, entre outras funções. Já a Antaq ficou responsável pela fiscalização desses contratos, bem como pela regulação geral do setor.

Conforme o novo marco regulatório do setor portuário, as áreas e instalações dentro dos portos organizados continuam a ser exploradas por meio de contratos de arrendamento. Contudo, sob a vigência do novo marco, há indícios de que o arrendamento portuário tenha se tornado mais semelhante, senão idêntico, à concessão: de um lado, o novo contexto institucional permitiu a uniformização dos contratos de arrendamento e sua modernização, que ocorreu, por exemplo, com a inclusão de cláusulas específicas relativas a parâmetros de desempenho e metas de produtividade; de outro lado, a nova Lei dos Portos manteve os mecanismos de garantia do interesse público já previstos na legislação anterior e trouxe outros novos, como a previsão expressa da possibilidade de regulação tarifária.

A identificação, na regulação do setor portuário, de características do modelo de concessões de serviços públicos é bastante relevante, uma vez que, nesse modelo, estão presentes instrumentos de acompanhamento e participação dos cidadãos e do Estado em relação às atividades realizadas pelos entes regulados. Entre esses instrumentos de acompanhamento estão, por exemplo, a realização de audiências e consultas públicas e a fiscalização por órgãos de controle, bem como mecanismos para assegurar a qualidade e a modicidade tarifária dos serviços prestados. Além disso, o modelo de concessões permite aliar aspectos positivos da exploração de serviços pela iniciativa privada – como a sua típica eficiência e potencial de investimentos – com a possibilidade de regulação pelo poder público, permitindo uma espécie de compatibilização entre as dimensões do público e do privado. Assim, constatar essa possível aproximação do setor portuário com o modelo de concessões significa assumir a existência de possibilidades mais amplas de mecanismos para assegurar a qualidade dos serviços e a sua devida regulação.

Além desses aparentes avanços, também foram analisados nesta pesquisa desafios a serem superados ante ao novo marco regulatório do setor portuário, no que diz respeito aos mecanismos de satisfação do interesse público. Especificamente, foram analisadas: a) retirada do critério de menor tarifa para julgamento nas licitações de arrendamentos portuários; b) limitações dos procedimentos de consultas e audiências públicas; e c) lacunas na legislação.

Ao que tudo indica, o atual arcabouço jurídico do setor portuário promoveu um aumento no grau de regulação do Estado em relação a esse setor. Não há consenso de que isso seja um aspecto positivo, já que as consequências da intervenção do Estado na economia são concebidas de formas distintas por diferentes correntes de pensamento. Neste trabalho, propõe-se que o modelo de Estado Regulador seja analisado sob a perspectiva da Teoria Processual Administrativa da regulação (CROLEY, 2007), para que se possa avaliar a efetividade dos mecanismos de controle estatal presentes na legislação afeta ao setor portuário.

Com base nessas discussões, esta pesquisa busca analisar, especificamente, em que medida o novo marco regulatório do setor portuário está inserido no modelo brasileiro de concessões de serviços públicos e de agências reguladoras e, especificamente, quais os mecanismos de regulação ele apresenta para garantir a satisfação do interesse público.

Acredita-se que o domínio desses assuntos permite alcançar uma melhor compreensão acerca da configuração atual das instituições brasileiras e dos desafios a serem enfrentados na exploração de serviços públicos, em especial pelo setor portuário. No Brasil, há uma produção significativa de pesquisas jurídicas a respeito de portos, contudo, muitas delas enfatizam aspectos do direito marítimo ou tratam de regulação com base em marcos regulatórios anteriores – isso porque o atual marco regulatório do setor portuário é relativamente novo e ainda demanda esforços para sua melhor compreensão. Portanto, pretende-se, por meio desta dissertação, reforçar discussão da temática ora proposta no âmbito jurídico e regulatório, por meio da apresentação de fatos pertinentes a debates atuais, capazes de suscitar discussões futuras.

1.1 – PROBLEMA

Nas últimas décadas, os modelos de concessões e de agências reguladoras têm se consolidado como o padrão da exploração de serviços públicos no Brasil. Isso se deve, em parte, ao fato de que esses modelos permitem aliar aspectos positivos da exploração por parte da iniciativa privada com a regulação das agências, o que possibilita que os serviços públicos, em tese, sejam prestados com eficiência e, ao mesmo tempo, de forma a atender ao interesse público.

Apesar de a exploração de instalações portuárias dentro dos portos organizados ser realizada por meio de arrendamento, que é instrumento típico do Direito Civil, originalmente destinado a regular relações entre particulares, no setor portuário, o arrendamento corresponde ou, no mínimo, se assemelha, a uma concessão. Isso significa que os arrendamentos portuários são submetidos à regulação setorial e devem obedecer um conjunto específico de regras que visam assegurar a satisfação do interesse público.

Desse modo, aparentemente, o novo marco regulatório do setor portuário encontra-se inserido nos modelos de concessões e de agências reguladoras –apesar da manutenção do termo “arrendamento” – até porque a operação portuária é entendida pelo TCU como um serviço público desde a vigência do marco regulatório anterior (BRASIL, 2009a). O ordenamento jurídico brasileiro estabelece que os serviços públicos devem observar as regras estabelecidas no modelo de concessões, bem como a regulação estatal. Assim, o fato de as normas do setor portuário estarem em consonância com o modelo do Estado Regulador, em princípio, confere a elas maior credibilidade.

Contudo, o próprio Estado Regulador é questionado quanto à sua eficácia em garantir a satisfação do interesse público. A teoria da *Public Choice*, por exemplo, oferece uma das mais conhecidas críticas ao Estado Regulador, afirmando que nesse modelo as agências podem ser facilmente cooptadas por políticos, que por sua vez dependem de recursos eleitorais fornecidos pelos entes regulados, constituindo-se, dessa forma, uma rede de favorecimentos sobre a estrutura da regulação (HILL, 1999). Por outro lado, a Teoria Processual Administrativa da regulação, de Steven P. Croley (2007), que foi adotada nesta dissertação, permite identificar mecanismos do Estado Regulador capazes de assegurar que os serviços prestados por particulares sejam realizados de modo a satisfazer interesses públicos e difusos, ao invés de interesses de grupos específicos.

Essa discussão levanta uma série de questionamentos como, por exemplo, se a sistemática regulatória estabelecida pela nova Lei dos Portos está suscetível às críticas frequentemente feitas contra o Estado Regulador, ou se a nova lei realmente apresenta mecanismos capazes de garantir a satisfação do interesse público.

Tendo em vista essas discussões, esta pesquisa buscará responder especificamente à seguinte pergunta: em que medida o novo marco regulatório do setor portuário está inserido no modelo

brasileiro de concessões de serviços públicos e agências reguladoras, e quais mecanismos de regulação ele apresenta para garantir a satisfação do interesse público?

1.2 – HIPÓTESE

A hipótese desta dissertação é que o novo marco regulatório portuário insere o contrato de arrendamento na sistemática dos modelos de concessões e de agências reguladoras e, conseqüentemente, apresenta mecanismos para assegurar a satisfação do interesse público, como: fiscalização por órgãos de controle, cláusulas contratuais estabelecendo parâmetros de desempenho, necessidade de realização de consultas e audiências públicas, entre outros.

Com entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c), o papel do Estado foi ampliado no sentido de estabelecer um maior grau de regulação em relação à atividade portuária. Os mecanismos do direito administrativo, sobretudo aqueles que estão presentes no modelo de concessões – audiências públicas, direitos dos usuários, fiscalização pelos órgãos de controle, regulação tarifária, entre outros – possibilitam, em tese, que a atividade regulatória seja melhor orientada à satisfação do interesse público.

Embora a Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a) já estabelecesse como cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento portuário regras para a garantia do interesse público semelhantes àquelas constantes nos contratos de concessão – como a necessidade de a arrendatária observar parâmetros de desempenho e direitos dos usuários –, na prática, muitos contratos de arrendamento vigentes à época não continham essas regras e assemelhavam-se, nesse aspecto, ao arrendamento em seu sentido original, aproximado de um contrato de locação, em que não há observância de todas as garantias ao interesse público previstas em uma concessão.

Conforme o novo marco regulatório portuário, a exploração de áreas e infraestruturas nos portos organizados é realizada por arrendamento, figura originada do Direito Civil, porém, a operação portuária é considerada como um serviço público e, efetivamente, o novo marco regulatório portuário parece atribuir ao arrendamento as mesmas características de uma concessão.

Ressalta-se, contudo, que há uma série de desafios a serem enfrentados referentes à regulação do setor, como a mudança do critério de julgamento nas licitações de arrendamentos portuários, imperfeições em mecanismos de participação da sociedade e lacunas na legislação.

Portanto, busca-se verificar a hipótese de queo novo marco regulatório do setor portuário propiciaas condições necessárias para uma regulação orientada à satisfação do interesse público.

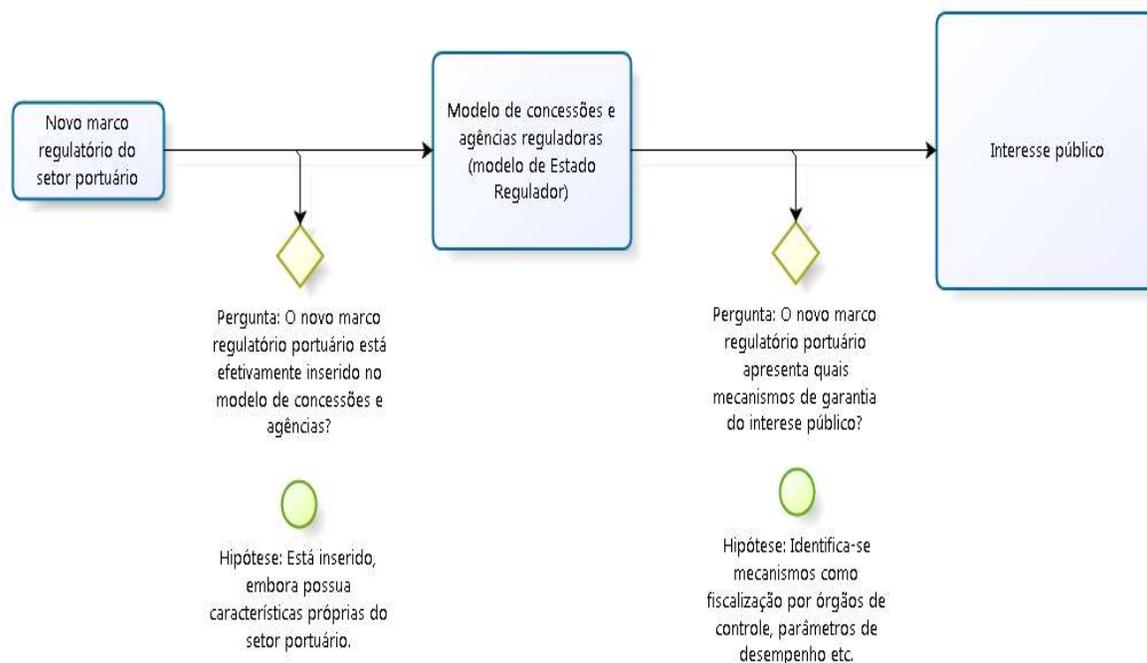


Figura 1.1 – Esquema gráfico do problema e da hipótese

O problema e a hipótese estão representados conforme a Figura 1.1.

Fonte: Elaboração Própria

1.3 – JUSTIFICATIVA

Após cerca de três anos da entrada em vigor da nova Lei dos Portos, as análises a respeito das consequências trazidas pelo novo marco regulatório do setor portuário têm gerado algumas publicações científicas significativas.

Como exemplos, cita-se a discussão sobre a nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros (MOREIRA, 2015); as mudanças de competências e as novas formas de exploração portuária (HEEREN, 2015); parcerias público-privadas no setor portuário (OLIVEIRA R. C., 2015); regulação dos portos no Brasil e suas perspectivas (GUIMARÃES, 2014); o modelo institucional do setor portuário (GUERRA &

FREITAS, 2015); e, ainda, o novo marco regulatório portuário sob a perspectiva de melhora regulatória e análise de impacto(PEREIRA, 2015).

Durante a década de 1990, os modelos de concessões e de agências reguladoras foram sendo consolidados como balizadores da exploração de serviços públicos no Brasil(FILHO & OLIVEIRA, 1996). Apesar de já terem sido estabelecidos no ordenamento jurídico há algum tempo, a complexidade desses modelos pode gerar incertezas quanto às suas principais características e implicações. Por isso, a compreensão dos principais aspectos desses modelos possibilita um melhor entendimento acerca dos limites e possibilidades de exploração do setor portuário.

Em relação à eficácia do Estado Regulador, são frequentes as análises baseadas na teoria da *Public Choice*, que ressalta aspectos negativos da regulação(HILL, 1999). Contudo, foi adotada nesta dissertação outra abordagem, fundamentada na Teoria Processual Administrativa (CROLEY, 2007), que expõe uma concepção mais favorável a respeito da atividade regulatória.

Tendo em vista esses debates, constata-se a existência de diversas questões que precisam ser compreendidas para que se possa identificar os contornos do modelo regulatório do setor portuário, sobretudo no que diz respeito à sua capacidade de garantir os meios necessários para uma atividade regulatória voltada ao interesse público.

Desse modo, evidenciar esses desafios pode levar ao aprimoramento tanto dos mecanismos de regulação do setor portuário como das regras gerais de regulação presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se que há uma forte crítica quanto à eficácia do Estado Regulador em satisfazer os interesses gerais da população. Ser for considerada a hipótese de que a sistemática da nova Lei dos Portos está inserida no modelo de concessões e agências reguladoras, não se poderá ignorar o quanto esse tipo de análise pode contribuir para a melhor compreensão de aspectos teóricos da exploração portuária, bem como de questões práticas relacionadas ao setor.

Portanto, o domínio desses assuntos permite uma melhor compreensão acerca do desenho atual das instituições brasileiras e dos desafios a serem enfrentados na exploração de serviços públicos, em especial pelo setor portuário.

Quanto à escolha do tema de pesquisa pelo discente, ressalta sua atuação no setor portuário nos últimos anos, tendo acompanhado o novo marco regulatório do setor portuário desde a sua concepção. Atualmente, o pesquisador tem tido contato diário com temas do setor, tendo em vista sua experiência profissional em cooperação com a SEP/PR.

1.4 – OBJETIVO

1.4.1 – OBJETIVO GERAL

Analisar o novo marco regulatório do setor portuário, considerando sua conformidade com os modelos brasileiros de concessões de serviços públicos e agências reguladoras, e identificando mecanismos de regulação capazes de assegurar a satisfação do interesse público.

1.4.2 – OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Traçar um breve histórico da legislação brasileira voltada ao setor portuário, indicando a mudança do modelo de privatizações no início do século XX para o de estatização e, posteriormente, o retorno das privatizações nos anos 1990;
- Discutir as principais características do modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e agências reguladoras, com destaque para a caracterização da sua natureza jurídica, seus princípios gerais, aspectos da licitação e, ainda, seus mecanismos de controle e fiscalização;
- Apresentar o novo marco regulatório do setor portuário a partir da entrada em vigor da Medida Provisória nº 595/2012, posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013, ressaltando as principais mudanças trazidas ao setor;
- Analisar os aspectos do modelo de concessões de serviços públicos presentes nos contratos de arrendamentos portuários;
- Apresentar os pressupostos da teoria da *Public Choice* e da Teoria Processual Administrativa da regulação, de Steven P. Croley;
- Analisar, com base na Teoria Processual Administrativa da regulação, em que medida o novo marco legal do setor portuário, servindo-se do modelo de concessões de serviços públicos, apresenta mecanismos de regulação voltados à satisfação do interesse público.

1.5 – METODOLOGIA

O método de abordagem utilizado nesta dissertação foi o indutivo, em que as análises das características dos fenômenos particulares serviram de base a conclusões de caráter genérico¹. A técnica utilizada para a obtenção dos dados foi a pesquisa bibliográfica, feita a partir de documentação indireta. Foram consultados documentos e bancos de dados oficiais, bem como realizadas entrevistas semiestruturadas a atores chave do setor portuário por meio de amostragem intencional.

A entrevista semiestruturada é um instrumento de pesquisa pelo qual busca-se realizar perguntas básicas direcionadas à teorias e hipóteses referentes ao tema da pesquisa que está sendo realizada. O foco principal é determinado pelo entrevistador, com base em assunto sobre o qual se confecciona um roteiro com perguntas principais, que podem ser respondidas de forma livre pelos entrevistados. Desse modo, permite-se a expressão de ideias com certa liberdade, para que se consiga atingir o máximo de clareza com relação aos assuntos abordados na entrevista (MANZINI, 2004).

Quanto à análise e interpretação dos resultados, a pesquisa teve caráter qualitativo, buscando oferecer uma apreciação global sobre as conclusões que a investigação propiciou.

1.6 – ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

Esta dissertação foi estruturada conforme os capítulos descritos a seguir.

Neste *Capítulo 1 – Introdução*, consta a apresentação do problema, hipótese, justificativa, objetivo geral, objetivos específicos, metodologia e estrutura da dissertação.

No *Capítulo 2 – Revisão da literatura*, foi apresentado o estado da arte dos estudos e pesquisas sobre o tema tratado nesta dissertação, indicando as principais contribuições dadas até este momento para o assunto em análise.

¹ Ainda que do ponto de vista lógico-formal o método de abordagem escolhido seja o indutivo, é preciso, contudo, não ignorar que, como salienta Silvio Luiz de Oliveira, “a dedução e a indução, tal como síntese e análise, generalizações e abstrações, não são métodos isolados de raciocínio e pesquisa. Eles se completam na realidade e só são separados para efeito de estudo e facilidades didáticas. A conclusão estabelecida pela indução pode servir de princípio – premissa maior – para a dedução, mas a conclusão da dedução pode também servir de princípio de indução seguinte – premissa menor –, e assim sucessivamente”(OLIVEIRA S. L., 1999, p. 63)

Em especial, a Teoria Processual Administrativa da regulação foi apresentada como base teórica para analisar em que medida o novo marco regulatório do setor portuário, servindo-se dos modelos de concessões de serviços públicos e de agências reguladoras, apresenta mecanismos de regulação voltados à satisfação do interesse público. Nesse sentido, foram analisados os aspectos do modelo de concessões que contribuem para atribuir à exploração do serviço portuário mecanismos de controle estatal *eaccountability*, como: audiências e consultas públicas, fiscalização por agência e órgãos de controle, regulação tarifária, entre outros.

No *Capítulo 3 – Evolução do modelo de exploração de serviços públicos no Brasil: privatização, estatização e concessão*, foi apresentada a evolução do modelo de exploração de serviços públicos no Brasil, bem como foi indicada a evolução do modelo de privatizações no início do século XX para o de estatização e, posteriormente, o retorno das privatizações nos anos 1990. Em seguida, foi realizado um breve histórico a respeito da legislação brasileira voltada à regulação dos portos, destacando os principais aspectos do panorama normativo estabelecido pela Lei de Modernização dos Portos – Lei nº 8.630/1993.

Foram ainda apresentadas as principais características dos modelos de concessões de serviços públicos no Brasil, com destaque para a caracterização da sua natureza jurídica, seus princípios gerais, aspectos da licitação e, ainda, seus mecanismos de controle e fiscalização. Por fim, foram discutidas a origem e as principais características do modelo brasileiro de agências reguladoras.

No *Capítulo 4 – Novo marco regulatório do setor portuário*, foram apresentadas as principais características do novo marco regulatório portuário, estabelecido a partir da entrada em vigor da Medida Provisória nº 595/2012 (BRASIL, 2012), convertida na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c), destacando as principais mudanças nas competências dos entes do setor. Também foram analisados aspectos do modelo de concessões de serviços públicos presentes no novo marco regulatório portuário, como o critério de julgamento das licitações de arrendamentos e a caracterização jurídica da figura do arrendamento portuário.

No *Capítulo 5 – Novo marco regulatório do setor portuário e os modelos de concessões e agências: mecanismos para a garantia do interesse público?* foram apontados avanços e desafios do novo marco regulatório do setor portuário, no que diz respeito a mecanismos de

satisfação o interesse público. Foram ainda destacados os aspectos do novo marco regulatório portuário que indicam uma tentativa de compatibilização entre as esferas do público e do privado na exploração do setor portuário.

No *Capítulo 6 – Percepção de atores envolvidos na regulação*, consta análise de entrevistas realizadas com atores do setor.

Por fim, no *Capítulo 7 – Conclusões*, foram apresentados os principais resultados da pesquisa, bem como realizadas discussões sobre esses resultados e recomendações para pesquisas futuras.

2 – REVISÃO DA LITERATURA

No presente tópico busca-se identificar contribuições realizadas em relação a cada um dos principais pontos a serem trabalhados nesta dissertação. O objetivo é identificar o estado da arte, o nível mais alto de desenvolvimento alcançado na atualidade a respeito dos temas que estão sendo estudados por pesquisadores da área.

Os modelos públicos e privados de exploração dos serviços de transportes e, especificamente, a exploração do setor portuário, é tema já amplamente trabalhado pela literatura. Há diversas contribuições dadas nesse sentido, que dizem respeito a períodos de privatizações ou estatização da economia brasileira.

Kappel (2005) identifica o predomínio da dimensão do privado na exploração portuária brasileira no início do Século XX, em um período que teve início a partir de 1808, com o Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas, sendo fomentado por investimentos do Visconde de Mauá, até que, em 1869, foi elaborada a primeira lei de concessão à exploração de portos pela iniciativa privada, fazendo com que as administrações dos portos brasileiros fossem privatizadas.

Ainda sobre o mesmo período histórico, Porto (2007) identifica as principais empresas que participavam do setor portuário no período. Basicamente, tratavam-se de empresas estrangeiras, que forneciam o capital necessário à época para o desenvolvimento do setor. Argumenta-se que isso gerou certa dependência em relação ao capital privado, o que acabou por constituir-se como entrave para expansão da economia brasileira, uma vez que o modelo

de exploração portuária vigente à época não visava estabelecer um projeto de desenvolvimento nacional autônomo (KAPPEL, 2005).

Tovar e Ferreira (2006) apontam que a exploração do setor portuário passou ainda por um período de estatização, na figura da Portobrás. O autor ressalta que a administração portuária centrada na figura do Estado permitiu a realização de políticas públicas voltadas para a satisfação do interesse público nacional, como a transferência de recursos para regiões menos desenvolvidas do Norte e Nordeste, instalando-se pelo menos um porto público por estado. Já outros críticos afirmam que esse período foi negativo para a economia brasileira, uma vez que a Portobrás não fomentava a competição entre os portos, tornando caras as operações (OLIVEIRA C. T., 2007; OLIVEIRA & MATTOS, 1998).

Com a entrada em vigor da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), as regras de exploração do setor portuário foram novamente modificadas, voltando a prevalecer a lógica do privado. Estruturas até então operadas pelo governo foram privatizadas por contratos ou arrendamentos, ficando o poder público apenas com a administração do porto em si. Diversos autores analisaram as consequências trazidas pela Lei nº 8.630/1993. Basicamente, conforme os autores estudados, entende-se que a lei de 1993 foi capaz de conferir maior agilidade e competitividade dos portos brasileiros.

Oliveira (2007) e Junqueira (2002) debatem o contexto de elaboração da norma e identificam algumas de suas principais contribuições. Manteli (2012) também discute a Lei nº 8.630/1993, analisando a trajetória da modernização dos portos brasileiros na década de 1990. Oliveira e Mattos (1998) traçam um comparativo das principais mudanças do que ele chama de “sistema pré-1990” e “sistema pós-1990”, ressaltando que a elaboração das políticas portuárias passou da Portobrás para o Ministério dos Transportes.

A exploração de serviços públicos no Brasil passou a ser regulada por um conjunto específicos de regras a partir da entrada em vigor da Lei de Concessões – Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Em relação ao modelo de concessão de serviços públicos, destaca-se a obra de Marçal Justen Filho, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público* (2003), que aborda de forma minuciosa cada aspecto da referida lei.

Segundo Filho(2003), a Lei nº 8.987/1995(BRASIL, 1995) estabelece, assim, como condições para a concessão de serviços públicos, entre outras, as seguintes: licitação (na modalidade de concorrência); realização de consultas e audiências públicas; prazo contratual determinado; identificação de bens reversíveis; estabelecimento de política tarifária; observância a direitos dos usuários; prestação serviço adequado, prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária; observância a parâmetros de desempenho.

As agências reguladoras, que auxiliam na operacionalização do modelo de concessões, são tratadas por Motta, em sua obra *Agências Reguladoras*(2003). O autor ressalta que a criação das agências reguladoras contribuiu para viabilizar o modelo de concessões de serviços públicos. Essas agências são entes autônomos originados pelo processo de descentralização de competências dos entes federativos, que possuem como objetivo fiscalizar a prestação dos serviços pelos entes privados, bem como regular as diretrizes gerais de exploração dos setores em que elas são especializadas.

Com a edição da Medida Provisória nº 595/2012(BRASIL, 2012), posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013(BRASIL, 2013c) – nova Lei dos Portos –, e regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013(BRASIL, 2013b), foi estabelecido o novo marco regulatório do setor portuário.

Embora a entrada em vigor do novo marco regulatório do setor portuário tenha sido um fato relativamente recente, ocorrido em dezembro de 2012 com a edição da Medida Provisória nº 595(BRASIL, 2012), há uma produção literária significativa a respeito das mudanças e consequências trazidas pela nova legislação.

Moreira(2015) faz um apanhado das principais características do novo marco legal portuário, e avalia suas principais consequências para a exploração do setor portuário. Já Pereira(2015)avalia questões referentes aos mecanismos de regulação da nova Lei dos Portos, como prestação de contas e transparência.Guerra e Freitas (2015), fazem uma crítica ao excesso de atribuições conferidas à SEP/PR, e afirma que essa secretaria estaria exercendo funções de caráter técnico, próprias da Antaq. Por fim, Heeren(2015), trata das principais mudanças de competências institucionais trazidas com a entrada em vigor da Lei nº

12.815/2013 (BRASIL, 2013c), destacando o aumento das atribuições da SEP/PR e a diminuição das competências das autoridades portuárias.

Para embasar a análise dos modelos brasileiros de concessão de serviços públicos e de agências reguladoras, bem como do novo marco regulatório do setor portuário, e avaliar em que medida esse novo marco possibilita uma produção regulatória efetivamente voltada ao interesse público, cabe compreender as bases teóricas de duas perspectivas distintas sobre as consequências da intervenção do Estado na economia: de um lado, a noção de que a interferência estatal, por meio da regulação, traz prejuízos à população; e, de outro lado, a noção de que a regulação é positiva para a satisfação do interesse público. O embate entre desregulamentação e regulamentação do Estado é abordado com base nas perspectivas, de um lado, da teoria da *Public Choice* e, de outro lado, da teoria Processual Administrativa da Regulação, que é usada como teoria de base nesta dissertação.

A possibilidade de existência de produção regulatória direcionada a interesses públicos ou difusos é analisada por Steven P. Croley (2007), em seu livro *Regulation and public interests: the possibility of good regulatory government*. Nessa obra, o autor faz uma crítica à abordagem sobre regulação proposta pela teoria da *Public Choice* e propõe a Teoria Processual Administrativa, que será usada como teoria de base nesta dissertação, como forma mais adequada de instrumento de análise do fenômeno regulatório.

De modo geral, a *Public Choice* apresenta um conjunto de críticas ao modelo de Estado Regulador. P. J. Hill caracteriza a *Public Choice* como uma abordagem segundo a qual a regulação nem sempre seria direcionada ao interesse público, mas, pelo contrário, muitas vezes contribuiria para a sua deterioração (HILL, 1999). Já segundo a teoria Processual Administrativa, a intervenção estatal por meio da regulação é capaz de assegurar a satisfação do interesse público. Os pressupostos dessas teorias serão detalhados nos tópicos a seguir.

2.1 – TEORIA DA *PUBLIC CHOICE*

A teoria da *Public Choice* baseia-se em uma concepção de Ciência Política sob a perspectiva da Economia, e pode ser definida como a aplicação do modelo de escolha racional a um tomador de decisão não mercadológico (HILL, 1999). De modo geral, a *Public Choice* apresenta um conjunto de críticas ao modelo de Estado Regulador. Nas palavras do professor P. J. Hill, “antes da revolução da *Public Choice*, a maioria dos analistas tendiam a

conceber o governo simplesmente como um mecanismo que faria o bem, desde que lhe fossem dados recursos suficientes”²(HILL, 1999, p. 2).

Segundo essa abordagem, haveria três atores principais envolvidos no processo regulatório: os políticos, os grupos de interesses particulares e as agências reguladoras. Haveria uma relação de troca de favores entre esses atores que tenderia à produção regulatória favorável a determinados grupos de interesses privados, em detrimento do interesse público, conforme representado na Figura 2.1.



Figura 2.1 – Representação do fenômeno da captura segundo a *Public Choice*

Fonte: Elaboração Própria

Croley (2007, pp. 17-18) explica a rede de troca de favores descrita pela teoria da *Public Choice* nos seguintes termos:

Esses vários métodos de controle por parte do Congresso permitem que os legisladores satisfaçam as demandas regulatórias dos grupos de interesse induzindo as agências, que são os reguladores de base, a tomarem as decisões regulatórias almeçadas pelos grupos de interesses – caso as agências não estejam inclinadas a fazer isso por si mesmas. A obtenção de tratamento orçamentário e estatutário favorável por parte dos legisladores motiva as agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os grupos de interesses ficam satisfeitos em prover recursos eleitorais para os legisladores, que por sua vez podem inspirar as agências a fornecerem o tratamento regulatório desejado. Os legisladores, no intuito de assegurar recursos eleitorais necessários, são motivados a garantir que as agências forneçam a regulação que o grupo de interesse apoiador procura. Dessa forma, constitui-se o chamado “triângulo de ferro” ou, colocado de forma menos sombria, a “rede temática” de relacionamento entre grupos, legisladores, e agências administrativas, que tipicamente caracteriza a concepção de regulação da *Public Choice*.³

² Tradução livre. No original: “prior to the Public Choice revolution most analysts tended to think of the government as simply a mechanism that would do good if given enough resources”.

³ Tradução livre. No original: “These various methods of congressional control allow legislators to satisfy interest groups’ regulatory demands by prompting agencies, the ground-level regulators, to make the regulatory decisions interest groups seek, if agencies are disinclined to do so on their own. Obtaining favorable budgetary and statutory treatment from legislators motivates agencies to supply desired regulatory treatment. Interest groups are happy to provide electoral resources to legislators who can inspire desired regulatory treatment by agencies. Legislators, in order to secure needed electoral resources, are motivated to ensure that agencies supply the regulation that their interest group supporters seek. Hence the “iron triangle” or, less darkly, the “issue

Nesse sentido, segundo a teoria da *Public Choice*, o fato de os políticos serem responsáveis por delegar poderes às agências possibilita que os parlamentares tenham, em certo sentido, controle sobre suas decisões. Isso porque o Congresso pode, por exemplo: por um lado, diminuir o orçamento ou competências de agências não alinhadas com seus objetos e, em última análise, desfazer, por meio de legislação, qualquer um dos seus regulamentos; por outro lado, fornecer orçamentos mais generosos, maior autoridade estatutária, concordância legislativa, etc, às agências que colaboram com seus objetivos. Desse modo, os parlamentares podem induzir as agências a satisfazerem a vontade de grupos de interesses específicos, que por sua vez são capazes de prover recursos eleitorais aos legisladores.

2.2 – TEORIA PROCESSUAL ADMINISTRATIVA DA REGULAÇÃO

Como contraponto à Teoria da *Public Choice*, Croley (2007) analisa, com base na sua Teoria Processual Administrativa, adotada nesta dissertação, diversos casos de agências norte-americanas – *Environmental Protection Agency* (Agência de Proteção Ambiental), *Food and Drug Administration* (Administração de Alimentos e Medicamentos), *United States Forest Service* (Serviço Florestal dos Estados Unidos), *Office of the Comptroller of the Currency* (Gabinete Controlador da Moeda), *Federal Trade Commission* (Comissão Federal do Comércio) e *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários) – que conseguiram implementar políticas regulatórias voltadas ao interesse público, apesar de forte pressão de grupos de interesses particulares.

Nesses casos, houve ampla publicidade antes da formulação das normas regulatórias, e nenhuma das agências buscou realizar mudanças regulatórias significativas de forma confidencial, informal ou por processos decisórios puramente discricionários. O autor ressalta, ainda, que essa ampla publicidade e discussão que precedeu os atos regulatórios não propiciou ao Congresso que impusesse medidas regulatórias favoráveis a grupos de interesses. Nos casos estudados pelo autor, a defesa e a oposição às proposições regulatórias da agência ocorreram de forma aberta, argumentada e pública. Dessa forma, a publicidade dos atos permitiu não a diminuição, mas o aumento da autonomia regulatória das agências nos casos estudados pelo autor.

network” relationship among groups, legislators, and administrative agencies that typically characterizes the public choice account of regulation. According to this account, agencies become “captured” by the very parties whose behavior the agencies are supposed to shape; perversely, control runs in the direction *from* interest group to agency, opposite from what might be hoped for or supposed by a public-interest model of regulation.”

Croley (2007) ressalta ainda que, em todos os casos analisados, os grupos de interesse participaram ativamente do processo administrativo que levou às decisões finais das agências, contudo, sua participação não permitiu que eles tirassem do caminho ou cooptassem as iniciativas das agências. Se existe, por um lado, grande volume de ações por parte dos grupos de interesse no intuito de moldar a regulação, por outro lado, foi constatada também participação significativa de partes interessadas em promover interesses difusos em favor das iniciativas das agências.

Desse modo, a principal falha da teoria da *Public Choice* seria que ela omite os processos de tomada de decisão regulatória bem como o uso de ferramentas legais e procedimentais presentes no Direito Administrativo. Segundo Croley (2007), essas regras processuais dos regimes regulatórios não seriam propícias para facilitar o controle do Congresso ou a busca de favorecimentos regulatórios, ou seja, os processos de criação de normas e tomada de decisões das agências não são meios propícios para a troca de favores envolvendo parlamentares, agências e grupos de interesses. O autor argumenta que, na verdade, os procedimentos administrativos de tomada de decisão regulatória não facilitam, mas dificultam, a “captura” das agências.

Os casos de agências reguladoras norte-americanas estudados por Croley (2007) mostraram que os grupos sem grandes interesses regulatórios específicos (*regulatory stakes*) também foram capazes de prevalecer sobre grupos com “grandes” interesses, o que seria improvável pela concepção da *Public Choice*. Nota-se que os grupos de interesse público englobam pessoas não organizadas, mas representadas por associações, celebridades, entre outros. Em outros casos, a regulação não foi determinada pela influência de nenhum grupo específico, mas pelas próprias mudanças econômicas e tecnológicas do setor.

Os estudos de caso apresentados por Croley (2007) ilustram a possibilidade de regulação benéfica à sociedade porque elas envolveram iniciativas regulatórias cujos benefícios sociais prevaleceram sobre os custos sociais. De acordo com Croley (2007), as agências seriam motivadas por interesses abrangentes, influenciados por meio de procedimentos administrativos, exercendo autoridade delegada ao administrador.

Tendo em vista as deficiências apontadas pelo autor na teoria da *Public Choice*, Croley propõe a Teoria Processual Administrativa, que enfatiza o processo de tomada de decisão

regulatória (omitido pela *Public Choice*), ou seja, o conjunto de procedimentos legais segundo os quais a agência regula. Segundo a teoria proposta por Croley (2007), os resultados regulatórios são obtidos, na verdade, pela aplicação das regras formais e informais de processo administrativo à qual a agência está submetida, bem como pelo ambiente institucional no qual os administradores tomam decisões regulatórias.

Nesse sentido, a Teoria Processual Administrativa diminui a influência atribuída pela *Public Choice* ao Congresso e grupos de interesse organizados, sustentando que os procedimentos de tomada de decisão das agências lhes fornecem autonomia suficiente para fomentar interesses de abrangência geral, especialmente nos casos em que encontram suporte político e legal dos outros Poderes, e isso ocorre mesmo quando há oposição concentrada de grupos de interesse auxiliados pelo Legislativo.

Isso significa que a regulação por parte das agências não é motivada apenas por grupos de interesse específicos, mas também por grupos de interesses públicos ou difusos e, em certas circunstâncias, as agências reguladoras podem e efetivamente sustentam os interesses regulatórios de uma massa diversificada de indivíduos.

Segundo Croley (2007), em relação aos processos de tomada de decisão das agências, elas em muitas ocasiões mostram-se adeptas ao uso de recursos do Direito Administrativo, como a elaboração sucessiva de resoluções, audiências, consultas públicas, comitês de especialistas, entre outros. Essas ferramentas permitem uma autonomia das agências em relação às pressões políticas. Assim, as agências são fortalecidas pelo uso do processo administrativo.

O autor sustenta, ainda, que em contraste com os legisladores, os administradores são muito menos dependentes dos tipos de recursos políticos tão valiosos para os membros do Congresso. Dessa forma, os administradores são menos propensos a favorecer interesses de grupos oferecendo recursos aos legisladores. Além disso, os métodos e normas de tomada de decisão são reforçadas pela fiscalização dos poderes Executivo e Judiciário, atenuando ainda mais o potencial de influência dos grupos de interesse específicos sobre as agências (CROLEY, 2007).

Em suma, o que a Teoria Processual Administrativa propõe é que o Estado regulador possui mecanismos capazes de fornecer as condições em que a regulação socialmente benéfica pode

ser alcançada, mesmo em questões de alta relevância para certos grupos de interesse ou sob forte pressão de legisladores.

3 – EVOLUÇÃO DO MODELO DE EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL: PRIVATIZAÇÃO, ESTATIZAÇÃO E CONCESSÃO

Os modelos de exploração de serviços públicos no Brasil têm variado conforme o predomínio da dimensão pública ou privada na adoção de políticas públicas⁴.

Em meados do Século XX, sob uma lógica desenvolvimentista, houve a predominância das empresas estatais (SCHNEIDER, 1992). Cita-se, como exemplo deste momento, o caso da Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima – RFFSA, criada em 1957 mediante autorização da Lei nº 3.115/1957. Assim como estatais de outros setores, a RFFSA apresentava problemas graves referentes à falta de produtividade e investimentos, gerando sucateamento de equipamentos e falta de manutenção de diversos trechos, o que gerava, ainda, entraves para o comércio.

Já na década de 1990, a partir do governo Collor, houve prevalência da concepção neoliberal na adoção de políticas públicas. Esse período foi caracterizado pela privatização em massa das estatais, pela busca de atratividade do capital externo e importação de produtos do exterior (FILHO & OLIVEIRA, 1996). Nesse contexto, o modelo de exploração de serviços públicos seguiu a tendência da liberalização do mercado, havendo maior flexibilização das normas que regulavam o setor, sempre no sentido da lógica de atração de investimentos e de criação de um ambiente favorável para os investidores privados (FACCIO & RÜCKERT, 2011). Cita-se, como exemplo desse momento, o setor ferroviário, que passou por um processo de privatização como alternativa para retomar os investimentos no setor, quando o governo de Fernando Henrique Cardoso concedeu linhas públicas de transporte de cargas para a exploração pela iniciativa privada.

⁴ Segundo Rúa (1998) as políticas públicas são meios para a implementação de ações de governo, que podem ser consideradas como outputs resultantes das atividades políticas e compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Diferentemente da decisão política, a política pública é mais que uma mera decisão, pois envolve diversas ações estrategicamente selecionadas para realizar planos de governo. Na formulação das políticas públicas há, ainda, os chamados inputs, que são demandas sociais, e os *withinputs*, que são demandas originadas no interior do próprio sistema, envolvendo o cumprimento de lei, regulamentos e atos de participação.

Como pode ser observado dos exemplos desses dois momentos históricos, os serviços públicos de transporte no Brasil foram praticados, ao longo da história, conforme diferentes modelos de exploração, ora predominando a dimensão pública, ora a privada.

Esse conflito entre as esferas do público e do privado também existe, logicamente, no âmbito do setor portuário. Conforme sustenta Porto (2007, p. 63), apesar do embate entre essas duas dimensões de exploração, há uma tendência nos portos de todo o mundo de se tentar compatibilizar a lógica do público com a do privado:

Até hoje perdura um certo conflito no Sistema Portuário mundial, principalmente pelo desenvolvimento econômico alcançado neste século, o que tornou o porto uma atividade econômica de intensa aplicação de capital para o que nem a iniciativa privada, nem o governo local possuem a totalidade dos recursos necessários. [Busca-se] estabelecer um modelo em que parte dos recursos para a atividade seja garantido pelo governo, até mesmo para justificar sua propriedade sobre ela, e uma outra parte seja obtida junto à iniciativa privada delegando-se a esta um papel mais relevante, com maior liberdade comercial, para que se possa ressarcir dos seus investimentos.

Nessa perspectiva, será tratada a seguir a alternância dos modelos de exploração do setor portuário brasileiro. Em seguida, serão indicados os contextos de surgimento e as principais características dos atuais modelos brasileiros de concessões de serviços públicos e de agências reguladoras, que contribuem para viabilizar a compatibilização entre as esferas do público e do privado no setor portuário.

3.1 – O PREDOMÍNIO DO PRIVADO NA EXPLORAÇÃO PORTUÁRIA BRASILEIRA NO INÍCIO DO SÉCULO XX

A inserção formal do Brasil no sistema econômico internacional teve início a partir de 1808, com o Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas, que permitiu o comércio direto dos produtos brasileiros sem ter que antes passar pelas alfândegas em Portugal. Em meados do século XIX, o Visconde de Mauá, atualmente patrono da Marinha Mercante brasileira, foi um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento do comércio exterior brasileiro, fomentando o transporte de mercadorias por meio de navios da Companhia de Estabelecimento da Ponta da Areia, a partir do Porto de Niterói. Em 1869, necessitando o governo de novo impulso para o desenvolvimento portuário, foi elaborada a primeira lei de concessão à exploração de portos pela iniciativa privada, fazendo com que as administrações dos portos brasileiros fossem privatizadas (KAPPEL, 2005).

A construção das primeiras infraestruturas portuárias propriamente ditas, como armazéns, cais, silos, pátios, linhas férreas, entre outros, devem-se originalmente à atuação de empreendedores privados durante a Primeira República Brasileira⁵, iniciada no final do século XIX. Nesse período, o Estado não dispunha dos recursos financeiros necessários para a constituição de estruturas portuárias nem da infraestrutura necessária para garantir o seu funcionamento. Segundo Porto (2007, p. 61),

Inicialmente, o nosso parque de instalações portuárias foi fruto de dois fatores conjunturais: a falta de recursos do governo, necessários para uma atividade totalmente dependente de capital, e de tecnologia para atuar no empreendimento portuário. Em troca dos investimentos portuários elas obtiveram a concessão dos serviços portuários. Naquela época, a política era de atrair investimentos privados para o Setor de Transportes, para desonerar os cofres da União.

Basicamente, os investimentos realizados no setor portuário eram provenientes do capital externo, de modo que praticamente todos os primeiros portos brasileiros do início do século XX foram construídos por empresas estrangeiras, conforme indicado na Tabela 3.1.

Tabela 3.1 – Primeiros portos construídos no início do século XX

Porto	Construtora ou concessionária
Manaus (1899)	B. Rymkiewics & Co./Companhia Manaus Harbour Limited
Belém (1906)	Porto of Pará Co.
Recife (1909)	Société de Construcion du Port de Pernambuco
Maceió (1869)	The National Brazilian Harbour Company Ltda.
Salvador (1891)	Companhia Docas e Melhoramentos da Bahia
Rio (1890)	Empresa Industrial de Melhoramentos do Brasil e The Rio de Janeiro Harbour and Docks
Santos (1888)	José Pinto de Oliveira, Cândido Gaffrée e Eduardo Passim Guinle/Gaffrée, Guinle & Cia.

⁵ A Primeira República Brasileira foi um período histórico com 41 anos de duração, que iniciou com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, e se estendeu até 24 de outubro de 1930, quando ocorreu a chamada Revolução de 1930.

Rio Grande (1869)	Compagnie Française du Port de Rio Grande/Governo do Estado do Rio Grande
-------------------	---------------------------------------------------------------------------

Fonte: Porto (2007, p. 61)

A construção de estruturas portuárias era autorizada por meio de decreto, que concedia a cada empresa o direito de exploração por meio de um tipo de concessão, com prazo de duração de 39 (trinta e nove) a 90 (noventa) anos (KAPPEL, 2005).

Essa espécie de concessão não conferia à empresa a propriedade do território em que realizava suas operações, nem dava direito de legislar sobre a atividade. Contudo, esse modelo permitia que as empresas exercessem controle dos objetivos das atividades e das operações realizadas, constituindo-se como instâncias de autoridade dentro do porto. Nota-se que nem todas as empresas atuavam nesse modelo, como foi o caso da A. C. H. Walker & Co. Ltda., que participou da construção de instalações portuárias no Rio de Janeiro e em Vitória, mas não se tornou concessionária daqueles portos (PORTO, 2007).

Segundo Kappel (2005), a dependência em relação ao capital privado, embora importante nesse primeiro momento, acabou por constituir-se como entrave para expansão da economia brasileira, uma vez que o modelo de exploração portuária vigente à época não visava estabelecer um projeto de desenvolvimento nacional autônomo:

A privatização fez o porto de Santos funcionar de maneira satisfatória ao longo de várias décadas. Porém, neste momento ao fator econômico da atividade teve simplesmente o caráter liberal e não do desenvolvimento nacional, pois os proprietários ganharam fortunas e não houve a preocupação por parte dos governantes em construir uma política de investimentos, e o País ficou debilitado em relação a atividades portuárias permanentes.

Portanto, durante a Monarquia e nas primeiras décadas da República, a atividade portuária brasileira foi caracterizada por um intenso período de contratações destinadas à realização de obras de engenharia. A atividade portuária em âmbito nacional desenvolvia-se, assim, como resultado de parceria entre o Estado e companhias privadas, e era dependente, sobretudo, do aporte de capital estrangeiro.

3.2 – ESTATIZAÇÃO NA FIGURA DA PORTOBRÁS

A inicial prevalência do capital privado na exploração dos portos públicos foi mantida até os anos 1930, quando o Brasil passou por uma série de reformas que tinham como objetivo aumentar a intervenção do Estado na economia. Nesse período, conforme salienta Porto (2007, p. 62) “o Estado brasileiro passou a se apropriar novamente do controle dos nossos portos dentro de uma filosofia de maior participação na economia, que resultou no planejamento da atividade econômica nacional centralizada no governo federal”. Com base nessa concepção, em 29 de dezembro de 1975, foi criada a Empresa de Portos do Brasil S.A. – Portobrás, que desenvolveu suas atividades até 1990, quando veio a ser extinta.

A Portobrás passou a administrar diretamente a grande maioria dos portos nacionais – embora uma pequena parcela desses portos fosse administrada por Companhias Docas, por concessionários estaduais e até mesmo por entes privados. Nesse período, os portos brasileiros foram administrados conforme uma concepção de planejamento sistêmica, que tinha como objeto o chamado “Sistema Portuário Nacional” (SILVA, 2013). A administração portuária centrada na figura do Estado permitiu a realização de políticas públicas voltadas para a satisfação do interesse público nacional, como a transferência de recursos para regiões menos desenvolvidas do Norte e Nordeste, instalando-se pelo menos um porto público por estado. De acordo com Tovar e Ferreira (2006, p. 211):

Até 1990, o sistema portuário nacional era formado por portos administrados diretamente pela Empresa Brasileira de Portos S. A. (Portobrás), por Companhias Docas, por concessionários privados e estaduais. Em função da administração centralizada, em que a União detinha o controle sobre a administração da grande maioria dos portos, existia o interesse de fomentar a transferência de investimentos para as regiões Norte e Nordeste, bem como reduzir as diferenças inter-regionais. Como resultado desse processo, implantou-se pelo menos um porto organizado por estado, sendo que nas regiões Sul e Sudeste existem duas ou mais instalações portuárias de porte médio ou grande. O sistema portuário estatal contemplava um total de 36 portos, com diferentes graus de aparelhamento e de facilidades nem sempre compatíveis com os níveis de demanda por serviços portuários.

Entretanto, do ponto de vista concorrencial, a estatização da atividade portuária não gerava resultados positivos. Como apontam Oliveira e Mattos (1998, p. 66), “antes de 1990, seria difícil conceber tanto a concorrência entre os portos como no interior dos próprios portos, considerando que havia apenas um administrador, o próprio governo, pela Portobrás”

Críticos mais severos da estatização, como é o caso de Oliveira (2007, p. 77), chegam a afirmar que “[...] desde 1930, um conjunto de leis e práticas equivocadas propiciaram de novo a obstrução dos portos, tornando difíceis e caras as operações docais, desestimulando consequentemente as exportações”.

Independentemente da concepção de política econômica considerada, constata-se que, embora a Portobrás possa ter servido para a consecução de objetivos sociais positivos para o desenvolvimento nacional, a crise econômica dos anos 80 reduziu a capacidade do Estado em financiar o setor portuário sem o auxílio de entes privados. Esse fator, somado à ascensão da ideologia neoliberal no Brasil no período, contribuíram para a extinção da Portobrás e, com isso, para o término do período de estatização do setor portuário.

3.3 – ELEMENTOS DE PRIVATIZAÇÃO NO SETOR PORTUÁRIO ESTABELECIDOS PELA LEI Nº 8.630/1993

Com a extinção da Portobrás em 1990, o sistema portuário nacional passou a ser caracterizado pela descentralização e pelo estímulo à concorrência entre portos. O Ministério dos Transportes passou a ser responsável por estabelecer as diretrizes de exploração portuária, por meio de delegações às Companhias Docas federais, estaduais e a uma privada, conforme indicado na Tabela 3.2.

Tabela 3.2 – Sistema portuário antes e depois da Portobrás

Sistema pré-1990	Sistema pós-1990
Mais de 30 portos públicos administrados pelas CIAs Docas, diretamente pela Portobrás, por empresas sob administração privada ou por concessionárias estaduais	Desativação da Portobrás, passando o Ministério dos Transportes a ser diretamente responsável pela política portuária por meio de oito CIAs Docas federais, cinco estaduais e uma privada.

Fonte: (OLIVEIRA & MATTOS, 1998, p. 66)

Três anos após a extinção da Portobrás, entrou em vigor a Lei de Modernização dos Portos – Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (BRASIL, 1993a). Seguindo a tendência de privatizações dos anos 1990, a nova lei foi criada com o objetivo implementar uma lógica de

exploração privada, buscando a modernização das operações e ganhos de eficiência (JUNQUEIRA, 2002).

O regime de exploração dos portos estabelecido pela Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a) trouxe então mudanças para o setor, dentre as quais, destacam-se: possibilidade de a União conceder à iniciativa privada a exploração de portos organizados; desvinculação da operação portuária da administração pública do porto (mão de obra para as operações em terra, antes contratada exclusivamente pela Administração do Porto, pode ser contratada diretamente por operadores privados); arrendamento de terminais (área e instalações) dentro do porto público para iniciativa privada, possibilitando a competição entre terminais em um mesmo porto; e, permissão aos terminais de uso privativo para movimentação de cargas de terceiros.

A Lei de Modernização dos Portos teve, então, quatro pilares básicos: ampliação do direito da iniciativa privada em fazer as operações portuárias; criação do Órgão Gestor da Mão de obra – OGMO; criação da Administração Portuária; e, a instituição do Conselho da Autoridade Portuária – CAP.

Entre as modalidades possíveis de transferências da operação das áreas portuárias públicas para o setor privado, foi definida a de arrendamentos de áreas e instalações portuárias, na qual a exploração das atividades portuárias ocorre após seleção por meio de licitação nas modalidades de concorrência ou leilão. Desse modo, dentro das áreas dos portos públicos, os terminais eram explorados por meio de contratos de arrendamento, celebrados entre a administração do porto e particulares. O serviço prestado era centrado na área arrendada, da qual o particular poderia dispor nos termos estabelecidos no contrato firmado com a autoridade portuária (MANTELI, 2012).

Mais de uma década após a edição da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), entrou em vigor o Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008 (BRASIL, 2008), dispondo sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários. O objetivo desse decreto era consolidar o marco regulatório vigente na época, estabelecido pela Lei de Modernização dos Portos.

De modo geral, o Decreto nº 6.620/2008 definiu três possibilidades de participação de entes públicos ou privados no fomento e desenvolvimento dos portos nacionais. A primeira foi a concessão de portos organizados por meio de licitação, destacando-se que qualquer interessado na exploração do serviço poderia, mediante concessão, requerer à Antaq a abertura do respectivo processo licitatório. A segunda foi o arrendamento de instalações portuárias mediante licitação, desde que integrantes do Plano Geral de Outorgas e Programa de Arrendamento do Porto, conforme disposto no artigo 25, § 1º do Decreto nº 6.620/2008, destacando-se que a ampliação de área arrendada somente seria permitida em área contígua e quando comprovada a inviabilidade técnica, operacional e econômica de realização de licitação para novo arrendamento. A terceira foi a autorização para construção e exploração de instalação portuária de uso privativo. Neste ponto, o decreto ratificou que os terminais privativos deverão operar precipuamente com as cargas próprias de seu proprietário e, residualmente, com as cargas de terceiros.

É importante observar que, embora a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) já tivesse estabelecido, em seu art. 175, a possibilidade de exploração de serviços públicos por meio de concessão ou permissão, optou-se, na Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), por manter a figura do *arrendamento* para a exploração de áreas dentro do porto organizado, ao invés da *concessão*.

Ressalta-se que, na época em que foi criada a Lei de Modernização dos Portos, ainda não havia norma específica regulamentando o art. 175 da Constituição, o que só passou a existir dois anos depois, com a entrada em vigor da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Também é importante destacar que a Antaq foi criada apenas em 2001, portanto, não havia a figura da agência reguladora para auxiliar na efetivação dos mecanismos próprios do modelo de concessões.

Dessa forma, ainda que a Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), por meio da figura do arrendamento portuário, contivesse certas características do modelo concessões, como a necessidade de licitação (art. 1º, § 2º), ainda não se aplicavam integralmente as regras e requisitos que vieram a ser estabelecidos posteriormente com a Lei de Concessões (BRASIL, 1995).

3.4 – OS MODELOS BRASILEIROS DE CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS E DE AGÊNCIAS REGULADORAS

Paralelamente ao processo de privatizações no Brasil, foi se consolidando durante os anos 1990 o modelo de concessões de serviços públicos. Um dos aspectos característicos desse modelo é a possibilidade de aliar eficiência e investimentos provenientes de agentes privados com a capacidade de regulação voltada ao interesse público. Trata-se de um sistema de exploração em que se privatiza a execução dos serviços, porém, mediante um conjunto de regras de controle estatal. A possibilidade de concessão de serviços públicos está prevista na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu art. 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [...]

Conforme a referido dispositivo constitucional, a prestação de serviços públicos é atividade atribuída em primeiro lugar ao Estado. Em certos casos específicos, entretanto, a execução desses serviços pode ser transferida a particulares, desonerando o ente público de atividades em relação às quais não tem condições financeiras ou entende não ser conveniente prestar diretamente. Essa parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, na construção e operação de infraestruturas de natureza pública, realiza-se por concessão. Mediante a concessão, a prestação do serviço “é transferida a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas que os usuários lhe pagarão em razão da fruição do serviço, mantendo o Estado a titularidade e os controles públicos sobre ele” (ARAGÃO, 2009, p. 1). Nem todo serviço público é delegado a particulares, mas todo serviço público desempenhado por particulares só poderá sê-lo mediante concessão ou permissão. Quando concedido, o serviço público deve ser regulado pelo Estado, que deverá certificar-se da qualidade da sua prestação (MEIRELLES, 2000).

Constata-se, ainda, do referido dispositivo da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), que a concessão ocorrerá sempre por meio de licitação, que permite selecionar o agente mais apto a prestar o serviço conforme os requisitos estabelecidos no edital. Existe também a permissão, mas esta pesquisa não abordará essa modalidade – basta dizer que a diferença fundamental está na precariedade do contrato de permissão.

No plano infraconstitucional, alguns dos parâmetros básicos do modelo de concessões foram estabelecidos na Lei de Licitações – Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (BRASIL, 1993b), que estabelece normas gerais para licitações e contratos administrativos. Somente após sete anos da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) foi criada norma específica para regular as concessões de serviços públicos, a Lei de Concessões – Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). É importante destacar que a figura da concessão já existia muito antes da entrada em vigor da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995), contudo, foi essa norma que estabeleceu as regras e demais características que compõem o atual modelo brasileiro de concessões de serviços públicos.

Ressalta-se que nesta dissertação utiliza-se a expressão *modelo brasileiro de concessões de serviços públicos* para designar o conjunto de regras estabelecidas pela Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995), editada com base no disposto no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Mais especificamente, a concessão de serviço público está prevista no art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Aragão (2009, p 3), define a concessão de serviço público, conforme a Lei de Concessões, como:

A delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público.

Segundo FILHO (2003), a Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995) estabelece, assim, como condições para a concessão de serviços públicos, entre outras, as seguintes:

- a) licitação;
- b) realização de consultas e audiências públicas;
- c) prazo contratual determinado;
- d) identificação de bens reversíveis;
- e) estabelecimento de política tarifária;
- f) observância a direitos dos usuários;

- g) prestação serviço adequado, prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária;
- h) observância a parâmetros de desempenho.

Observa-se que a licitação pública deve ser promovida pelo órgão regulador preservando-se os direitos dos usuários, as políticas tarifárias, entre outras garantias. Nesse sentido, destaca-se, da lei mencionada, a disposição segundo a qual toda concessão pressupõe a realização de procedimento licitatório para auferir a proposta mais vantajosa para o interesse público e, após sagrado o vencedor do certame, exige-se a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, definido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º), além da necessidade de cumprimento de uma série de parâmetros de desempenho. Salienta-se que as concessões deverão sujeitar-se, ainda, à fiscalização (art. 3º) exercida pelas agências reguladoras (FILHO M. J., 2003).

É importante ressaltar, ainda, que com o advento da Lei nº 9.784/1999 (BRASIL, 1999), foi instituída a base legal para as audiências e consultas públicas, que passaram a constituir a fase externa das licitações para concessão. A audiência pública está inserida no capítulo "da instrução" do processo administrativo. O art. 32 da referida lei estabelece:

Art. 32 Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Audiência pública é um tipo de reunião em que todos os membros de uma comunidade são convidados a comparecer, dar suas opiniões e ouvir respostas de agentes públicos e outras autoridades. É um instrumento que pode levar a uma decisão política ou legal ter mais legitimidade e transparência. Trata-se de instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, por meio da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É por meio dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com todos os tipos de interessados. Já a consulta pública está prevista no art. 31, §§1º e 2º, da Lei nº 9.784/1999 (BRASIL, 1999), como meio

instrutório do processo administrativo, que pode ser utilizada quando a matéria envolver assunto de interesse geral e destinada a colher manifestação de terceiros, desde que não haja prejuízo para a parte interessada, antes da decisão do pedido.

Quanto ao significado de serviço público, existem alguns critérios doutrinários que buscam definir o termo. De um lado, o elemento material constitui-se na prestação de utilidade pública, destinada a satisfazer interesses coletivos; de outro lado, o elemento formal indica que os serviços públicos se submetem ao regime de Direito Público, que contempla princípios específicos (MELLO, 1997).

A criação das agências reguladoras também contribuiu para viabilizar o modelo de concessões de serviços públicos. Há uma clara relação de complementariedade entre as agências e o modelo de concessões, como destaca Motta (2003, pp. 31-32):

Nesse processo desestatizante, a figura-chave é a da concessão de serviço público, constituída por um triângulo de interesses, os econômicos do concessionário, que é um investidor perseguindo lucros, os políticos do poder concedente, que como Estado deve, ao menos em tese, assegurar o interesse público, traduzidos pelas expressões *serviço adequado* e *tarifa módica*; e os do usuário, também marcadamente econômicos, e nem sempre levados em consideração.

A figura geométrica utilizada encerra uma síntese: os interesses econômicos do concessionário e os do usuário são antagônicos. Este conflito de interesses privados e coletivos poderá ser resolvido pela implementação dos interesses políticos do Estado, mediante o atuar das agências reguladoras, garantindo, ao menos em teoria, o equilíbrio das três partes. Na prática, tal equilíbrio dependerá da eficiência destes entes. (grifos do autor)

Na evolução do Direito Administrativo, as agências reguladoras são produto do regime de desestatização que vem sendo progressivamente implantando. As agências ANEEL (energia elétrica), ANATEL (telefonia) e ANP (petróleo), inauguraram um novo modelo de intervenção regulatória do Estado na economia. O processo regulatório deixou de ser responsabilidade de departamentos da administração direta e passou a ser realizado por agências independentes, sob a forma de autarquias especiais.

Especificamente, as agências são entes autônomos originados pelo processo de descentralização de competências dos entes federativos. Elas têm como objetivo fiscalizar a prestação dos serviços pelos entes privados, bem como regular as diretrizes gerais de exploração dos setores em que elas são especializadas (MOTTA, 2003).

O Brasil optou por instituir o modelo de agência reguladora a partir da Reforma Administrativa dos anos 90, iniciada com a aprovação do Plano Bresser e das emendas constitucionais de 1998. As agências reguladoras foram criadas para atuarem diretamente no setor de serviços públicos delegados, seguindo o modelo pensado pelos norte-americanos. Em sentido amplo, a regulação consiste em um conjunto de medidas legislativas e administrativas pelas quais o Estado planeja, controla e fiscaliza a execução de serviços públicos prestados por particulares, no intuito de assegurar sua eficiência e qualidade. As agências reguladoras são autarquias especiais criadas com a finalidade de fiscalizar, controlar, regular e em alguns casos realizar o procedimento licitatório dos serviços públicos delegáveis (precedidos ou não de obra pública). As agências compõem a Administração Pública Indireta do ente federado (União, Estados, Distrito Federal ou Municípios) ao qual estão vinculadas (MOTTA, 2003).

Esse modelo de regulação por agências independentes foi difundido também para outros setores, além da infraestrutura, originando a criação de mais sete agências independentes federais: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Agência Nacional de Águas – ANA, a Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, a Agência Nacional do Cinema – Ancine, a Agência Nacional de Aviação – ANAC e a Antaq. Essas agências apresentam basicamente o mesmo desenho institucional das três primeiras, ou seja, configuram-se como autarquias especiais, sendo o que as distingue é o tipo de regulação que exercem, se econômica ou social. Outros fatores em comum são a previsão de autonomia e estabilidade dos seus dirigentes, a preocupação com a sua independência financeira, funcional e gerencial e, ainda, procedimentos de controle e transparência (NUNES, RIBEIRO, & PEIXOTO, 2007).

Para que se possa ter uma base de comparação entre o modelo brasileiro de agências reguladoras e aqueles existentes em outros países, é interessante verificar as principais características dos modelos argentino e o norte-americano.

A Argentina foi um dos primeiros países da América Latina a aderir às reformas do Estado dos anos noventa. Essa reforma teve início junto com o processo de concessão, impulsionado pela Lei de Reestruturação de Empresas Públicas, de 1989. Por meio da participação do setor privado na execução de serviços públicos, buscava-se diminuição do déficit público e a revitalização da economia. O país efetivamente colocou em prática um dos maiores programas de privatização da América Latina, o que certamente exerceu um forte impacto no

setor de transportes e serviços relacionados. Em poucos anos foram privatizadas a empresa de transporte aéreo (Aerolíneas Argentinas); a empresa naval de cargas (ELMA), vendendo-se todos os seus navios; a infraestrutura portuária; e, ainda, o principal terminal de ônibus do país (Retiro, Buenos Aires), privatizado sob o regime de concessão. Na área da infraestrutura de transportes, foi privatizada toda a rede rodoviária, sendo a maior parte pelo sistema de pedágio (CAVALCANTI, 2002).

Ressalta-se que, em alguns desses casos, houve processos de privatização sem intervenção de agências reguladoras ou sequer de um marco regulatório, permitindo grande liberdade ao agente privado. Os portos, por exemplo, ficaram sujeitos apenas ao controle da Administração Geral dos Portos, enquanto o ente regulador *Organo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos* – Orsna ficou responsável pelo controle da infraestrutura aeroportuária. Pôde-se constatar uma evidente debilidade dos marcos regulatórios, além do que, os poucos entes reguladores criados (como o atual *Organo de Control de las Concesiones Viales* – Occovi ou do Orsna) foram dotados de um baixo grau de autonomia e independência em relação ao poder político, o que prejudicou a regulação dos serviços (CAVALCANTI, 2002).

Já nos Estados Unidos, houve um grande processo de reforma regulatória a partir do século XIX, porém suas estruturas na área de transportes encontram-se presentes desde então, diferentemente do Brasil. O processo de regulação nos EUA está ligado à primeira agência regulatória moderna, a *Interstate Commerce Comissions* – ICC, criada com o fim de regular ferrovias. Em 1946 foi editada a Lei de Procedimento Administrativo *Administrative Procedure Act* – APA, um mecanismo de formalização procedimental e homogeneização do funcionamento dos órgãos administrativos.

As agências norte-americanas dividem-se em reguladoras e não reguladoras, dependendo se possuem ou não poderes normativos delegados pelo Congresso. As agências reguladoras têm poderes normativos e de decisão, delegados pelo Congresso, já as agências não reguladoras prestam serviços sociais, concedendo aos mais necessitados, benefícios. Mais precisamente, as agências reguladoras nos EUA possuem função “quase-legislativa”, por terem competência para baixar novas normas reguladoras, desde que não contrastem com os parâmetros genéricos estabelecido nas leis vigentes. Também possuem funções “quase-judiciais”, por resolverem certos conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los. No Brasil, as agências não possuem essa função legislativa capaz de introduzir inovações no

ordenamento jurídico, uma vez que seus regulamentos se limitam a garantir a fiel execução da lei(DI PIETRO, 2011).

O modelo brasileiro de concessões de serviços públicos tem como regra, assim, a existência de uma agência reguladora responsável por cada segmento de serviços realizados por suas concessionárias. Embora as competências dessas agências variem conforme estabelecido nas suas respectivas leis de criação, de modo geral, costuma-se atribuir à agência a competência não apenas de fiscalizar os serviços prestados, mas também de estabelecer diretrizes técnicas aos entes regulados por meio de resoluções normativas ou mesmo por regras de exploração estabelecidas em editais de licitação. Além da agência, cada setor é regido por um órgão do Poder Executivo, geralmente um ministério, que fica responsável pelo estabelecimento das diretrizes políticas do setor. A agência fica vinculada a um órgão de governo, porém, sem haver relação de subordinação. Desse modo, cada agência reguladora, juntamente com o órgão de governo ao qual é vinculada, conduzem a prestação dos serviços prestados pelos concessionários, ficando as primeiras responsáveis pelo estabelecimento de diretrizes técnicas e os segundos por diretrizes políticas(MOTTA, 2003).

4 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO

Há muito a situação dos portos do Brasil tem sido identificada como um dos principais entraves para o desenvolvimento econômico nacional. Os altos custos e a pouca eficiência das operações portuárias costumam ser percebidos como obstáculos para a importação e exportação de mercadorias, o que prejudica o comércio internacional e, em última análise, a economia brasileira como um todo.

Tem-se atribuído esse problema a diversos fatores, entre os quais o elevado grau de burocracia do setor, o baixo grau de eficiência das operações e, ainda, à carência de investimentos na modernização dos portos e das instalações portuárias.

No intuito de corrigir essa situação, o marco regulatório do setor portuário passou por diversas modificações nas últimas décadas, com destaque para a edição da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a)– Lei de Modernização dos Portos. Essa norma introduziu significativas mudanças no setor, especialmente no que diz respeito ao uso e à administração dos portos, à movimentação de carga e aos contratos de arrendamento (NETO & LEITE, 2003).

A norma em questão foi editada com o objetivo de tornar os portos mais ágeis e competitivos frente ao mercado internacional, uma vez que os custos operacionais eram muito superiores aos praticados no exterior. Por meio dessa lei, praticamente todos os serviços e estruturas até então operadas pelo governo foram privatizados por contratos ou arrendamentos, ficando o Estado apenas com a administração em si e com o papel de autoridade portuária (MANTELI, 2012).

Após a edição da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), entrou em vigor a Lei Geral de Concessões – Lei nº 8.987/1995 e, posteriormente, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 (BRASIL, 2001), que fixou as diretrizes gerais para os transportes terrestre e aquaviário, bem como deu origem a agências reguladoras responsáveis por esses setores, inclusive à Antaq, entidade responsável pela regulação do transporte aquaviário.

É importante ressaltar que Lei de Modernização dos Portos foi criada dois anos antes a Lei Geral de Concessões e mais de nove anos antes da Antaq. Isso significa que as diretrizes gerais dos modelos de concessões e de agências reguladoras não estavam contempladas na Lei de Modernização dos Portos desde a sua origem, o que explica, em certa medida, o descompasso à época entre o setor portuário e esses modelos. Essa situação é comentada por Guimarães (2014, pp. 295-296):

A Lei nº 8.630 se ressentia também de seu caráter pioneiro. A transferência da exploração de um serviço de infraestrutura para o setor privado requer a supervisão de um mecanismo estatal de regulação. A Lei dos Portos requer a supervisão de um mecanismo estatal de regulação. A Lei dos Portos antecedeu, no entanto, a legislação que estabeleceu o novo arcabouço legal do regime de concessão e da atuação das agências reguladoras do setor de transporte: a Lei nº 8.987, de 1995, que definiu o novo arcabouço legal do regime de concessão, e a Lei nº 10.233, de 2001, que fixou as diretrizes gerais do novo modelo do sistema de transporte e da atuação das agências reguladoras. Assim, apenas em 2001 foi constituída a entidade responsável pela regulação do transporte aquaviário do país, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

Na ausência dessa referência legal [Lei de criação da Antaq], a Lei nº 8.630 criou seu próprio marco regulatório, no qual a função de regulação das relações de mercado, em alguns casos, permanece vaga e, em outros, está referida à estrutura da administração pública federal então vigente ou a entidades criadas pela própria lei. Este marco regulatório não era necessariamente harmonizado ao modelo que viria a ser definido pela legislação subsequente.

Outra modificação da estrutura institucional do setor portuário foi a criação, em 2007, da Secretaria Especial de Portos – atual Secretaria de Portos –, por meio da Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007 (BRASIL, 2007). À essa Secretaria foi atribuído nível ministerial, vinculação formal à Presidência da República bem como competências do Ministério dos

Transportes relativas à formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento dos portos e terminais portuários (GUIMARÃES, 2014).

Nesse contexto, apesar de as modificações trazidas pelas normas mencionadas terem buscado aprimorar e dinamizar a atividade portuária, verificava-se, ainda, muitos aspectos deficientes no setor. A dificuldade, o custo e o tempo para a realização de operações indicavam que, após dezesseis anos da edição da Lei nº 8.630/1993, continuavam a existir significativos problemas estruturais a serem solucionados.

A par dessa situação, o TCU realizou um diagnóstico da situação dos portos no Acórdão nº 1904/2009 (BRASIL, 2009b), sobre planejamento portuário e sustentabilidade financeira das autoridades portuárias, e no Acórdão nº 2896/2009 (BRASIL, 2009a), sobre processos de arrendamento e concorrência. Nesses estudos foram avaliados os entraves à expansão e à modernização da infraestrutura do segmento portuário, sob a perspectiva da atração de investimentos. O Acórdão 1.904/2009-Plenário tratou do planejamento do setor e da sustentabilidade financeira das companhias docas e fez uma série de recomendações à Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq.

Em 2012, foi instituído pelo Governo Federal o Programa de Investimentos em Logística – PIL, com o objetivo de reduzir custos de movimentação de carga interna e de exportação para melhor atender as necessidades dos setores ferroviário, rodoviário, aeroportuário e portuário. Paralelamente, com a edição da Medida Provisória nº 595/2012 (BRASIL, 2012), posteriormente convertida na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) – nova Lei dos Portos –, e regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013b), foi estabelecido o novo marco regulatório do setor portuário.

O novo marco regulatório portuário estabeleceu uma reforma institucional na administração dos portos e em diversos outros aspectos do setor portuário brasileiro. Conforme alegado pelo Governo na Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 595/2012 (BRASIL, 2012), que deu origem à nova Lei dos Portos, trata-se de uma concepção orientada pela busca de modernização da gestão, ampliação da infraestrutura, atração de investimentos oriundos do setor privado e no aumento da movimentação de cargas com redução dos custos de operação e eliminação de barreiras comerciais. Nesta dissertação, buscar-se-á analisar os avanços e

retrocessos do novo marco regulatório portuário, com foco na avaliação dos avanços ou retrocessos quanto aos mecanismos de garantia do interesse público.

4.1 – MUDANÇAS TRAZIDAS PELO NOVO MARCO REGULATÓRIO

A entrada em vigor da nova Lei dos Portos alterou significativamente as atribuições dos entes portuários. Um dos principais objetivos da nova Lei dos Portos foi proporcionar mais agilidade e modernizar o setor, reduzindo os custos das transações. Nesse sentido, a legislação dos portos traz importantes inovações, que alteraram significativamente a modelagem das concessões e arrendamentos nos portos organizados brasileiros (TEIXEIRA, 2013).

A nova Lei dos Portos trouxe mudanças, entre outras, no que diz respeito à alteração de competências institucionais dos entes portuários, critérios de julgamento das licitações para arrendamentos e caracterização jurídica da figura do arrendamento portuário.

4.1.1 – MUDANÇAS NAS ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS

Uma mudança fundamental trazida pela Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) diz respeito a alterações nas competências dos entes envolvidos no setor portuário. De acordo com o novo marco regulatório, o poder concedente, representado pela SEP/PR, fica responsável por elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, bem como definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios, conforme previsto no art. 16, I e II da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c). Trata-se da prerrogativa de implementar políticas públicas, sendo possível afirmar, nesse sentido, que a SEP/PR é responsável, basicamente, pelo plano estratégico do setor portuário. Já à Antaq compete, entre outras atribuições como a fiscalização dos serviços, a elaboração do edital de licitação para a concessão de serviços portuários e arrendamento, bem como a realização do procedimento licitatório – com base nas diretrizes definidas pela SEP/PR –, conforme previsto no art. 6º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c). Essas atribuições podem ser entendidas como estando no plano tático do setor portuário. Por fim, compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária, as atribuições previstas nos arts. 17 e seguintes da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c). Fica a autoridade portuária, incluindo-se nesse grupo as Companhias Docas, incumbida de atribuições referentes meramente ao plano operacional,

desenvolvendo atividades como a arrecadação dos valores das tarifas relativas às suas atividades e a fiscalização de obras de construção e da operação portuária.

A lei em questão atribuiu à SEP/PR, entre outras competências, a de elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada. O novo marco legal também atribuiu à referida Secretaria a competência para definir as diretrizes das licitações de áreas dentro dos portos organizados e para celebrar contratos de arrendamento portuários. Essas competências conferidas à SEP/PR, juntamente com a diminuição das atribuições das administrações dos portos, demonstram o movimento de centralização institucional promovido pelo novo marco regulatório do setor portuário.

Essa tendência centralizadora diferencia-se do modelo que tem sido adotado fora do Brasil. O BNDES, em estudo comparado sobre a institucionalidade do setor portuário em diferentes países, constatou uma forte utilização de modelos descentralizados para a formação de políticas e planejamento regional, se estendendo até os processos de outorga de novos portos. Os modelos regionalizados trazem uma série de implicações, como maior agilidade para a abertura de portos e mudança no papel do governo central, que ao invés de atuar como órgão diretivo restringe-se a atuar como indutor de políticas nacionais (BNDES; Booz & Company, 2012).

De acordo com o novo marco regulatório do setor portuário brasileiro, as competências dos entes estatais foram distribuídas entre a SEP/PR, a Antaq (agência reguladora) e as administrações dos portos. Trata-se de um modelo complexo, pois não há apenas a agência reguladora, mas também uma secretaria e as administrações dos portos. Embora as atribuições mais estratégicas estejam centralizadas na SEP/PR, esses entes trabalham de forma conjunta e integrada para executar as políticas públicas formuladas para o setor e pôr em prática as operacionalizações dos portos (HEEREN, 2015).

4.1.2 – CRITÉRIO DE JULGAMENTO NAS LICITAÇÕES DE ARRENDAMENTOS

Durante a vigência da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), o critério de julgamento nas licitações de arrendamentos portuários era, em regra, o de maior oferta, em que a licitante vencedora era aquela que oferecesse o maior valor de outorga, ou seja, que pagasse o maior valor ao Estado para assumir o arrendamento. Nesse modelo, o valor cobrado pelo serviço prestado pelo arrendatário não era controlado pelo Estado.

Conforme estabelecido pela a Lei nº 12.815 (BRASIL, 2013c), não há obrigatoriedade de pagamento de valor de outorga, uma vez que serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital. Conforme a redação original do art. 9º do Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013b), além dos critérios estabelecidos na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c), poderiam ser adotados, desde que associados com um ou mais dos critérios originais, o maior valor de investimento, a menor contraprestação do poder concedente ou a melhor técnica, não permitindo, dessa forma, o pagamento de valor de outorga.

A escolha pelo critério de capacidade de movimentação, menor tarifa ou menor tempo de movimentação de carga, bem como daqueles permitidos no Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013b), ao invés do pagamento de valor de outorga, parece ter tido o intuito de funcionar como um instrumento regulatório, na busca de responder aos questionamentos colocados à atividade portuária, em cenário em que a franca expansão da atividade poderia representar um instrumento de desenvolvimento para o país. É possível que o poder público tenha priorizado, em um primeiro momento, durante a vigência da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), a necessidade de se adquirir recursos para investir na infraestrutura dos portos e, posteriormente, priorizou a movimentação de cargas no porto, de modo a incentivar a eficiência e a modicidade tarifária das operações.

Contudo, ressalta-se que, por meio do Decreto nº 8.464, de 8 de junho de 2015 (BRASIL, 2015a), foi aberta uma brecha jurídica na diretriz do novo marco regulatório portuário referente aos critérios de julgamento, colocando o pagamento do valor de outorga novamente como uma possibilidade. Esse ponto será tratado de forma detalhada no tópico 6.2.1 desta dissertação.

4.2 – CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA DA FIGURA DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Feitas essas considerações a respeito das mudanças trazidas pela nova Lei dos Portos, cabe tratar da caracterização jurídica conferida por essa norma à figura do *arrendamento portuário*. Essa figura jurídica, salienta-se, não é uma inovação do novo marco regulatório, uma vez que já era utilizada no setor portuário para reger a exploração de áreas públicas dentro do porto organizado desde antes da entrada em vigor da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a).

Primeiramente, é importante ressaltar que a Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) distingue duas principais formas de exploração referentes porto organizado: de um lado, a *concessão* do porto como um todo; de outro lado, o *arrendamento* de áreas e infraestruturas dentro do porto. As análises realizadas na presente dissertação são referentes especificamente à caracterização jurídica do arrendamento portuário, que confere a particular o direito de exploração de áreas e infraestruturas públicas para a movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, ou ao embarque e desembarque de passageiros. Essas e outras definições estão presentes nos primeiros artigos da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c), em especial no art. 1º, § 1º e no art. 2º, I, III, IX e X.

Ocorre que o arrendamento não é uma figura proveniente do Direito Público, mas do Direito Civil. Originalmente, o arrendamento foi criado para regular relações entre privados, em que o arrendador cede ao arrendatário o direito de uso e gozo de uma propriedade imobiliária por certo período, mediante o pagamento de uma prestação monetária. Respeitada a destinação do imóvel, o arrendatário, em regra, pode utilizá-lo da forma que bem entender, de forma semelhante a um contrato de locação, em que não há regras como regulação tarifária, parâmetros para a avaliação do desempenho, nem outros mecanismos de regulação.

Na concessão, diferentemente, o Estado não transfere ao particular o uso de um *bem* imóvel, mas a prerrogativa de explorar um *serviço*. Neste caso, a prestação é transferida a um agente privado que se remunerará, via de regra, pelas tarifas pagas pelos usuários, mantendo o Estado a titularidade sobre o serviço. Desse modo, mesmo concedendo a prestação, o Estado mantém a prerrogativa de estabelecer regras de como o serviço deve ser executado, além de poder retomá-lo se assim considerar necessário.

Desse modo, é pertinente questionar o porquê de o contrato de arrendamento ainda ser usado como instrumento para a exploração de áreas e infraestruturas públicas dentro do porto organizado, tendo em vista posicionamento consolidado do TCU no sentido de que a operação portuária se caracteriza como serviço público (BRASIL, 2009a), e que o art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabelece que os serviços públicos, quando não prestados diretamente pelo Estado, devem ser realizados por concessão ou permissão⁶.

⁶ A permissão se diferencia da concessão pelo caráter precário daquela. Uma vez que a exploração de áreas e infraestruturas portuárias geralmente demandam altos investimentos com períodos relativamente longos de amortização, entende-se que o

Define-se serviço público como toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, que o Estado presta diretamente ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público (Mello, 2004). A prestação de serviços públicos por concessão pressupõe, dessa forma, um conjunto de mecanismos de controle estatal em relação à atividade realizada por particular, com o objetivo de assegurar a satisfação de interesses sociais, o que não se verifica necessariamente no contrato de arrendamento em seu sentido original – como instrumento do Direito Civil. Na concessão, o poder concedente não apenas tem a possibilidade de regular a tarifa praticada, como também deve estabelecer parâmetros para avaliação de desempenho, metas e prazos para o alcance de níveis de serviço, além de outras regras no sentido de assegurar a prestação eficiente e de baixo custo aos usuários (FILHO M. J., 2003). Portanto, entende-se que o instrumento mais adequado para a exploração de áreas e infraestruturas portuárias deveria ser o contrato de concessão, e não de arrendamento.

Embora a Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a) já estabelecesse como cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento portuário regras para a garantia do interesse público semelhantes às constantes nos contratos de concessão – como a necessidade de a arrendatária observar parâmetros de desempenho e direitos dos usuários –, na prática, muitos contratos de arrendamento vigentes à época não continham essas regras e assemelhavam-se, nesse aspecto, ao arrendamento em seu sentido original, aproximado de um contrato de locação, em que não há observância de todas as garantias ao interesse público previstas em uma concessão.

A nova Lei dos Portos manteve a figura do contrato de arrendamento, definido em seu art. 2º, XI como “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado”. Contudo, sob a vigência do novo marco regulatório, o arrendamento portuário se tornou mais semelhante, senão idêntico, à concessão: de um lado, o novo contexto institucional permitiu a uniformização dos contratos de arrendamento e sua modernização, que ocorreu, por exemplo, com a inclusão de cláusulas específicas relativas a parâmetros de desempenho e metas de produtividade; de outro lado, a nova Lei dos Portos manteve os mecanismos de garantia do interesse público já previstos na legislação anterior e trouxe outros novos, como a previsão expressa da possibilidade de

contrato de permissão, pela sua precariedade, não seria o instrumento mais adequado para a exploração de áreas e infraestruturas dentro do porto organizado.

regulação tarifária. Portanto, a definição do arrendamento como “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas” não contempla todo o significado atribuído a esse instrumento pelo marco regulatório portuário vigente.

A existência da figura do arrendamento nos marcos regulatórios portuários anteriores é, de certa forma, mais compreensível do que sua manutenção no marco regulatório atual. Quando a Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a) instituiu a figura do arrendamento portuário, a concessão de serviços públicos, apesar de já prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988), ainda não tinha regras definidas por legislação específica, o que ocorreu somente após a edição da Lei de Concessões – Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995). Além disso, os demais entes que vieram a compor o quadro institucional do setor portuário, capazes de assegurar o cumprimento das mencionadas garantias públicas, ainda não existiam nesse período: a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, responsável pela fiscalização e regulamentação do setor, foi criada somente em 2001; já a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – atual Secretaria de Portos –, encarregada do planejamento e estabelecimento de diretrizes para a exploração portuária, foi criada apenas em 2007.

Diferentemente, no contexto em que foi criada a nova Lei dos Portos, em que já havia sido consolidada a legislação referente às concessões e já tinham sido criadas as instituições do setor portuário, a manutenção do contrato de arrendamento para a exploração de áreas dentro do porto organizado tornou-se ainda mais inadequada. É preciso notar, contudo, que a Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) manteve a figura do arrendamento portuário, porém, adaptada à nova realidade jurídico e política vigente. No aspecto jurídico, optou-se por aproximar o arrendamento portuário dos princípios da Lei de Concessões; no aspecto político, o governo estava determinado a incentivar a eficiência e diminuir os custos das operações portuárias, o que vai ao encontro das premissas do modelo de concessões. A solução adotada foi manter a figura do arrendamento portuário, porém, agregando aspectos que o aproximam a uma concessão de serviço público.

Conforme salienta Dallari (2009), o contrato de arrendamento portuário, desde a vigência da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), é análogo a um contrato de concessão. Segundo Neto e Leite (2003, p. 150):

A caracterização do arrendamento como uma concessão de serviço público considera, em primeiro lugar, que o simples fato do contrato ter o nome de

arrendamento não o faz submeter-se, automaticamente, ao regime do arrendamento previsto no Código Civil e autorizado por meio do Decreto-lei nº 9.760/46. Em Direito não há palavras mágicas, cujo mero uso teria o condão de dar a natureza dos seres jurídicos. Importa, pois, não o nome que se dê ao negócio jurídico, mas sim a natureza das relações estabelecidas e as conseqüências que delas advêm.

Nesse sentido, embora o novo marco regulatório portuário tenha mantido a denominação de “arrendamento” – figura típica do Direito Civil –, ela possui, de fato, todas as principais características de uma concessão de serviço público, conforme indicado detalhadamente no tópico a seguir, e de forma sintética na Tabela 4.1. Realmente, ao analisar a situação do setor portuário brasileiro por meio do Acórdão 2896/2009 (BRASIL, 2009a), o TCU, referindo-se ao marco regulatório portuário ainda na vigência da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), não deixa dúvidas: “apesar de se utilizar da denominação ‘arrendamento’, *por motivos unicamente históricos*, confere ao contrato de arrendamento regime jurídico típico de concessão/delegação de serviço público” (grifos nossos). Se essa já era a interpretação da Corte de Contas em relação ao marco regulatório anterior, certamente essa concepção foi confirmada e ampliada na vigência da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c), o que pode ser verificado pelo tratamento dado à matéria em acórdãos subsequentes como, por exemplo, no Acórdão nº 3661 – Plenário – 2013 (BRASIL, 2013d).

Portanto, entende-se que o Direito Portuário vigente fornece uma denominação inadequada para a delegação do serviço público de operação portuária realizado em áreas públicas dentro do porto organizado – conforme o art. 2º, XI, da nova Lei dos Portos, não seria uma delegação de serviço, mas uma “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas”. Sob a vigência do novo marco regulatório portuário, o arrendamento é muito semelhante – senão idêntico – a uma concessão de serviço público, em que o poder público não só tem a possibilidade de reaver o serviço quando considerar necessário, como também deve estabelecer contratos parâmetros para avaliação de desempenho, metas e prazos para o alcance de níveis de serviço, bem como deve aplicar os demais mecanismos de regulação presentes no modelo de concessões.

4.3 – COMPARAÇÃO ENTRE OS MODELOS BRASILEIROS DE CONCESSÕES E DE AGÊNCIAS E O SETOR PORTUÁRIO

Conforme já apontado no tópico 3.4 desta dissertação, a concessão de serviços públicos, estabelecida no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), tem suas regras e princípios dispostos na Lei nº 8.987/1993 (BRASIL, 1995). Nesse diploma legal estão presentes as bases

do modelo de concessões de serviços públicos no Brasil, que compreende como características principais, entre outras: necessidade de licitação; realização de consultas e audiências públicas; prazo contratual determinado; identificação de bens reversíveis; estabelecimento de política tarifária; observância a direitos dos usuários; prestação de serviço adequado, prestado com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária; e, observância a parâmetros de desempenho (FILHO M. J., 2003).

Salienta-se que essas regras são aplicáveis na regulação de *serviços públicos*. De modo geral, caracteriza-se um serviço como público no caso de o serviço proporcionar utilidade pública, destinada à satisfação de interesses coletivos. Nesse caso, os serviços submetem-se ao regime de Direito Público, que contempla princípios específicos. Nesse sentido, Mello (1997, p. 23) define serviço público da seguinte maneira:

Serviço Público, em sentido técnico jurídico, é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material, fruível diretamente pelos administrados, prestadas pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Atualmente, há posição consolidada da Corte de Contas no sentido de que a operação portuária se constitui realmente como um serviço público (BRASIL, 2009a). Nesse caso, a SEP/PR atua como poder concedente, as arrendatárias equiparam-se a concessionárias, a Antaq fiscaliza o serviço e os usuários são aqueles que utilizam os terminais para transporte de mercadorias ou passageiros. É preciso, portanto, ter clareza de que as operações portuárias se constituem, efetivamente, como um serviço público, embora o usuário do setor portuário, geralmente um dono de cargas, tenha um perfil diferente do usuário de outros serviços públicos tradicionais, destinados à população em geral, ao cidadão comum, como o transporte de passageiros ou o fornecimento de energia elétrica.

No setor portuário, além das disposições gerais constantes na nova Lei dos Portos sobre a necessidade de parâmetros de desempenho e de regulação tarifária em contratos de arrendamento, é importante observar o teor da Resolução Antaq nº 3274, de 6 de fevereiro de 2014 (BRASIL, 2014a), que aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas. Em seu art. 2º, a referida norma especifica os direitos e deveres básicos dos usuários dos serviços, nos seguintes termos:

Art. 2º São direitos básicos e deveres do Usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e contratualmente:

I - receber serviço adequado:

a) com observância dos padrões de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade, respeito ao meio ambiente e outros requisitos definidos pela ANTAQ;

b) com cumprimento das práticas recomendadas de proteção à vida e à saúde dos usuários e à integridade da carga;

c) com o conhecimento prévio de todos os serviços prestados e suas características, da composição dos correspondentes valores das tarifas e preços cobrados pelos serviços individualmente considerados, e dos riscos envolvidos;

d) com horário definido e compatível com o bom atendimento;

e) com instalações limpas, sinalizadas, acessíveis e condizentes com o serviço; e

f) com urbanidade, respeito e ética;

II - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente;

III - dispor de informação transparente, correta e precisa por meio de canais de comunicação acessíveis, vedada a publicidade enganosa e abusiva;

IV - dispor de tratamento isonômico, vedado qualquer tipo de discriminação;

V - levar ao conhecimento da ANTAQ e da Administração do Porto as irregularidades de que tenha conhecimento, referentes ao serviço prestado;

VI - comunicar à ANTAQ as infrações à lei e à regulamentação cometidas pela Administração do Porto, arrendatários, autorizatários e operadores portuários na prestação do serviço; e

VII - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

Além disso, a referida norma estabelece, em seu art. 3º, as seguintes condições mínimas referentes aos serviços portuários, reforçando a necessidade de adoção de parâmetros de desempenho e regulação tarifária em contratos de arrendamento portuário:

Art. 3º A Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário devem observar permanentemente, sem prejuízo de outras obrigações constantes da regulamentação aplicável e dos respectivos contratos, as seguintes condições mínimas:

I - regularidade, mantendo a oferta de janelas de atracação, as condições operacionais e utilidades portuárias compatíveis com as necessidades das embarcações-tipo contratualmente estabelecidas;

II - continuidade, não interrompendo injustificadamente as atividades portuárias por período superior a seis meses contínuos ou 12 meses intercaladamente;

III - eficiência, por meio de:

a) **cumprimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos contratualmente;**

b) adoção de procedimentos operacionais que evitem perda, dano ou extravio de cargas e bagagens e minimizem custos a serem suportados pelos usuários;

c) melhoria contínua da qualidade, produtividade e dos índices de movimentação de carga pela busca da expansão, atualidade, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura do porto organizado e das instalações portuárias, dentro de padrões estabelecidos pela ANTAQ;

d) manutenção de pessoal técnico e administrativo em quantitativo suficiente;

e) execução diligente de suas atividades, de modo a não interferir nos serviços prestados pelos demais agentes atuantes no porto organizado, quando for o caso; e

f) outros critérios estabelecidos pela ANTAQ;

IV - segurança, [...];

V - atualidade [...];

VI - generalidade, assegurando a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários e se abstendo de práticas lesivas à livre concorrência;

VII - modicidade, adotando tarifas ou preços em bases justas, transparentes e não discriminatórias aos usuários e que reflitam a complexidade e os custos das atividades, observando as tarifas ou preços-teto, desde que estabelecidos pela ANTAQ;

VIII - higiene e limpeza, por meio de remoção, armazenagem e destinação adequada dos resíduos e demais materiais inservíveis, assim como controle de pragas e instalação de mecanismos de vedação à entrada de insetos e animais nocivos nos recintos de armazenagem ou destinados à movimentação de passageiros;

IX - livre acesso das empresas prestadoras de serviços à área portuária, sujeito a prévio agendamento, desde que devidamente credenciadas junto à Autoridade Portuária, quando couber;

X - abstenção de práticas lesivas à livre concorrência [...]. (grifos nossos)

No que diz respeito ao modelo brasileiro de agências reguladoras, é importante salientar que, como já mencionado nesta dissertação, de modo geral, atribui-se à agência a competência não apenas de fiscalizar os serviços prestados, mas também de estabelecer diretrizes técnicas aos entes regulados por meio de resoluções normativas ou mesmo por regras de exploração estabelecidas em editais de licitação. No modelo brasileiro de agências, cada agência reguladora, juntamente com o órgão de governo ao qual é vinculada, conduzem a prestação dos serviços prestados pelos concessionários, ficando as primeiras responsáveis pelo estabelecimento de diretrizes técnicas e os segundos por diretrizes políticas (MOTTA, 2003).

Nesse sentido, costuma-se atribuir às agências a competência para celebração de contratos de concessão. Como salienta Motta (2003, p. 105), “quanto aos contratos firmados pelas agências, dúvidas não pode haver de que são contratos administrativos, regidos pelo estatuto licitatório, notadamente aqueles que implicam outorga de concessão, permissão, autorização ou delegação”.

Já no setor portuário, a Lei nº 12.815 (BRASIL, 2013c) atribuiu algumas competências técnicas à SEP/PR, como, por exemplo, a definição das diretrizes para a elaboração dos editais de licitação para arrendamentos portuários (art. 6º, § 2º) ou a autorização para expansão de área arrendada (art. 6º, § 6º).

Como pode ser constatado, os arrendamentos portuários estão sujeitos a uma série de mecanismos de controle para a satisfação do interesse público, próprios dos modelos de concessões e de agências reguladoras. Contudo, há algumas características próprias do setor. Entre essas particularidades, destaca-se o fato de que foi atribuída à SEP/PR, que é um ente político, competências de caráter técnico.

Segundo Guerra e Freitas (2015), depreende-se do modelo de Estado Regulador brasileiro, com fundamento no art. 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que cabe aos órgãos de governo a formulação das políticas públicas com base nas prioridades que orientarão a prossecução do interesse público. No setor portuário, as diretrizes a serem definidas pelo órgão de governo – a SEP/PR – estão previstas no art. 3º da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) e consistem, basicamente, no planejamento e estabelecimento de *diretrizes gerais* da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. Essas atribuições estão previstas, por exemplo, no art. 2º, incisos I, II, III e VII do Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013b), e são: elaboração do plano geral de outorgas; disciplina do conteúdo, forma e periodicidade de atualização dos Planos de Desenvolvimento de Zoneamento – PDZs dos portos organizados; definição das diretrizes para a elaboração dos regulamentos de exploração dos portos e; elaboração e envio ao Congresso Nacional de relatório anual indicando resultados trazidos ao setor portuário.

Ocorre que, em outros dispositivos da nova Lei dos Portos, atribui-se à SEP/PR competências de caráter técnico, sobretudo relacionadas à elaboração dos editais de licitação para concessões de portos e arrendamentos de áreas e infraestruturas portuárias. Cita-se, como exemplo, a função atribuída ao poder concedente – representado pela SEP/PR – de “definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios [...] inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios”, prevista no art. 16, II, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c). No art. 6º da mesma lei, os §§ 2º e 3º, dispõem, respectivamente, que “compete à Antaq, *com base nas diretrizes do poder concedente*, realizar os procedimentos licitatórios de que trata este artigo” (grifos nossos) e que “os editais das licitações de que trata este artigo serão elaborados pela Antaq, *observadas as diretrizes do poder concedente*” (grifos nossos). Constata-se, assim, previsão de subordinação técnica da Antaq em relação ao poder concedente na condução das licitações para a delegação de infraestruturas portuárias. No § 5º do mesmo artigo, está previsto que a Antaq deverá observar a determinação do poder concedente para a transferência das competências de elaboração do edital e da realização dos procedimentos licitatórios para a administração do porto organizado. Por fim, o art. 10 da lei em questão estabelece que a Antaq se subordinará às determinações do poder concedente no caso de instauração de procedimento de chamada pública para a autorização de instalação portuária privada.

Com base nesses exemplos, Guerra e Freitas (2015, p. 99) sustentam que, ao invés de manter a relação de *vinculação* da Antaq em relação à SEP/PR – prevista expressamente no art. 71 da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c), que alterou o art. 21 da lei de criação da Antaq – a nova Lei dos Portos estabeleceu, na prática, uma relação de *subordinação*⁷ entre esses entes em questões de caráter técnico:

[...] [a] diretriz institucional trazida pelo Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, no sentido de se estabelecer uma subordinação da ANTAQ frente à SEP, vai de encontro ao modelo de Estado Regulador, consagrado no artigo 174 da Constituição da República (CRFB). [...]

Como se pode perceber, de acordo com a sistemática do Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, a SEP, na qualidade de Poder Concedente, não se limita a fixar as políticas públicas do Setor Portuário – tal como previsto, originalmente, na Lei nº 11.518/2007. Esse órgão de governo passa a se imiscuir nas atribuições técnicas da agência reguladora setorial, podendo, assim, violar a sistemática regulatória do Estado Brasileiro.

Destaca-se que essa relação de subordinação não causa, necessariamente, prejuízo ao interesse público. Qualquer que tenha sido a motivação do legislativo para estabelecer essa sistemática, o fato é que foi atribuído maior controle político à atividade portuária, o que não é um aspecto negativo em si mesmo. Ocorre que as agências reguladoras foram criadas justamente no intuito de *despolitizar* a atividade regulatória, que antes era realizada pelos próprios ministérios. Assim, o setor portuário se diferencia, nesse aspecto, da tendência geral da sistemática regulatória brasileira, em que as atividades técnicas são deixadas à cargo das agências, e não dos órgãos aos quais estão vinculadas. Nesse sentido, Motta (2003, p. 52) explica a importância das agências para despolitização da atividade regulatória:

A grande vantagem da regulação, por enquanto somente no plano teórico, consiste em que o controle dos serviços públicos, em tese, seja realizado através de critérios técnicos [...]. Nesse aspecto, a regulação é um controle *despolitizado*, com a expressão adquirindo o sentido que lhe dá Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, ou seja, “despolitizar é eliminar o conteúdo político desnecessário das decisões, ou das atividades executórias ou de ambas, conforme o caso”.

Na Tabela 4.1, os modelos brasileiros de concessões e de agências reguladoras foram comparados ao modelo regulatório dos arrendamentos portuários.

⁷ Vale lembrar que a subordinação – existente entre entes políticos e seus órgãos – decorre de um poder hierárquico superior e admite todos os meios de controle do superior sobre o inferior; já a vinculação – existente entre entes políticos e entes da Administração Pública Indireta, como as agências reguladoras – resulta do controle finalístico de uma entidade sobre outra, focado no controle dos resultados e não dos meios, bem como no poder de supervisão, que é exercido nos estreitos limites legais, sem suprimir a autonomia conferida ao ente vinculado.

Tabela 4.1 – Comparação entre, de um lado, os modelos de concessões e agências e, de outro lado, a regulação dos arrendamentos portuários

Características em comum entre os modelos de concessões e agências e a regulação dos arrendamentos portuários	
Necessidade de licitação; realização de consultas e audiências públicas; prazo contratual determinado; identificação de bens reversíveis; estabelecimento de política tarifária; observância a direitos dos usuários; prestação de serviço adequado; observância a parâmetros de desempenho; e fiscalização pelos órgãos de controle.	
Características dos modelos de concessões e agências reguladoras	Características da regulação dos arrendamentos portuários
Contratos de concessão.	Contratos de arrendamento, com características de contratos de concessão.
Atividades técnicas são realizadas pela agência reguladora. O órgão de governo limita-se a estabelecer as diretrizes gerais de exploração do setor.	Algumas atividades técnicas, como a definição de diretrizes para a realização de procedimento licitatório, são realizadas pela SEP/PR. Neste caso, o órgão de governo possui competências regulatórias que vão além do estabelecimento de diretrizes gerais de exploração do setor.
Em regra, não há entes equivalentes às autoridades portuárias.	Autoridades portuárias desempenham atividades que dão suporte à regulação, como a comunicação de ocorrências de penalidades à Antaq ou a emissão de certificado de pré-qualificação de operador portuário.

Fonte: Elaboração Própria

Portanto, é possível constatar que a exploração do setor portuário por meio de contratos de arrendamento está inserida nos modelos de concessões e de agências reguladoras, embora possua características *sui generis*. Pode-se argumentar que a denominação “arrendamento” tenha sido mantida somente em razão da cultura do setor, já que esse era o instrumento utilizado no regime anterior. Quanto à atribuição de competências técnicas à SEP/PR, é possível inferir que isso se deve ao fato de o que governo, por razões não tornadas públicas, tenha decidido manter um maior controle sob a atividade portuária.

5 – NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO E OS MODELOS DE CONCESSÕES E AGÊNCIAS: MECANISMOS PARA A GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO?

Apresentadas algumas das principais características do atual marco regulatório do setor portuário, busca-se neste tópico propor considerações para tentar responder, com base na

Teoria Processual Administrativa da regulação, se as regras estabelecidas pelo novo marco permitem ou não a existência das condições necessárias para a regulação orientada à garantia do interesse público, especificamente no que diz respeito a mecanismos, de um lado, de *accountability* e controle estatal, e, de outro lado, de potencialização da eficiência das operações.

5.1 – MECANISMOS PARA A GARANTIA DO INTERESSE PÚBLICO NO NOVO MARCO REGULATÓRIO PORTUÁRIO

Croley (2007) cita os seguintes exemplos de motivações das agências que permitem a regulação destinada ao interesse público:

- controle judicial e de órgãos de controle;
- realização de audiências públicas;
- petições de grupos de interesses públicos ou difusos;
- *feedback* dos usuários, proposições acadêmicas;
- apelos de grupos ambientalistas; e
- mudanças econômicas ou tecnológicas.

Nesse sentido, com base na Teoria Processual Administrativa da regulação(CROLEY, 2007), seria possível sustentar que, em princípio, as condições básicas para a obtenção de uma regulação benéfica ao interesse coletivo estão presentes na atividade regulatória no setor portuário que, na sua atual configuração, não estaria completamente vulnerável a sistemas de trocas de favores e realização de interesses de grupos, como sugere a teoria da *Public Choice*.

A seguir, serão indicados exemplos específicos de mecanismos de garantia do interesse público relacionados ao novo marco regulatório portuário e ao modelo de licitações de arrendamentos portuários estabelecido com base na legislação em vigor, que evidenciam as seguintes características da regulação no setor portuário:

- a) necessidade de cumprimento de diversos requisitos e trâmites legais para a realização de políticas públicas do setor portuário, como os seguintes:

- a.1 processo de autorização de empresa para realizar os estudos de viabilidade;
- b.1 necessidade de avaliação dos estudos de viabilidade;
- c.1 realização de audiências e consultas públicas;
- b) análise, pelo TCU, em diversos estágios, de estudos, minutas de editais e contratos que servirão de base para as licitações dos arrendamentos portuários;
- c) necessidade de realização de diversas adequações nos estudos de viabilidade, para cumprimento do disposto nos diversos acórdãos do TCU citados neste trabalho;

É importante ressaltar que esses exemplos não garantem, por si sós, que todo ato regulatório seja realizado em favor do interesse público. O que se propõe é que esses mecanismos oferecem condições mínimas de controle, a partir das quais é possível que haja a satisfação do interesse público por meio de mecanismos regulatórios aplicados ao setor portuário.

5.1.1 – PADRONIZAÇÃO DE NORMAS E PROCEDIMENTOS AFETOS AO SETOR PORTUÁRIO

Como já mencionado nesta dissertação, entre as mudanças trazidas pela Lei nº 12.815/2013, destaca-se a alteração de competências dos entes envolvidos no setor portuário.

À SEP/PR foram conferidas as competências de elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, bem como celebrar contratos de arrendamento e definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios, conforme previsto no art. 16, I e II da Lei nº 12.815/2013. Essas competências conferidas à SEP/PR, somadas à redução das atribuições das administrações dos portos, demonstram um movimento de centralização das atividades regulatórias do setor por um ente governamental.

Certamente há críticas em relação a essa centralização (ver, por exemplo, entrevista no item A.5 do apêndice desta dissertação). Como um dos pontos passíveis de questionamentos cita-se o esvaziamento da capacidade decisória dos Conselhos de Autoridade Portuárias – CAPs, que deixaram de ser deliberativos e passaram a ser meramente consultivos. Sob o marco legal anterior, os CAPs eram órgãos autônomos, dotados de poder de decisão. OCAP era composto por representantes do poder público, dos operadores portuários, dos trabalhadores portuários e dos usuários dos serviços portuários, que atuavam conjuntamente com a administração do porto. Com a entrada em vigor do novo marco regulatório portuário, o CAP passou a ter apenas caráter consultivo, de modo que não há mais obrigação de seguir suas manifestações.

Seu propósito passou a ser de se posicionar sobre questões do porto, porém, sem impor seus posicionamentos. Na atual configuração, metade da composição do CAP passou a ser reservada ao Poder Público, devendo haver quatro representantes designados pela SEP/PR, um pelo Governo do Estado, um pela administração do porto, um pela cidade onde o complexo portuário está localizado e, por fim, um da Autoridade Marítima. Nesse sentido, de modo geral, apresenta-se o argumento de que a centralização na SEP/PR teria excluído às autoridades locais dos processos de tomada de decisão, e que isso seria danoso uma vez que é a autoridade local que tem conhecimento das demandas específicas do porto.

Em que pesem as críticas apresentadas quanto a esse ponto, é possível constatar que ocorreram mudanças no setor portuário no que diz respeito a padronização de normas e procedimentos, bem como ao planejamento integrado dos portos brasileiros. Antes da entrada em vigor do novo marco regulatório do setor, cada autoridade portuária conduzia a elaboração e gestão de contratos de arrendamento de uma forma particular. Os instrumentos jurídicos celebrados nesse período variavam bastante em relação a sua forma e conteúdo. Os procedimentos para se elaborar pedidos de prorrogação contratual, os critérios para avaliação de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro contratual, entre outros aspectos, eram tratados de forma diversa, conforme o entendimento de cada autoridade portuária. Logicamente, isso não conferia homogeneidade de regras e procedimentos, nem conferia isonomia de tratamento ao setor privado.

Nesse sentido, a padronização dos procedimentos vai ao encontro do Princípio da Isonomia que prescreve, basicamente, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Esse princípio possui fundamento na Constituição Federal, especificamente em seu art. 5º, segundo o qual “todos são iguais perante a lei”(BRASIL, 1988). Trata-se de dar o mesmo tratamento para todos os indivíduos ou grupos que estejam na mesma situação. Conforme explica Mendes(2004, p. 139), “tem-se uma ‘exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade’ se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas”.

Pode-se citar como exemplos da padronização oriunda da centralização de competências na SEP/PR, entre outros: a) a regulamentação dos procedimentos para prorrogação antecipadas, estabelecida pela Portaria SEP/PR nº 349/2014; e b) o estabelecimento de normas gerais para

a realização de pedidos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro contratual, por meio da Portaria SEP/PR nº 499, de 5 de novembro de 2015 (BRASIL, 2015b).

Também é importante destacar que o planejamento do setor portuário, antes da entrada em vigor da Medida Provisória nº 595/2012, posteriormente convertida na nova Lei dos Portos, era realizado individualmente por cada autoridade portuária, e destinado unicamente a cada respectivo porto, sem a garantia de integração a uma programação nacional de investimentos. A partir do novo marco regulatório, passou a ser atribuição da SEP/PR elaborar o planejamento portuário nacional em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada (BRASIL, 2013c).

No intuito de apresentar uma perspectiva de planejamento integrado e diante do aumento expressivo no fluxo de mercadorias nos portos, que deu origem a novas perspectivas de investimentos, a SEP/PR promoveu uma revisão do planejamento do setor, durante o contexto de criação da MP nº 595/2012 (BRASIL, 2012), declaradamente na tentativa de consolidar um modelo de gestão capaz de tornar os portos rentáveis, competitivos, e menos dependentes de fundos externos.

Nesse sentido, uma das primeiras iniciativas da SEP/PR foi a elaboração, ainda durante a formulação da Lei nº 12.815/2013, do Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP, “ferramenta de apoio a tomada de decisões e busca de resultados para os problemas provocados pela falta de uma estrutura uniforme na divisão clara de tarefas e responsabilidades entre entidades públicas e privadas” (SEP/PR, 2014). O referido instrumento de planejamento possibilita a realização de diagnósticos e prognósticos do setor para a proposição de ações de médio e longo prazo, de modo a servir como instrumento de tomada de decisão estratégica.

Além do PNLP, foram desenvolvidos planos diretores estratégicos, denominados Planos Mestres. Nesses planos, foram relacionados elementos, alternativas e ferramentas para o aprimoramento da gestão e para a expansão portuárias, visando analisar a necessidade de melhorias operacionais e de investimentos no porto. Durante a primeira fase do PNLP foram desenvolvidos Planos Mestres para 15 portos públicos e, a partir de 2013, a SEP/PR iniciou processo de elaboração dos Planos Mestres para os demais 22 portos organizados (SEP/PR, 2014).

Nesse contexto, foi publicada a Portaria SEP/PR nº 03, de 7 de janeiro de 2014(BRASIL, 2014c), que relacionou o conjunto de instrumentos de planejamento do setor portuário nacional: o PNLP, os Planos Mestres, os PDZs e o Plano Geral de Outorgas – PGO. Os referidos instrumentos são definidos no art. 1º da Portaria SEP/PR nº 03/2014, da seguinte forma:

Art. 1º São Instrumentos de planejamento do setor portuário nacional, de caráter contínuo:

I – O Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP – instrumento de Estado de planejamento estratégico do setor portuário nacional, que visa identificar vocações dos diversos portos, conforme o conjunto de suas respectivas áreas de influência, definindo cenários de curto, médio e longo prazo com alternativas de intervenção na infraestrutura e nos sistemas de gestão, garantindo a eficiente alocação de recursos a partir da priorização de investimentos, evitando a superposição de esforços e considerando as disposições do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT.

II – O Plano Mestre – instrumento de planejamento de Estado voltado à unidade portuária, considerando as perspectivas do planejamento estratégico do setor portuário nacional constante do Plano Nacional de Logística Portuária - PNLP, que visa direcionar as ações, melhorias e investimentos de curto, médio e longo prazo no porto e em seus acessos.

III – O Plano de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ – instrumento de planejamento operacional da Administração Portuária, que compatibiliza as políticas de desenvolvimento urbano dos municípios, do estado e da região onde se localiza o porto, visando, no horizonte temporal, o estabelecimento de ações e de metas para a expansão racional e a otimização do uso de áreas e instalações do porto, com aderência ao Plano Nacional de Logística Portuária - PNLP e respectivo Plano Mestre.

IV – O Plano Geral de Outorgas – PGO – instrumento de planejamento de Estado que consiste em um plano de ação para a execução das outorgas de novos portos ou terminais públicos e privados, reunindo a relação de áreas a serem destinadas à exploração portuária nas modalidades de arrendamento, concessão, autorização e delegação, com respectivos horizontes de implantação, tomando como base o planejamento do Poder Concedente, das Administrações Portuárias e da iniciativa privada.

As respectivas definições e objetivos desses instrumentos estão representados na Figura 6.1.

Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP)	Plano Mestre	Plano de Zoneamento e Desenvolvimento (PDZ)	Plano Geral de Outorgas (PGO)
O que é Instrumento de planejamento estratégico do setor portuário nacional	O que é Instrumento de planejamento voltado à unidade portuária, com base no PNL, elaborado pela SEP/PR	O que é Instrumento de planejamento operacional da Administração Portuária.	O que é Instrumento de planejamento para outorgas de portos, terminais públicos e privados.
Objetivo Visa identificar demandas e expectativas dos diversos <i>clusters</i> portuários	Objetivo Visa direcionar ações, melhorias e investimentos no porto e em seus acessos nos curto, médio e longo prazos.	Objetivo Compatibiliza as políticas municipais e estaduais de desenvolvimento urbano com a otimização das áreas do porto Deve estar alinhado com o PNL e Plano Mestre, não se limitando a eles, no entanto.	Objetivo Traçar um plano de ação para a execução de outorgas, tomando como base o planejamento do poder concedente, das Administrações Portuárias e do setor privado

Figura 6.1 – Instrumentos de planejamento da SEP/PR

Fonte: BRASIL, 2014

Nesse aspecto, nota-se um avanço no marco regulatório do setor. Os referidos instrumentos de planejamento do setor portuário permitem, conforme seus respectivos escopos, a realização de políticas públicas integradas, opondo-se ao modelo de planejamento fragmentado vigente durante a Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a).

A configuração dos atuais instrumentos de planejamento permite uma concepção integrada das necessidades do setor, com a participação não apenas da SEP/PR e da Antaq, mas também das administrações portuárias locais. Desse modo, embora tenha havido uma centralização de competências na SEP/PR, as autoridades portuárias não foram excluídas do planejamento do setor. Conforme afirmado em entrevista concedida, conforme o item A.1 do apêndice deste trabalho:

[...] foram estabelecidos mecanismos para mitigar esse risco [de excluir totalmente as administrações portuárias do processo decisório], uma vez que foi atribuída hierarquia e conferida liberdade aos instrumentos de planejamento do setor portuário. Por exemplo, no caso do Plano Mestre, esse instrumento traz definição de estudo de demanda, indicando quais arrendamentos devem ser instalados em para cada porto. Com base nisso é que se define que tipo investimento deve ser feito naquele porto, cabendo à autoridade portuária definir em que local do porto aquilo acontecerá, quais impactos isso trará ao porto, que tipo de equipamentos deverão ser utilizados, como será a gestão da operação etc. Embora os Planos Mestres sejam elaborados pela SEP/PR, a autoridade portuária participa do seu desenvolvimento de forma ativa, além de ser ela a responsável pela elaboração do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ do porto, com a única obrigação de que ele esteja em consonância com o Plano Mestre, cuja validação depende das próprias autoridades portuárias.

Apesar da leitura de que a autoridade portuária teria perdido autonomia com a nova lei, entendo que essa perda de autonomia foi no sentido de padronizar os procedimentos, mas sem tirar a participação da administração do porto. Portanto, embora tenha havido a mudança de quem coordena o processo de planejamento, a autoridade portuária, com sua visão local, não foi alijada do processo. A autoridade portuária continua participando, porém não mais de uma forma isolada, já que a SEP/PR agora supervisiona os planejamentos dos portos públicos para assegurar alguma integração entre eles, fazendo com que trabalhem em sinergia e não em concorrência.

Constata-se, assim, que apesar do processo de centralização estabelecido pela nova Lei dos Portos ser passível de críticas, há pontos positivos que precisam ser considerados, notadamente a padronização de normas e procedimentos e a realização de um modelo de planejamento integrado, que contempla tanto a visão local do porto como a visão sistêmica, de âmbito nacional.

5.1.2 – INSERÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO PORTUÁRIO NO MODELO DE CONCESSÕES E AGÊNCIAS REGULADORAS

A regulação dos arrendamentos portuários apresenta características que a aproximam do modelo de concessões. Além da própria Lei dos Portos, existem outros mecanismos do Direito Administrativo aplicáveis ao setor portuário, estabelecidos na Lei de Licitações (BRASIL, 1993b) e na Lei de Concessões (BRASIL, 1995), que permitem um certo controle da atividade regulatória capaz de direcioná-la ao interesse público.

Entre esses mecanismos destacam-se a necessidade de realização de audiências e consultas públicas e a fiscalização realizada pelos órgãos de controle (sobretudo pelo Tribunal de Contas da União). Os mecanismos em questão serão analisados nos tópicos a seguir.

5.1.3 – AUDIÊNCIAS E CONSULTAS PÚBLICAS

Quanto às audiências e consultas públicas, como já mencionado, elas estão previstas na Lei nº 9.784/1999 (BRASIL, 1999). A audiência pública propicia um debate público e pessoal por pessoas físicas ou representantes da sociedade civil, considerado o interesse público de ver debatido temas cuja relevância ultrapassa os limites dos interesses individuais e alcança a coletividade. Trata-se da possibilidade de se realizar *debates orais* em sessão previamente designada para esse fim, tendo a oralidade, portanto, como seu traço marcante. A consulta pública, por seu turno, permite à agência que consulte a opinião pública por meio da

manifestação firmada através de *peças formais*, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo.

Além da consulta e audiência públicas, a Lei nº 9.784/1999(BRASIL, 1999), em seu art. 33, faculta aos órgãos e entidades administrativas, nas matérias relevantes, a adoção de outros meios de participação popular, a exemplo de reuniões, convocações e troca de correspondências.

No caso específico das licitações do setor portuário realizadas no âmbito do PAP, concluídos os estudos de viabilidade, estes foram submetidos, juntamente com suas respectivas minutas de editais e contratos, a consultas e audiências públicas, de modo a assegurar a participação de todos os interessados na concepção das licitações em questão. As consultas e audiências públicas foram realizados pela Antaq, com a participação da SEP/PR, de integrantes das autoridades portuárias, empresários, usuários e cidadãos, para todas as áreas a serem licitadas(ANTAQ, 2015).

A realização do devido procedimento de consultas e audiências públicas foi atestado pelo TCU em relação ao Bloco 1 do Programa de Arrendamentos Portuários, por meio do Acórdão 1077/2015, cujo item 9.8 informa que “quaisquer dos terminais portuários previstos no Bloco 1 da Portaria 38/2013 da SEP/PR podem ser licitados imediatamente[...]” (BRASIL, 2015c). Os demais blocos de licitações estão atualmente pendentes de análise e aprovação pela Corte de Contas.

5.1.4 – FISCALIZAÇÃO PELOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

No que diz respeito à fiscalização pelos órgãos de controle, sabe-se que o TCU tem acompanhado todo o processo de licitações conduzido pela SEP/PR no âmbito do Programa de Arrendamentos Portuários – PAP.

É importante ressaltar que os atos de monitoramento do TCU são obrigatórios e possuem respaldo legal. Considerando o poder regulamentar que lhe confere o art. 3º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, bem como o disposto no inciso VIII do artigo 18 da Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, que trata de procedimentos relativos ao Plano Nacional de Desestatização – PND, a Corte de Contas editou a Instrução Normativa nº 27, de 2 de dezembro de 1998, que dispõe sobre a fiscalização pelo TCU dos processos de desestatização.

A Instrução Normativa nº 27/1998, em seu art. 1º, § 2º, dispõe expressamente sobre a necessidade de acompanhamento, fiscalização e avaliação dos processos de concessões de uso de bem público – que é o caso dos arrendamentos portuários:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União compete acompanhar, fiscalizar e avaliar os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal, compreendendo as privatizações de empresas, inclusive instituições financeiras, e as concessões, permissões e autorizações de serviço público, nos termos do art. 175 da Constituição Federal e das normas legais pertinentes. [...]

§ 2º Aplicam-se os dispositivos desta Instrução Normativa, no que couber, aos processos de desestatização a serem realizados com procedimentos simplificados nos termos do art. 33 do Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998, bem como dos **processos de concessão de uso de bem público** associados a serviços públicos. (grifos nossos)

A Instrução Normativa nº 27/1998, a partir de seu art. 7º, passa a descrever os estágios e regras de acordo com as quais deverá ser realizada a fiscalização dos processos de outorga de concessão de serviços públicos. O caso das licitações do PAP encontra-se no primeiro estágio de fiscalização, conforme descrito a seguir:

Art. 7º A fiscalização dos processos de outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos será prévia ou concomitante, devendo ser realizada nos estágios a seguir relacionados, mediante análise dos respectivos documentos:

I - primeiro estágio:

a) relatório sintético sobre os estudos de viabilidade técnica e econômica do empreendimento, com informações sobre o seu objeto, área e prazo de concessão ou de permissão, orçamento das obras realizadas e a realizar, data de referência dos orçamentos, custo estimado de prestação dos serviços, bem como sobre as eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e as provenientes de projetos associados;

b) relatório dos estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à outorga, de utilidade para a licitação, realizados ou autorizados pelo órgão ou pela entidade federal concedente, quando houver;

c) relatório sintético sobre os estudos de impactos ambientais, indicando a situação do licenciamento ambiental.

Registra-se que, eventualmente, os procedimentos restantes referentes ao PAP estarão sujeitos às demais etapas de fiscalização, nos termos previstos na norma em análise.

Portanto, embora por vezes a atividade de monitoramento realizada pelo TCU possa retardar procedimentos realizados no âmbito de setor portuário, constata-se que sua aplicação é prevista em instrução normativa da Corte de Contas, e possui consonância com as diretrizes do PND.

Como exemplo da atuação dos órgãos de controle no setor portuário, serão analisados neste capítulo alguns casos específicos, submetidos à apreciação não apenas do TCU, mas também de outros órgãos de fiscalização como o Ministério Público Federal – MPF e a Advocacia-Geral da União – AGU.

Primeiramente, será abordado o caso da autorização concedida pela SEP/PR à empresa Estruturadora Brasileira de Projetos – EBP, para a elaboração dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEAs, por meio da Portaria SEP/PR nº 38/2013 (BRASIL, 2013a). A legalidade da Portaria SEP/PR nº 38/2013 já foi amplamente questionada, não apenas em âmbito interno da SEP/PR, mas também em âmbito judicial e junto a órgãos de controle, inclusive o próprio MPF.

O MPF – Procuradoria da República do Distrito Federal, por meio do Ofício PR-DF-00014799/2013, de 15/5/2013, solicitou informações ao Secretário Executivo da SEP/PR a respeito dos fatos narrados em representação do Deputado Federal Augusto Rodrigues Coutinho de Melo, visando anular a autorização concedida pela SEP/PR à EBP, que deu origem à instauração do Procedimento Preparatório nº 1.16.000.001306/2013-91.

A questão foi minuciosamente analisada pela Advocacia-Geral da União – AGU, por meio da Assessoria Jurídica junto à SEP/PR – Assjur-SEP/PR, no Parecer nº 105/2013/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU, de 5/7/2013 (AGU, 2013). Nesse parecer, foi demonstrada a competência da SEP/PR para conceder a autorização questionada, bem como a não violação do princípio da obrigatoriedade da licitação, o cumprimento de regras sobre chamamento público e a legalidade da Portaria SEP/PR nº 38/2013 (BRASIL, 2013a).

Posteriormente, a Procuradoria da República do Distrito Federal, por meio do Ofício 5038/2013/PJ/GAB/PRDF, de 11/7/2013, solicitou à Assjur-SEP/PR informações complementares, que foram prestadas por meio da Nota nº 53/2013/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU, de 25/7/2013.

O caso em análise também está sendo objeto de representação pelo TCU, no Processo TC 012.687/2013-8. Inicialmente, por meio do Ofício nº 0305/2013-TCU/SefidTransporte, de 16/8/2013, a Corte de Contas solicitou informações acerca do processo de autorização da EBP, que foram apresentadas por meio da Nota Técnica nº 38/2013, de 23/8/2013, elaborada

no âmbito da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Portuário (atualmente Secretaria de Políticas Portuárias) da SEP/PR, no Processo nº 00045.002521/2013-16.

Com base nas informações prestadas pela SEP/PR, foi exarado o Acórdão nº 3.362/2013 – TCU – Plenário, de 4/12/2013. Em seguida, o Ministro da Secretaria de Portos manifestou-se sobre as questões abordadas no referido Acórdão por meio do Aviso nº 62/2013/SEP/PR, de 16/12/2013.

Foi então proferido o Acórdão nº 1155/2014 – TCU – Plenário, de 7/5/2014(BRASIL, 2014g), pelo qual decidiu-se autorizar o prosseguimento dos atos decorrentes da Portaria SEP/PR 38/2013, bem como estabelecer uma série de determinações a respeito da autorização conferida à EBP e sobre futuras autorizações de estudos para arrendamentos portuários ou concessões de portos organizados.

Além do processo em trâmite no TCU sobre a autorização conferida à EBP pela Portaria SEP/PR nº 38/2013, também é importante ressaltar que os estudos elaborados por essa empresa referentes ao Bloco 1 do PAP, que inclui as áreas de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e terminais de Outeiro e Miramar, foram encaminhados em 11/10/2013 à Corte de Contas a fim de subsidiar a análise dos editais de licitação do PAP, e encontravam-se até recentemente em fase de acompanhamento no Processo TC 029.083/2013-3. Os principais procedimentos de acompanhamento da Corte de Contas no âmbito do referido processo estão detalhados no item B.1 do apêndice deste trabalho.

Em suma, os principais trâmites dos Processos TC 029.083/2013-3 e TC nº 004.440/2014-5 foram os seguintes: primeiramente, houve a publicação do Acórdão nº 3661/2013(BRASIL, 2013d), condicionando a publicação dos editais de licitação do Bloco 1 do PAP à adoção de 19 condicionantes; após a apresentação de complementações, justificativas e de pedido de reexame pela SEP/PR, foi atestado o cumprimento parcial de 15 das 19 condicionantes, no Acórdão 1555/2014; na sequência, o Deputado Augusto Rodrigues Coutinho de Melo opôs Embargos de Declaração contra o Acórdão nº 1.555/2014, que foram rejeitados pelo Acórdão nº 0828/2015; por fim, mais de um ano e meio após os estudos e minutas de editais de licitação terem sido enviadas à Corte de Contas, foi atestado o cumprimento parcial das 4 condicionantes que ainda estavam pendentes, por meio do Acórdão nº 1077/2015(BRASIL, 2015c), liberando-se, dessa forma, as licitações do Bloco 1 do PAP.

A fiscalização do TCU não se resumiu a isso. A Corte de Contas estabeleceu uma série de requisitos e condicionantes para a licitação dos arrendamentos referentes ao Bloco 1 do PAP, não apenas no Acórdão 1077/2015(BRASIL, 2015c), mas também em outros acórdãos, exigindo, dessa forma, uma série de modificações nos estudos, minutas de editais e contratos. Todas essas condicionantes demandaram uma nova etapa de correções e adequações nos estudos, minutas de editais e contratos do PAP. As diversas condicionantes identificadas em acórdãos do TCU, que precisaram ser cumpridas antes das referidas licitações, estão relacionadas no item B.1 do apêndice desta dissertação.

Ante ao exposto, constata-se a Corte de Contas e demais órgãos de controle aparentemente têm sido bastante atuantes no sentido de desempenhar seus papéis de resguardar o interesse público no que diz respeito ao acompanhamento das licitações de contratos de arrendamentos portuários.

5.2 – DESAFIOS DO NOVO MARCO REGULATÓRIO PORTUÁRIO PARA A GARANTIA DO INTERESES PÚBLICO

Embora possam ser identificados mecanismos de garantia do interesse público na exploração do setor portuário com base no novo marco regulatório, ainda existem aspectos da legislação que merecem aperfeiçoamento diante dos desafios que se apresentam ao setor.

Nos tópicos a seguir, serão indicados alguns pontos exemplificativos do marco regulatório portuário que demandam avanços. As questões a seguir foram selecionadas por guardarem relação com a satisfação do interesse público, ainda que, em alguns casos, essa relação não envolva diretamente o usuário do serviço, mas cause impactos na economia brasileira e afetem, dessa forma, o interesse público de forma indireta.

5.2.1 – RETIRADA DA PREPONDERÂNCIA DO CRITÉRIO DE MENOR TARIFA

O art. 6º da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) estabelece que, nas licitações dos contratos de arrendamento, serão considerados como critérios de julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a *menor tarifa* ou menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma de regulamento.

O Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013b), na redação original conferida ao seu art. 9º, estabelecia que, além dos critérios estabelecidos na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c), poderiam ser adotados, desde que associados com um ou mais dos critérios originais, o maior valor de investimento, a menor contraprestação do poder concedente ou a melhor técnica.

Dois anos após a entrada em vigor do referido decreto, e ainda não tendo sido publicados os editais de licitação do PAP, foi editado o Decreto nº 8.464, de 8 de junho de 2015 (BRASIL, 2015a), modificando o art. 9º do Decreto nº 8.033/2013, que trata dos critérios de julgamento nas licitações de concessões e arrendamento. Na nova redação, foi incluído, entre os critérios admitidos, o de maior valor de outorga.

Filho (2003, p. 252) descreve a critério de julgamento de maior valor de outorga, também chamado de critério de maior oferta, da seguinte maneira:

Na licitação de menor tarifa, o poder concedente não obterá qualquer vantagem econômica pela concessão (permissão), excluída a desnecessidade de manter o serviço e custear os investimentos necessários a ele. Na licitação de maior oferta, o poder público pretende arrecadar recursos, produzindo-se uma espécie de *alienação onerosa* do poder-dever de exploração do serviço. O Estado não apenas transfere aos particulares o serviço como também obtém um enriquecimento por meio desse processo.

Nesses termos, observa-se que o critério de maior valor de outorga visa possibilitar a arrecadação de recursos financeiros para a atração de um maior volume de investimentos ao setor. Com base nisso, optou-se por incluir o referido critério nas minutas de editais de licitação do PAP para a maior parte dos terminais, o que demandou uma remodelagem dos estudos de viabilidade, minutas de editais e contratos.

Observa-se que a previsão expressa do critério de julgamento de menor tarifa foi uma novidade da Lei nº 12.815/2013. Por meio do critério da menor tarifa, seleciona-se o licitante que se compromete a cobrar o menor valor dos usuários pelo uso dos serviços, garantido a modicidade tarifária. Trata-se de um modelo centrado na *regulação tarifária*, que é adotado usualmente em outros setores, como o do transporte público.

O texto da Lei nº 12.815/2013 dá preferência ao critério da menor tarifa sobre o de pagamento de valor de outorga, o que não se percebe na legislação anterior. Apesar disso, é importante

observar que muitas das regras típicas do modelo de concessões também já estavam presentes na Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), com pode ser constatado na Tabela 6.1.

Tabela 6.1 – Cláusulas contratuais obrigatórias e critérios de julgamento licitatórios, para arrendamentos, conforme a Lei nº 8.630/1993 e a Lei nº 12.815/2013

Lei nº 8.630/1993 (art. 4º, § 4º)	Lei nº 12.815/2013 (arts. 5º e 6º)
§ 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas:	Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:
I - ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo;	I - ao objeto, à área e ao prazo;
II - ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento;	II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;
III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;	III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;
IV - ao valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infraestrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário;	IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;
V - à obrigação de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, com a fixação dos respectivos cronogramas de execução físico e financeiro;	V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;
VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;	VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;
	VII - às responsabilidades das partes;
VII - à reversão de bens aplicados no serviço;	VIII - à reversão de bens;
VIII - aos direitos, garantias e obrigações do	IX - aos direitos, garantias e obrigações do

contratante e do contratado, inclusive, quando for o caso, os relacionados com as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;	contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;
IX - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços;	X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;
X - às garantias para adequada execução do contrato;	XI - às garantias para adequada execução do contrato;
XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos;	
XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução dos serviços;	XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;
XIII - às hipóteses de extinção do contrato;	XIII - às hipóteses de extinção do contrato;
XIV - à obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;	XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;
XV - à adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;	XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;
XVI - ao acesso, pelas autoridades do porto, às instalações portuárias;	XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;
XVII - às penalidades contratuais e sua forma de aplicação;	XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XVIII - ao foro.	XVIII - ao foro.
Não há disposição expressa sobre critérios de julgamento das licitações para arrendamentos.	Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a <u>maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga</u> , e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

Fonte:(BRASIL, 1993; BRASIL, 2013b)

Nota-se que requisitos como indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, bens reversíveis, já eram exigidos desde a Lei nº 8.630/1993(BRASIL, 1993a). A principal inovação da Lei nº 12.815/2013(BRASIL, 2013c) nesse sentido foi justamente em relação ao controle tarifário, uma vez que o valor cobrado pelo arrendatário aos usuários dos serviços não era regulado conforme a Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a).

Ocorre que, provavelmente devido à situação do país à época, caracterizada por recessão econômica, o governo passou a tomar diversas medidas para a redução dos gastos públicos e aumento da arrecadação, o que levou à decisão de incluir o critério de maior valor de outorga, diminuindo a possibilidade de controle das tarifas cobradas pelos arrendatários aos usuários.

O resultado disso pode ser interpretado como um retrocesso no que diz respeito à utilização de mecanismos para a garantia do interesse público no setor portuário. Apesar de o critério de menor tarifa estar previsto expressamente na nova Lei dos Portos como um dos critérios preferenciais, o governo optou pela adoção do critério de maior valor de outorga em muitas áreas licitadas no âmbito do PAP, o que implica inexistência de regulação das tarifas cobradas dos usuários, as quais serão definidas pela arrendatária com base nas leis de mercado. Dessa forma, não se observa, da forma mais rigorosa possível, a garantia de cumprimento do princípio da modicidade tarifária, como previsto na Lei de Concessões – Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995).

5.2.2 – LIMITAÇÕES DOS MECANISMOS DE CONSULTAS E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

Embora o novo marco regulatório portuário estabeleça a necessidade de realização de consultas e audiências públicas antes da publicação dos editais de licitação de arrendamentos portuários, a eficácia desses mecanismos de participação costuma ser frequentemente questionada, colocando-se em cheque a possibilidade de efetiva participação popular.

Nesse sentido, Fontana (2015, p. 9), por exemplo, coloca uma série de questionamentos a respeito das audiências públicas:

Pois bem, mas é possível dizer que há uma participação em massa da sociedade nas audiências? Há uma linguagem acessível entre Estado e sociedade nas questões ali debatidas? É possível dizer que há uma situação dialogal nas audiências públicas? Começa nesses questionamentos a truncada resposta: as audiências públicas, mesmo que importantes para o processo de gestão compartilhada numa ambiência democrático-participativa, não contempla os procedimentos efetivos de diálogo e nem de uma linguagem que possa atrair a sociedade civil para seu envolvimento. Por outro lado, a cultura de participação no Brasil (e em toda latino-américa) ainda é incipiente, o que divorcia ainda mais da conjunção efetiva de resultado sobre legitimidade social.

É possível sustentar, assim, que as consultas e audiências públicas, ao invés de garantir transparência e maior participação popular, podem também ser utilizadas como mecanismos de legitimação de políticas públicas já definidas previamente pelo governo ou outros atores da sociedade, como empresas interessadas (FONTANA, 2015).

Dois aspectos devem ser levados em consideração em relação a esse ponto. Um é a dificuldade da população de se articular e outro é a falta de conhecimento técnico sobre os assuntos, especialmente no setor portuário, que envolve um significativo grau de complexidade.

Em estudo publicado em 2010, Nascimento (2010) analisou o procedimento de consulta pública sobre propaganda de medicamentos conduzido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Das 19 propostas encaminhadas por um grupo de 12 instituições e 133 profissionais de saúde, nenhuma foi contemplada na norma reguladora submetida à consulta. Com base nisso, o autor concluiu que “há um significativo déficit no que diz respeito à transparência e à garantia de ausência de conflitos de interesse na elaboração da nova norma reguladora” (NASCIMENTO, 2010, p. 70).

Essas críticas são importantes para relativizar o papel das consultas e audiências públicas como capazes de garantir a transparência e a participação popular. Contudo, embora haja imperfeições, esses instrumentos de participação desempenham papel importante, pois expõem a discussão para a sociedade e possibilitam a exposição de opiniões e análises técnicas – embora nem sempre essas manifestações sejam levadas em consideração pelo ente que conduz a audiência ou consulta pública.

Como já mencionado ao longo desta análise, as consultas e audiências públicas são mecanismos próprios do modelo de concessões, portanto, a crítica a eles direcionada estende-se não apenas ao setor portuário, mas ao próprio modelo de concessões em si.

5.2.3 – LACUNAS NA LEGISLAÇÃO

Após cerca de dois anos da entrada em vigor do novo marco regulatório do setor portuário, é possível constatar que não foram previstos regramentos normativos para algumas situações recorrentes envolvendo contratos de arrendamento, em que se observam lacunas normativas, não havendo normas claras sobre como se proceder nesses casos.

Essas lacunas são problemáticas para a regulação do setor, uma vez que as decisões nesses casos acabam sendo realizadas com base na casuística, levando a tomada de decisão do ente regulatório de forma não isonômica para todos os atores regulados.

Com a entrada em vigor da nova Lei dos Portos, a SEP/PR passou a ser competente para definir as diretrizes das licitações para novos arrendamentos e celebrar contratos de concessão de portos organizados e de arrendamento de instalações portuárias (art. 16, II e III). Desse modo, a SEP/PR, por ter se sub-rogado como parte nos contratos de arrendamento vigentes, passou a ser responsável pelos atos de gestão contratual de todos os arrendamentos operacionais.

Desse modo, a aquela Secretaria passou a ter que tratar de diversos temas relacionados aos contratos de arrendamento de instalações portuárias que antes não faziam parte de suas atividades, como prorrogações, prorrogações antecipadas, modificações de áreas arrendadas e unificações contratuais (HEEREN, 2015).

A maior parte desses fatos geradores de desequilíbrio econômico-financeiro já tiveram algum tipo de regra estabelecida por normas do setor, com será visto a seguir nesta dissertação. Entretanto, além de a nova Lei dos Portos não tratar especificamente da maioria desses temas, as outras normas que os regulam têm se mostrado insuficientes, por diversos motivos. Em alguns casos, as diretrizes que existem são superficiais ou demandam interpretação. Inclusive, existem situações em que se verifica sobreposição de diretrizes sobre o mesmo assunto.

Uma lacuna importante, que já foi preenchida, dizia respeito ao regulamento para os pedidos de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro contratual. Até recentemente, o tema era tratado na Resolução Antaq nº 3220, de 8 de janeiro de 2014 (BRASIL, 2014f), e na Nota Técnica nº 7/2014/GRP/SPO/ANTAQ/SEP, de 9 de abril de 2014. Apesar da contribuição dessas normas para a regulação do setor, é importante observar que, como recém mencionado nesta dissertação, as diretrizes sobre recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamentopassaram a ser estabelecidas pela SEP/PR, titular dos contratos de arrendamento, devendo a Antaq normatizar os aspectos técnicos referentesao reequilíbrio. Desse modo, embora a Nota Técnica nº 7 tenha sido elaborada em conjunto com a SEP/PR, a Resolução Antaq nº 3220/2014 (BRASIL, 2014f) ainda era a norma principal que regia a matéria.

Recentemente, foi publicada a Portaria SEP/PR nº 499, de 5 de novembro de 2015 (BRASIL, 2015b), que estabelece regras e procedimentos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento de instalações portuárias. Essa norma regulamenta os pedidos de recomposição de reequilíbrio econômico-financeiro contratual nas hipóteses legais e, especificamente, nos seguintes casos:

- alteração na matriz de riscos contratual;
- materialização de riscos expressamente assumidos pelo poder concedente;
- descumprimento de obrigações contratuais pela arrendatária com impactos para a equação econômico-financeira contratual;
- determinação ou autorização de investimentos ou de prestação de serviços de interesse público não previstos originalmente em contrato, inclusive fora da área arrendada;
- impactos na equação econômico-financeira advindos de prorrogação contratual;
- impactos na equação econômico-financeira advindos de unificação contratual; e

- impactos na equação econômico-financeira advindos de modificação, não prevista originalmente em contrato, da área arrendada.

À primeira vista, a referida portariapreenche a lacuna a respeito do reequilíbrio de arrendamentos portuários, contudo, norma em questão ainda é bastante recente e demanda avaliações futuras. Entre as situações de lacunas na legislação ainda pendentes, destacam-se os casos de unificação contratual, de expansão de áreas e de prorrogações antecipadas, que serão analisados a seguir.

5.2.3.1 – UNIFICAÇÃO CONTRATUAL

Sobre a unificação de contratos de arrendamento e a ampliação da área explorada, esses temas já eram tratados no art. 84, §2º, alíneas d) e e), da Resolução Antaq nº 2240, de 4 de outubro de 2011 (BRASIL, 2011). Os referidos dispositivos determinam que seja realizada “a unificação de contratos de arrendamento independentes celebrados entre a Administração do Porto um mesmo arrendatário”, e que seja verificada a “possibilidade de ampliação de área explorada, se for o caso”.

Contudo, essas disposições carecem de detalhamento e, além disso, sua aplicabilidade é questionável, já que se trata de normativo anterior ao novo marco legal, que ainda considera a autoridade portuária como titular do contrato de arrendamento.

No setor portuário, há um problema histórico de fragmentação de terminais arrendados por um mesmo arrendatário em áreas contíguas. Em muitos casos, seja por falta de planejamento ou por impossibilidade de prever as demandas futuras do porto, algumas áreas arrendadas, em um curto período de tempo, se mostraram insuficientes para suprir as necessidades da operação. Nessas situações, a solução dada por muitos portos foi licitar a área ao lado, de modo que o arrendatário que já estava operando, caso se sagsse vencedor do certame, pudesse aliar a nova área à sua operação já existente.

Em outros casos, a administração portuária sentiu a necessidade de fragmentar as áreas para oferecer oportunidade para as diversas empresas que estavam interessadas em operar dentro do porto organizado. Nessas situações, não raro a mesma empresa acabou vencendo mais de uma licitação, para operar em áreas contíguas.

Atualmente, casos como esses constituem um problema para a gestão portuária. Primeiramente, porque a administração pública se vê obrigada a gastar tempo e recursos para gerir mais de um contrato administrativo para uma única operação de um mesmo arrendatário. Além disso, alguns desses contratos para a mesma operação possuem regras distintas, o que cria dificuldades para a gestão. Em outros casos, a regulação por diferentes contratos dificulta a operação, prejudicando a possibilidade de ganhos de escala e de aumento da eficiência do terminal.

Desde que passou a ser competente para celebrar contratos de arrendamento, a SEP/PR tem recebido solicitações de unificação contratual que ilustram essa situação. Ressalta-se que as informações apresentadas neste trabalho a respeito dos pedidos de unificação foram retiradas dos bancos de dados da SEP/PR.

Como primeiro exemplo pode ser citado o caso do Grupo Libra no Porto de Santos. A referida empresa é titular de três contratos de arrendamento em áreas contíguas, referentes aos Terminais 33, 35 e 37. A empresa pretende unificar toda a operação em um único grande terminal, o que levará a significativos ganhos de escala.

O Grupo Libra pleiteou recentemente a unificação das suas três áreas, o que gera dificuldades, uma vez que cada contrato possui um prazo de vigência distinto. O contrato referente ao Terminal 33 possui vigência até 2020; o contrato referente ao Terminal 35, até 2018; e, o contrato referente ao T37, até 2015. A Figura 6.2 ilustra a situação do Grupo Libra no Porto de Santos.



Contrato DP/019.2000
Vencimento: 2020
 (ainda não prorrogado)

Contrato PRES/032.98
Vencimento: 2018
 (ainda não prorrogado)

Contrato PRES nº 11/1995
Vencimento: 2015
 (ainda não prorrogado)

Figura 6.2 – Grupo Libra no Porto de Santos

Fonte: banco de dados da SEP/PR

Outro pleito de unificação contratual é o da empresa Localfrio no Porto de Suape. Nesse caso, a Localfrio Itajaí S.A. tornou-se a titular dos Contratos CT nº 058-2000, com vencimento em 2021, e CT S/N-1992, com vencimento em 2026, ambos já prorrogados. O pleito da empresa é ilustrado na Figura 6.3.



→ Localfrio Itajaí S.A. ←
Contrato CT S/N-1992
Vencimento: 2026?

~~Suata -~~
 Serviço Unificado de Armazenagem e Terminal Alfandegado
~~Contrato CT nº 058-2000~~
~~Vencimento: 2021~~
 (já prorrogado)

~~Atlântico Terminais S.A.~~
~~Contrato CT S/N-1992~~
~~Vencimento: 2026~~
 (já prorrogado)

Fonte: banco de dados da SEP/PR

Por fim, cita-se o caso da empresa Rumo, no Porto de Santos. Conforme indicado na Figura 6.4, empresa é titular de três contratos em áreas contíguas: o Contrato nº DP/07.2001, com vencimento em 2021, ainda não prorrogado; o Contrato PRES nº 05/96, com vencimento em 2016, ainda não prorrogado; e, o Contrato PRES nº 06/96, com vencimento em 2036, já prorrogado.



Figura 6.3 – Localfrio no Porto de Suape



Contrato nº DP/07.2001
Vencimento: 2021
(ainda não prorrogado)

Contrato PRES nº 05/96
Vencimento: 2016
(ainda não prorrogado)

Contrato PRES nº 06/96
Vencimento: 2036
(já prorrogado)

Figura 6.4 – Rumo no Porto de Santos

Fonte: banco de dados da SEP/PR

Assim como esses casos, existem outros em situação similar. Por isso, é necessário que a SEP/PR forneça uma solução satisfatória para essa situação, estabelecendo regras claras sobre a possibilidade de unificação.

Uma primeira dificuldade encontrada foi a ausência de previsão legal específica para a unificação de contratos administrativos. No setor portuário, segundo a Resolução Antaq 2240 (BRASIL, 2011), a autoridade portuária deverá promover “a unificação de contratos de arrendamento independentes celebrados entre a Administração do Porto e um mesmo arrendatário” (art. 84, §2º, d). Contudo, como já mencionado nesta dissertação, essa disposição carece de detalhamento e, além disso, sua aplicabilidade é questionável, já que se trata de normativo anterior ao novo marco legal, que ainda considera a autoridade portuária como titular do contrato de arrendamento.

Ressalta-se que a possibilidade de unificação contratual por meio da expansão da área arrendada, nos termos da Lei nº 12.815/2013 e do Decreto nº 8.033/2013, não é adequada para a resolução dos casos apresentados, pois para realizar a expansão seria necessário demonstrar a inviabilidade da área, o que não seria possível uma vez que as áreas em questão já são operacionais.

A Advocacia-Geral da União, por meio da Assessoria Jurídica junto à SEP/PR – Assjur-SEP/PR, analisou alguns pleitos de unificação contratual submetidos à sua análise, e posicionou-se no sentido de que a unificação é possível, contudo, quando envolver contratos com prazos diferentes de vigência, deve ser feita pelo menor prazo, uma vez que a unificação por prazo diferente configuraria burla à licitação (fere eficiência e isonomia) e poderia configurar uma segunda prorrogação (AGU, 2014).

Contudo, a unificação pelo menor prazo, em certos casos, traz prejuízo à Administração Pública, pois torna o negócio desinteressante ao empreendedor e afasta investimentos. Uma vez que investimentos no setor portuário são capazes de fomentar a economia nacional, e o desenvolvimento da economia em tese beneficia o interesse público, é possível sustentar que a falta de regras sobre a unificação contratual acaba gerando um impacto negativo para o Estado e para a população.

O caso da ausência de regras para a unificação contratual é apenas um exemplo dos desafios enfrentados atualmente para a regulação do setor, frente às mudanças estabelecidas pelo novo marco regulatório portuário. Embora não tenha sido identificada previsão legal específica para a unificação contratual, é importante que a SEP/PR, que passou a ser titular dos contratos de arrendamento, regulamente a matéria, para que se estabeleça uma regra clara e isonômica para unificar contratualmente e operacionalmente terminais contíguos de uma mesma arrendatária.

5.2.3.2 – PRORROGAÇÃO ANTECIPADA

A prorrogação antecipada de contratos de arrendamento portuários está prevista no art. 57 da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) e regulamentada pela Portaria SEP/PR nº 349/2014 (BRASIL, 2014d). Trata-se da possibilidade, a critério do poder concedente, de se antecipar a prorrogação de contratos de arrendamento, que tenham sido firmados sob a vigência da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a) e que tenham previsão expressa de prorrogação ainda não realizada.

A edição dessa portaria foi importante pois delimitou as competências da SEP/PR, da Antaq e das administrações portuárias na análise dos pedidos de prorrogação antecipada, e também estabeleceu critérios e procedimentos para os pleitos, como a necessidade de apresentação de Plano de Investimentos e a averiguação do cumprimento das obrigações contratuais por parte da arrendatária.

Em 2014, por meio do Processo TC 024.882/2014-3, o TCU passou a acompanhar os procedimentos de prorrogação antecipada, analisando sua constitucionalidade e a legalidade dos seus instrumentos de normatização.

Ressalta-se que, em relação ao procedimento de monitoramento e fiscalização dos processos de prorrogação antecipada, há previsão expressa na Instrução Normativa TCU nº 27/1998, que, em seus arts. 11 e 12 dispõe o seguinte:

Art. 11. Na fase de execução contratual, a fiscalização observará o fiel cumprimento das normas pertinentes e das cláusulas contidas no contrato e nos **respectivos termos aditivos firmados com a concessionária ou com a permissionária**, ou constantes do termo de obrigações, além de avaliar a ação exercida pelo órgão, pela entidade federal concedente ou pela respectiva agência reguladora, bem como as diretrizes por ele estabelecidas.

Parágrafo único. A fiscalização prevista neste artigo será exercida na forma preceituada pelos §§ 1º e 3º do art. 13 desta Instrução Normativa e mediante exame de Relatório Consolidado de Acompanhamento, elaborado pelo órgão, pela entidade federal concedente, ou pela respectiva agência a ser encaminhado semestralmente a este Tribunal.

Art. 12. O órgão, a entidade federal concedente ou a respectiva agência reguladora, informará ao Tribunal de Contas da União:

I – as causas, objetivos e limites de intervenção em concessionária ou em permissionária de serviço público, bem como, posteriormente, as decisões decorrentes do procedimento administrativo a que se refere o art. 33 da Lei nº 8.987/95; TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

II – as causas de declaração da caducidade de concessão ou da permissão, ou de aplicação de sanções contratuais;

III – os motivos de interesse público para a encampação de serviço concedido ou permitido, bem como o devido fundamento legal do ato;

IV – os vícios ou ilegalidades motivadores de anulação do contrato de concessão ou de permissão;

V – ação judicial movida pela concessionária ou pela permissionária contra o órgão ou entidade federal concedente, com qualquer fim, inclusive o de rescisão contratual;

VI – termo aditivo ao contrato firmado com a concessionária;

VII – a transferência de concessão, de permissão ou do controle societário da concessionária ou da permissionária;

VIII – **a prorrogação de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos;**

IX – o reagrupamento das concessões de serviços públicos, previsto no art. 22 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. (grifos nossos)

Em setembro de 2015, cerca de um ano após a instauração do referido processo de monitoramento pela Corte de Contas, foi publicado o Acórdão nº 2200/2015, que admitiu a possibilidade de prorrogação antecipada, e a considerou constitucional, contudo, estabeleceu uma série de medidas que deverão ser tomadas pela SEP/PR e pela Antaq para garantir a legalidade do procedimento.

À SEP/PR foram determinadas as ações relacionadas na Tabela 6.2.

Tabela 6.2 – Ações a serem realizadas pela SEP/PR

Assunto	Item do Acórdão nº 2200/2015
<p>Inclusão de cláusulas nos termos aditivos de prorrogação antecipada</p>	<p><i>9.1.1. estabeleça, nos termos aditivos de prorrogação antecipada a serem firmados a partir da ciência da presente deliberação:</i></p> <p><i>9.1.1.1. cláusula resolutiva condicionando a validade jurídica do termo aditivo à observância de termo (prazo determinado) para a efetiva implementação do plano de investimentos;</i></p> <p><i>9.1.1.2. cláusulas contratuais específicas para, na forma de regulamentação a ser elaborada pela SEP/PR, aplicar sanções às arrendatárias no caso de atrasos injustificados na implementação das intervenções pactuadas;</i></p> <p><i>9.1.1.3. cláusula contratual que atribua ao arrendatário os riscos decorrentes das exigências impostas pelos órgãos ambientais no licenciamento dos empreendimentos que compõem o plano de investimentos;</i></p> <p><i>9.1.4. inclua em todos os termos aditivos de prorrogação antecipada firmados a partir da ciência da presente deliberação a exigência de registro das operações dos respectivos terminais em demonstrativos contábeis próprios, submetidos a auditoria independente, conforme diretrizes a serem estabelecidas pela Antaq;</i></p>
<p>Necessidade de fundamentação expressa demonstrando a</p>	<p><i>9.1.2. ao estabelecer os indicadores de desempenho – e suas condições de revisão e atualização – em cada pedido de prorrogação antecipada de contrato de arrendamento,</i></p>

convergência de cada prorrogação antecipada com os objetivos da Lei nº 12.815/2013 e com ganhos de produtividade e eficiência	<i>evidencie, de forma expressa e fundamentada, sua aderência aos objetivos insculpidos na Lei 12.815/2013 e, também, que os índices de produtividade definidos proporcionarão ganhos de eficiência comprovados, à exceção, quanto a este último aspecto, dos casos em que os investimentos propostos não oferecerão de imediato nenhum incremento dessa variável, para os quais deverão restar demonstrados os outros benefícios que serão obtidos com a dilação de prazo;</i>
Inclusão de dispositivos na Portaria SEP/PR nº 349/2014	<p><i>9.1.3. previamente à celebração dos termos aditivos relativos aos pedidos de prorrogação antecipada apresentados após a ciência da presente deliberação, inclua, na regulamentação das prorrogações antecipadas (Portaria SEP/PR 349/2014):</i></p> <p><i>9.1.3.1. regras gerais de revisão e atualização dos parâmetros de desempenho, evidenciando expressamente diretrizes de modernização e aperfeiçoamento que irão nortear essas alterações;</i></p> <p><i>9.1.3.2. a obrigação de essas regras constarem entre as cláusulas dos termos aditivos que serão firmados;</i></p>
Elaboração de regulamentação sobre medidas sancionatórias	<i>9.1.5. apresente a este Tribunal, em 30 dias, plano de ação, contendo cronograma, atividades detalhadas e responsáveis, que preveja a elaboração de regulamentação específica acerca das medidas sancionatórias aplicáveis nos casos de atrasos injustificados na implementação das intervenções pactuadas nas prorrogações antecipadas;</i>

Fonte: Acórdão nº 2200/2015 – TCU – Plenário

À Antaq foram determinadas as ações relacionadas na Tabela 6.3.

Tabela 6.3 – Ações a serem realizadas pela Antaq

Assunto	Item do Acórdão nº 2200/2015
Elaboração de regulamento	<i>9.2.1. em relação aos pedidos de prorrogação antecipada</i>

<p>específico com metodologias para análise dos estudos e informações apresentadas pela arrendatária</p>	<p><i>apresentados após 60 dias da ciência da presente deliberação, somente aprove os EVTEA que obedecem a sistemática estabelecida em regulamento específico a ser desenvolvido pela agência, no qual estejam registradas as metodologias para análise dos estudos, incluindo a definição de critérios baseados em relevância, risco e materialidade para balizar a avaliação, a circularização das informações apresentadas pela arrendatária, a aferição de custos e da eficiência (presente e futura) dos terminais e o exame detalhado das premissas que embasaram a elaboração dos respectivos EVTEA;</i></p>
<p>Elaboração de manual de contabilidade próprio para o setor portuário</p>	<p><i>9.2.2. no prazo de trinta dias, encaminhe a este Tribunal plano de ação contemplando cronograma, atividades detalhadas e responsáveis, para a elaboração de manual de contabilidade próprio para o setor portuário, contendo plano de contas, com vistas a disciplinar e uniformizar os critérios para o registro contábil das operações dos arrendamentos portuários;</i></p>
<p>Elaboração de regulamento estabelecendo regras sobre projetos executivos referentes a prorrogações antecipadas</p>	<p><i>9.2.3. em relação aos pedidos de prorrogação antecipada apresentados após a ciência da presente deliberação, somente aprove os projetos executivos que obedecem a sistemática estabelecida em regulamento específico a ser desenvolvido pela agência, no qual estejam registrados:</i></p> <p><i>9.2.3.1. os elementos que deverão constar do projeto executivo previsto no art. 19 da Portaria-SEP/PR 349/2014;</i></p> <p><i>9.2.3.2. metodologia para análise dos projetos executivos;</i></p> <p><i>9.2.3.3. metodologia e padrões de acompanhamento da execução das obras previstas nos processos de prorrogação antecipada;</i></p>

Fonte: Acórdão nº 2200/2015 – TCU – Plenário

Como pode ser constatado das Tabelas 6.2 e 6.3, as determinações do TCU sobre a prorrogação antecipada tratam, basicamente, da necessidade de estabelecimento de procedimentos padrão a serem observados pela SEP/PR e pela Antaq na análise dos pedidos

de prorrogação antecipada, de modo que não haja lacunas referentes aos critérios a serem utilizados, aplicando-se, assim, a mesma regra para todas as arrendatárias.

Em suma, como resultado da atividade de fiscalização da Corte de Contas sobre os contratos de arrendamento e seus aditivos, foi editado o Acórdão nº 2200/2015, que permite a utilização da prorrogação antecipada, prevista no art. 57 da Lei nº 12.815/2013 e regulada pela Portaria SEP/PR nº 349/2014. Contudo, o referido acórdão estabelece uma série de determinações que precisam ser observadas pela SEP/PR e pela Antaq para garantir a legalidade do procedimento.

Como pode ser constatado do Acórdão nº 2200/2015, as determinações do TCU sobre a prorrogação antecipada versam, basicamente, sobre a necessidade de a SEP/PR e a Antaq estabelecerem procedimentos padrão nas suas análises dos pedidos de prorrogação antecipada, de modo que não haja lacunas referentes aos critérios a serem utilizados, aplicando-se, assim, as mesmas regras para todas as arrendatárias.

5.3 – TENTATIVA DE COMPATIBILIZAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO SETOR PORTUÁRIO

Conforme apontado nos capítulos iniciais desta dissertação, na história do Brasil houve períodos em que predominou o modelo privado, e outros em que prevaleceu a perspectiva do público, na exploração do setor portuário. Após a construção das primeiras instalações portuárias, realizadas em sua maioria por investidores estrangeiros, houve um período de estatização do setor sob a condução da Portobrás e, posteriormente, durante a vigência da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993a), foi estabelecido um modelo privatizado, sob a condução das autoridades portuárias, sem a aplicação de mecanismos de controle estatais rígidos na gestão de contratos de arrendamento portuários. O modelo de exploração do setor portuário no Brasil pode ser analisado, dessa forma, sob a perspectiva da dicotomia que existe entre as esferas do público e do privado.

No campo da Ciência Política, a dicotomia entre Público e Privado é analisada por Norberto Bobbio (2012). O autor aponta que as relações sociais, desde sua origem, sempre foram pautadas pela existência dessas duas perspectivas, sendo diversos os critérios para a divisão das duas esferas, podendo ser cada uma delas ora maior, ora menor. Bobbio cita, por exemplo, que ao lado da *lei*, que representa o público, há o *contrato*, que representa a autonomia de

vontade das partes. Bobbio cita ainda outras dicotomias correspondentes à do público e privado, como a da sociedade de iguais *versus* sociedade de desiguais e da justiça comutativa *versus* justiça distributiva, todas representando a ideia de que há contextos, dentro das relações sociais, da esfera do público, em que os aspectos privados, individuais, continuam a existir (BOBBIO, 2012).

A análise de Bobbio sugere que as relações sociais tendem a não ser nem totalmente privadas – isso equivaleria a uma situação de anarquia – nem totalmente públicas – nesse caso, o resultado poderia ser, por exemplo, o estabelecimento de um Estado Totalitário, que controla todos os aspectos da vida do indivíduo. Esse raciocínio conduz à conclusão de que o ideal seria encontrar um equilíbrio entre as duas esferas. Especificamente, o autor menciona que as sociedades modernas têm sido caracterizadas por um fenômeno que tem se mostrado irreversível, denominado “publicização do privado”, referente à tendência de intervenção do Estado na economia. Nas palavras de Bobbio (2012, p. 26):

[...] a distinção público/privado se duplica na distinção política/economia, com a consequência de que o primado do público sobre o privado é interpretado como primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal. Prova disso é que o processo de intervenção dos poderes públicos na regulação da economia – processo até agora surgido como irreversível – é também designado como processo de “publicização do privado” [...]

No que diz respeito ao setor portuário, observa-se que o novo marco regulatório estabelecido com base na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) tende justamente a estabelecer uma maior compatibilização entre as dimensões do público e do privado. Conforme já sugerido nos tópicos iniciais desta dissertação, apesar de sua denominação remeter ao direito privado, o arrendamento portuário está inserido no modelo de concessões de serviços públicos, ainda que de uma forma particular. Isso, por si só, demonstra uma articulação, pelo menos em teoria, entre os aspectos públicos e privados da exploração dos serviços portuários, já que o modelo de concessões oferece uma harmonização entre essas duas dimensões, possibilitando o uso de recursos privados aliado a mecanismos de controle estatal e de garantia do interesse público.

É importante observar, ademais, que além dos arrendamentos, outra forma de exploração do setor portuário é por meio dos Terminais de Uso Privado – TUPs. O art. 2º da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013c) define essas duas formas de exploração portuária da seguinte maneira:

- IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado; [...]
- XI - arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado;

Diferentemente do arrendamento, o TUP é formalizado por mera autorização e prescinde de licitação. O interessado deve ser proprietário da área onde o terminal será instalado, ou apresentar inscrição de ocupação, certidão de aforamento ou contrato de cessão sob regime de direito real, ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição da área, além de outros requisitos exigidos na Resolução Antaq nº 3.290, de 13 de fevereiro de 2014 (BRASIL, 2014b). Diferentemente dos arrendamentos portuários, que são localizados dentro do porto público – e podem, dessa forma, fazer uso das estruturas públicas disponíveis – os TUPs situam-se fora do porto, devendo providenciar por conta própria a infraestrutura necessária referente, por exemplo, a vias de acesso e a obras de dragagens.

Ressalta-se que o novo marco regulatório portuário conferiu maior flexibilidade à autorização de Terminais de Uso Privativo – TUPs. Sob a vigência da legislação anterior, os requisitos para a autorização de TUPs eram mais rígidos, uma vez que se exigia que esses terminais movimentassem necessariamente carga própria, sendo permitida a movimentação de carga de terceiros somente em caráter complementar. Essa regra refletia a concepção de que os terminais privados eram concebidos apenas como parte da cadeia logística de um negócio particular, e não como um serviço portuário disponibilizado a qualquer interessado.

Com a entrada em vigor do novo marco regulatório, deixou de haver restrição referente à natureza da carga movimentada e, assim, passou-se a permitir que os TUPs tivessem como negócio principal a atividade portuária em si, o que contribuiu para o fomento desse tipo de instalação.

Portanto, existe atualmente duas modalidades principais de exploração do setor portuário que um interessado pode optar para fazer investimentos: arrendamentos portuários e TUPs. As características próprias do modelo de concessões presentes nos arrendamentos portuários, bem como a ampliação da possibilidade de instalação de TUPs, possibilitam, assim, um arranjo híbrido entre as esferas do público e do privado, constituindo-se ambas perspectivas como alternativas de fomento ao setor. Portanto, o desafio maior a ser enfrentado consiste em definir até que ponto a regulação deve interferir nas atividades dos entes privados e que

aspectos devem ser exigidos de modo a propiciar a efetivação do serviço público objeto deste desenho institucional.

Nesse sentido, a Teoria Responsiva da regulação, conforme proposta por Braithwaite e Ayres (BRAITHWAITE & AYRES, 1992), concebe a regulação como atividade em que o regulador deve *induzir* o regulado a obedecer às normas espontaneamente, por meio do diálogo, levando-se em conta o contexto, dando voz às partes interessadas, recompensando os comportamentos positivos e somente escalar para instrumentos regulatórios mais impositivos caso exista resistência por parte do regulado. Conceber a regulação nesses moldes parece ser um caminho interessante para o setor portuário, para que se possa identificar até que ponto cabe regulação e até onde haveria liberdade para o mercado, conforme sugerido na entrevista constante no item A.1 do apêndice desta dissertação.

Portanto, encontrar um equilíbrio entre a intervenção estatal, por meio da regulação, e as atividades dos entes privados parece ser, pelo que foi constatado nesta pesquisa, o maior desafio a ser enfrentado pelo setor atualmente.

6 – PERCEPÇÃO DE ATORES ENVOLVIDOS NA REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO

Como método de pesquisa adotado nesta dissertação, foram realizadas entrevistas semiestruturadas, que constam no Apêndice deste trabalho.

Os entrevistados foram pessoas atuantes no setor portuário, nas seguintes instituições: SEP/PR, Antaq e autoridades portuárias. Dessa forma, buscou-se realizar essas entrevistas para que se pudesse ter uma noção geral e abrangente da percepção desses atores frente às mudanças trazidas pelo novo marco regulatório portuário, com ênfase nos mecanismos de garantia do interesse público.

Das entrevistas realizadas, foram abordados os seguintes pontos principais:

- a) De modo geral – com exceção no item A.5 – os entrevistados concordam que o novo marco regulatório do setor portuário trouxe um avanço no que diz respeito a padronização de procedimentos. Embora haja críticas quanto à possível perda da capacidade de gerenciamento local das atividades do porto, concebe-se que a

centralização das funções de gestão de contratos de arrendamento na SEP/PR favoreceu tanto o poder público como os entes privados, pois proporcionou maior isonomia e previsibilidade das normas e procedimentos do setor.

- b) Também foi opinião recorrente que os instrumentos de planejamento portuários tiveram uma melhora significativa, uma vez que passaram a abranger uma concepção de planejamento integrado, à nível nacional, diferentemente da situação no marco anterior, em que cada porto elaborava seu planejamento de forma isolada. Ainda assim, foi pontuado que os instrumentos atuais são recentemente novos e ainda precisam ser aperfeiçoados no que diz respeito a metodologias de análise de dados.
- c) Outro ponto abordado diz respeito à flexibilização das instalações de TUP, que trouxeram investimentos importantes para o setor. Julga-se que esse foi um avanço em razão de terem sido ampliadas as possibilidades de desenvolvimento e fomento das instalações portuárias privadas, sem impedir a realização de investimentos em arrendamentos, no modelo de exploração dentro dos portos públicos.
- d) Comentou-se sobre a concepção de interesse público. Foi dito que, no setor portuário, o interesse público é atendido quando se consegue estabelecer portos mais eficientes e modernos, ambientalmente sustentáveis, que tenham uma boa relação Porto-Cidade e custos menores. Os portos geram empregos diretos e indiretos, renda, cadeias logísticas ligadas ao setor. Desse modo, os mecanismos de satisfação do interesse público estão refletidos em todas as ações feitas pelo setor portuário, incluindo questões como desburocratização, modernização da gestão, ampliação de terminais, ampliação da cabotagem etc, o que beneficia o consumidor final, diminuindo o valor dos produtos e gerando impostos.
- e) Foi comentado pelos entrevistados que, com o novo marco regulatório portuário, a Antaq teve suas funções institucionais fortalecidas, em especial no que diz respeito à fiscalização de arrendamentos. Anteriormente, o foco da agência era mais a fiscalização das autoridades portuárias, e não tanto as instalações portuárias arrendadas.

- f) Quanto aos desafios a serem enfrentados pelo setor, foi abordado a questão da falta de pessoal técnico, analistas, para atuar na SEP/PR e na Antaq. Comentou-se que foram transferidas diversas competências para esses entes, sem ter havido um aparelhamento compatível com a abrangência de suas novas atividades, especialmente no caso da Secretaria de Portos. Foi ressaltado, ainda, que tanto a SEP/PR como a Antaq são entes relativamente novos, e estão passando por um processo de amadurecimento institucional.

- g) Outro desafio mencionado foi a necessidade de se estar permanentemente trabalhando no sentido de encontrar um ponto de equilíbrio para a regulação do setor. Continuar implementando a regulação, mas com clareza dos seus limites. Isso seria possível por meio do diálogo com os atores envolvidos, em um processo conjunto, participativo. O grande desafio, nesse sentido, seria encontrar um ponto de equilíbrio para a regulação que atenda ao mercado, mas que também salvasse a sociedade.

Além das opiniões dos entrevistados, que representam as instituições afetas ao setor portuário, é importante destacar a percepção dos agentes privados. Nesse sentido, vale ressaltar o posicionamento de Wilen Manteli (2012), presidente da Associação Brasileira de Terminais Portuários – ABTP. Em sua obra *A nova abertura dos portos 1993: a luta pela modernização dos portos* (MANTELI, 2012) o autor discute o processo de entrada em vigor da Lei nº 8.630/1993, ressaltando o quanto o setor privado, como era de se esperar, apoiou a privatização das atividades portuárias no início dos anos 1990.

Como representante da ABTP, o autor aponta diversas questões pontuais, referentes ao novo marco regulatório portuário e a diretrizes da SEP/PR e da Antaq, que afetam a atividade dos TUPs e arrendatários. Entre essas questões, destacam-se: cobrança aos TUPs pelo uso do espaço físico sobre águas públicas; demora nas análises e aprovações de prorrogações antecipadas; excesso de instrumentos regulatórios, com baixa aceitação de sugestões da sociedade e ausência de justificativas; e decisões administrativas antagônicas e desconexas, oriundas de excesso de instituições (ABTP, 2015).

Percebe-se, assim, certa insatisfação dos privados em relação aos rumos que tem tomado a regulação do setor portuário. De um lado, os privados reconhecem avanços, como a maior flexibilidade conferida à autorização de TUPs e a não exigência de contratação e mão-de-obra

do Órgão de Gestão de Mão-de-Obra – OGMO, tornando livre a contratação de trabalhadores portuários em terminais privados; por outro lado, entende-se que o novo arranjo institucional trouxe alguns retrocessos ao setor, como o esvaziamento da capacidade decisória dos Conselhos de Autoridade Portuárias – CAPs, que deixaram de ser deliberativos e passaram a ser meramente consultivos, ou a atuação da Antaq, que na opinião dos privados deve manter o foco de sua atuação “na regulação do setor e não no controle e intervenção das operações diárias dos terminais portuários” (ABTP, 2014, p. 5).

Nota-se que a percepção dos representantes dos entes públicos do setor portuário difere em certa medida daquela dos entes privados. Embora todos reconheçam avanços trazidos pelo novo marco regulatório, os privados tendem a se opor de forma geral ao aumento de instrumentos de regulação, bem como em relação a questões específicas que possam prejudicar seus interesses individuais. Em resumo, o setor portuário passa por transformações em um contexto em que se coloca como um dos principais desafios a equalização entre os interesses dos privados e a garantia de satisfação do interesse público, por meio de instrumentos de regulação.

7 – CONCLUSÕES

O modelo jurídico-institucional de exploração de serviços públicos no Brasil tem sido definido por um perene embate entre as esferas do público e do privado. Ao longo do tempo, essas duas concepções têm influenciado, em maior ou menor medida, a adoção de políticas públicas no país.

Nos portos brasileiros percebe-se essa mesma tendência, uma vez que o setor tem sido conduzido, desde a sua origem, sob modelos de exploração com predomínio ora do público, ora do privado. A recente mudança de marco regulatório do setor, com a entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013, indica uma tentativa de compatibilização entre essas duas perspectivas de exploração. Foi estabelecida nova distribuição de competências entre Antaq, Secretaria de Portos e administrações portuárias, que aproximou o setor portuário do modelo de agências reguladoras, ainda que com características próprias, uma vez que estabelece um modelo mais complexo, que envolve múltiplos atores, e em que são atribuídas competências técnicas a um órgão de governo – a SEP/PR.

Outra característica própria do setor portuário é a figura do arrendamento. Embora a exploração de áreas e infraestruturas dentro do porto organizado tenha mantido a denominação de “arrendamento” – que é uma figura típica do Direito Civil – ela possui, de fato, todas as principais características de uma concessão de serviço público, em que o poder concedente não apenas tem a possibilidade de reaver o serviço se considerar necessário, como também deve estabelecer parâmetros para avaliação de desempenho, além de diversos outros mecanismos presentes no modelo de concessões. Isso garante um maior controle do Estado sobre as atividades executadas pelos particulares e, conseqüentemente, tende a garantir maior qualidade do serviço para os usuários. Portanto, ao aproximar a figura do arrendamento portuário ao modelo de concessões de serviços públicos e ao ampliar as competências da SEP/PR e da Antaq, o novo marco estabeleceu mecanismos de regulação mais abrangentes em relação à legislação anterior – embora tenha mantido, e em certos aspectos até ampliado, a participação do privado, como no caso da ampliação das possibilidades para autorização de TUPs.

Constata-se, no modelo de concessão, um meio-termo entre a estatização e a privatização: ao Estado cabe a função de delegar o serviço, conforme normas pré-definidas em edital de licitação, bem como a função de fiscalização, por meio de agências reguladoras; à iniciativa privada cabe a prestação do serviço, mediante um processo de concorrência pública. Nesse sentido, a aproximação dos arrendamentos portuários ao modelo de concessões, somado à flexibilização para instalação de TUPs, estabelece uma certa compatibilização entre as esferas do público e do privado no setor portuário.

No que diz respeito à Teoria Processual Administrativa da regulação, buscou-se fazer uma breve discussão no intuito de verificar se as regras estabelecidas pelo novo marco regulatório do setor portuário permitem ou não a existência das condições necessárias para a regulação orientada à satisfação do interesse público. Argumentou-se que as condições básicas para a obtenção de uma regulação benéfica ao interesse coletivo estão, de fato, presentes no setor portuário, dada a existência de mecanismos do direito administrativo como a realização de audiências e consultas públicas e a fiscalização realizada pelos órgãos de controle – sobretudo pelo TCU. A centralização institucional do setor na figura da SEP/PR permitiu uma maior padronização de regras e procedimentos, bem como propiciou o desenvolvimento de instrumentos de planejamento integrados de abrangência nacional, embora ainda exista, conforme apontado pelo próprio TCU, a necessidade de padronizar e normatizar de forma

mais detalhadas alguns aspectos da normatização portuária, como é o caso das prorrogações antecipadas.

Nesse sentido, além dos avanços, também foram identificados muitos desafios a serem superados ante ao novo marco regulatório do setor portuário, no que diz respeito aos mecanismos de satisfação do interesse público. Especificamente, foram analisadas as consequências negativas da retirada do critério de menor tarifa para julgamento para licitações de arrendamentos portuários, as limitações dos procedimentos de consulta e audiência pública e lacunas na legislação. Além dessas questões, ressalta-se a necessidade de prover às agências reguladoras a capacidade técnico-operacional necessária para um sistema de fiscalização funcional, bem como a importância da ampliação do processo de controle social, que pode ocorrer não apenas por meio de consultas ao setor público, mas também pela formulação de políticas públicas para o setor, articuladas de maneira contínua com os órgãos e entidades representativas dos diversos interesses sociais. Por fim, embora a centralização na SEP/PR tenha trazido inegáveis avanços no que diz respeito à padronização de procedimentos e planejamento integrado, é questionável se muitas das competências que foram transferidas à SEP/PR não deveriam ser atribuídas à Antaq, de modo a manter a regulação do setor menos suscetível a decisões políticas. Se o objetivo das agências reguladoras é justamente *despolitizar* o setor, não ficou clara a razão que levou o governo a atribuir competências técnicas à SEP/PR, ao invés de atribuí-las à agência.

De qualquer forma, o novo marco regulatório portuário estabeleceu competências regulatórias mais abrangentes não só à SEP/PR, mas também à Antaq. Nesse contexto, o desafio maior a ser enfrentado pelo setor não consiste em definir se deve ou não haver regulação – a regulação parece ser um processo cada vez mais necessário e irreversível. Cabe, na verdade, identificar o grau de regulação necessário em cada caso, definindo-se até que ponto deve-se interferir nas atividades dos entes privados. A regulação deve ser concebida, dessa forma, como atividade em que o regulador estabelece regras por meio do diálogo, levando-se em conta o contexto, permitindo a manifestação das partes interessadas e recompensando os comportamentos positivos dos entes regulados. Portanto, encontrar um equilíbrio entre a intervenção estatal, por meio da regulação, e as atividades dos entes privados parece ser, pelo que foi constatado nesta pesquisa, o maior desafio a ser enfrentado atualmente pelo setor.

O arranjo institucional do setor portuário suscita, assim, uma série de questionamentos, que apontam para alguns dos desafios da institucionalidade da exploração de serviços públicos no Brasil e, especificamente, possibilitam um melhor entendimento sobre a relação, nem sempre clara, entre o modelo de concessões de serviços públicos e a exploração do setor portuário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABTP. (2014). Propostas da ABTP para o Setor Portuário: Evolução na Legislação e Regulamentação do Sistema Portuário Brasileiro. Acesso em 9 de jan. de 2016, disponível em <http://www.abtp.com.br/downloads/propostas-da-abtp-para-setor-portuario.pdf>
- _____. (2015). Perspectivas da Logística Portuária. *Apresentação no Encontro Nacional de Comércio Exterior - Anaex 2015*.
- AGU. (2013). Parecer nº 105/2013/ASSJUR/SEP/PR/CGU/AGU. *Pedido de informação sobre a autorização concedida a EBP - Estruburadora Brasileira de Projetos S.A (Portaria SEP/PR nº 38/2013), Processo nº 00045001485/2013-65*.
- _____. (2014). Parecer nº 187/2014/ASSJUR-SEP/PR/CGU/AGU. *5º Aditivo Contratual - Unificação de Contratos de Arrendamentos Portuários, Processo nº 50300.000948/2012-09*.
- ANTAQ. (2015). *Audiência Pública*. Acesso em 12 de out. de 2015, disponível em Antaq: <http://www.antaq.gov.br/Portal/AudienciaPublica.asp>
- ARAGÃO, A. S. (2009). Delegações de serviços públicos. *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, v. 16, nov./dez./jan., pp. 1-50.
- BARROSO, L. R. (2015). Estado e Livre-Iniciativa na Experiência Constitucional Brasileira. Em L. C. Ribeiro, B. Feigelson, & R. V. Freias, *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos – aeroportos – ferrovias – rodovias* (pp. 21-30). Belo Horizonte: Fórum.
- BNDES; Booz & Company. (2012). *Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência da Gestão do Setor Portuário Brasileiro* (Vol. 2). São Paulo: Câmara Brasileira do Livro.
- BOBBIO, N. (2012). *Estado, Governo e Sociedade: para uma Teoria Geral da Política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra.
- BRAITHWAITE, J., & AYRES, I. (1992). *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. New York: Oxford University Press.
- BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- _____. (1993a). Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. *Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências*. Acesso em 4 de abr de 2014, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm
- _____. (1993b). Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Acesso em 20 de jan. de 2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm
- _____. (1995). Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Acesso em 9 de mar de 2014, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm

- _____. (1999). Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.*
- _____. (2001). Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. *Dispõe sobre a Reestruturação dos Transportes Aquaviário e Terrestre, Cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e dá outras providências.* Acesso em 3 de jan. de 2016, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm
- _____. (2007). Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007. *Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 10.683/2003, 10.233/2001, 10.893/2004, 5.917/1973, 11.457/2007 e 8.630/1993, para criar a Secretaria Especial de Portos, e dá outras providências.* Acesso em 14 de mar. de 2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111518.htm
- _____. (2008). Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008. *Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, e dá outras providências.* Acesso em 20 de jan de 2015, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm
- _____. (2009a). Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2896/2009 – Plenário.* Acesso em 4 de abr de 2015, disponível em <https://contas.tcu.gov.br>
- _____. (2009b). Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1904/2009 – Plenário.* Acesso em 19 de abr de 2015, disponível em <https://contas.tcu.gov.br>
- _____. (2011). Antaq. Resolução nº 2240, de 4 de outubro de 2011. *Aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados.* Acesso em 9 de março de 2014, disponível em <http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000004615.pdf>
- _____. (2012). Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. *Dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências.* Acesso em 9 de mar de 2014, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm
- _____. (2013a). Portaria SEP/PR nº 38, de 14 de março de 2013. *Autoriza a Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. – EBP a desenvolver projetos e/ou estudos de viabilidade técnica econômica, ambiental e operacional, levantamentos e investigações, de que trata o art. 21 da Lei nº 8.987/1995.*
- _____. (2013b). Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. *Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e instalações portuárias.* Acesso em 9 de mar de 2014, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm
- _____. (2013c). Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. *Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências.* Acesso em 9 de mar de 2014, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm

- _____. (2013d). Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3661 – Plenário*. Acesso em 5 de mai. de 2015, disponível em <https://contas.tcu.gov.br>
- _____. (2014a). Antaq. Resolução nº 3274, de 6 de fevereiro de 2014. *Aprova a Norma que Dispõe Sobre a Fiscalização da Prestação dos Serviços Portuários e Estabelece Infrações Administrativas*.
- _____. (2014b). Antaq. Resolução nº 3290, de 13 de fevereiro de 2014. *Aprova a norma que dispõe sobre a autorização para a construção, exploração e ampliação de terminal de uso privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porte e de instalação portuária de turismo*.
- _____. (2014c). Portaria SEP/PR nº 3, de 7 de janeiro de 2014. *Estabelece as diretrizes para a elaboração e revisão dos instrumentos de planejamento*.
- _____. (2014d). Portaria SEP/PR nº 349, de 30 de setembro de 2014. *Regulamenta o art. 57 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e dá outras providências*.
- _____. (2014e). Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1532/2014*. Acesso em 5 de mai. de 2015, disponível em <https://contas.tcu.gov.br>
- _____. (2014f). Antaq. Resolução nº 3220, de 8 de janeiro de 2014. *Aprova a norma que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados*. Acesso em 9 de mar de 2014, disponível em <http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006258.pdf>
- _____. (2014g). Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1155/2014 – Plenário*. Acesso em 5 de mai. de 2015, disponível em <https://contas.tcu.gov.br>
- _____. (2015a). Decreto nº 8.464, de 8 de junho de 2015. *Altera o Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias*.
- _____. (2015b). Portaria SEP/PR nº 499, de 5 de novembro de 2015. *Estabelece regras e procedimentos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento de instalações portuárias*.
- _____. (2015c). Tribunal de Contas da União. *Acórdão 1077 – Plenário*. Acesso em 5 de jun. de 2015, disponível em <https://contas.tcu.gov.br>
- CAVALCANTI, B. S. (2002). Reformas e políticas regulatórias na área de transportes. *VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Acesso em 12 de jan de 2012, disponível em <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0044308.pdf>
- CROLEY, S. P. (2007). *Regulation and Public Interests: the possibility of good regulatory government*. Princeton: Princeton University Press.
- DI PIETRO, M. S. (2011). *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas*. São Paulo: 8. ed. Atlas.

- FACCIO, A. J., & RÜCKERT, A. A. (2011). As contradições da reforma do Estado de modelo neoliberal: atores locais/regionais e o projeto de reativação do trecho ferroviário Passo Fundo - Marcelino Ramos/RS. *Revista de Geopolítica*, v. 2, 2 ed., jul/dez, pp. 109-124.
- FILHO, J. C., & OLIVEIRA, C. W. (1996). O Processo de Privatização das Empresas Brasileiras. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, pp. 7-28.
- FILHO, M. J. (2003). *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética.
- FONTANA, E. (2015). Reflexões Acerca da (Frágil) Participação Social nas Audiências Públicas: a Contribuição do Comunitarismo Responsivo para a Cosntrução do Poder Local. *XII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea*, pp. 1-21.
- GUERRA, S., & FREITAS, R. V. (2015). O Modelo Institucional do Setor Portuário: os Institutos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) e da Conferência de Serviços como Mecanismos de Equalização do Controle Político sobre as Agências Reguladoras. Em L. C. Ribeiro, B. Feigelson, & R. V. Freitas, *A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos – Aeroportos – Ferrovias – Rodovias* (pp. 95-119). Belo Horizonte: Fórum.
- GUIMARÃES, E. A. (2014). Regulação dos Portos no Brasil: Evolução e Perspectivas. Em A. C. Pinheiro, & C. R. Frischtak, *Gargalos e Soluções na Infraestrutura de Transportes* (pp. 285-311). Rio de Janeiro: FGV.
- HEEREN, M. L. (2015). Mudança de Competências e Novas Formas de Exploração Portuária. Em L. C. Ribeiro, & R. V. Bruno Feigelson, *A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos – Aeroportos – Ferrovias – Rodovias* (pp. 137-156). Belo Horizonte: Fórum.
- HILL, P. J. (1999). Public Choice: a Review. *Faith & Economics*, n. 34, pp. 1-10.
- JUNQUEIRA, L. A. (2002). *Desafios da Modernização Portuária*. São Paulo: Aduaneiras.
- KAPPEL, R. F. (2005). Portos Brasileiros: Novo Desafio para a Sociedade. *Anais da 57ª Reunião Anual da SBPC*.
- MANTELI, W. (2012). *A Nova Abertura dos Portos 1993: a Luta pela Modernização dos Portos Brasileiros - Lei nº 8.630*. Porto Alegre: Palomas.
- MANZINI, J. E. (2004). Entrevista Semi-estruturada: Análise de Objetivos e de Roteiros. *II Seminário Internacional de Pesquisa e Estudos Qualitativos*.
- MEIRELLES, H. L. (2000). *Direito Administrativo Brasileiro*. 25 ed. São Paulo: Malheiros.
- MELLO, C. A. (1997). Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, Vol. 20.
- MENDES, G. F. (2004). Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 8, pp. 131-142.
- MOREIRA, E. B. (2015). A nova Lei dos Portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. Em L. C. Ribeiro, B. Feigelson, & R. V. Freitas, *A nova regulação da infraestrutura e da*

- mineração: portos – aeroportos – ferrovias – rodovias* (pp. 121-135). Belo Horizonte: Fórum.
- MOTTA, P. R. (2003). *Agências Reguladoras*. Barueri: Manole.
- NASCIMENTO, Á. C. (2010). Controle Social e Regulação da Propaganda de Medicamentos: Consulta Pública sobre Propaganda de Medicamentos Expõe Fragilidades do Processo de Participação Social da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). *R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde*, v. 4, n. 4, pp. 62-71.
- NETO, F. d., & LEITE, F. B. (2003). Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 42, pp. 142-164.
- NUNES, E., RIBEIRO, L. M., & PEIXOTO, V. (2007). *Agências Reguladoras no Brasil. Observatório Universitário, Documento de Trabalho n° 65, jan.*
- OLIVEIRA, C. T. (2007). *Modernização dos Portos*. 4ª ed, São Paulo: Aduaneiras.
- OLIVEIRA, G., & MATTOS, C. (1998). Defesa da Concorrência nos Portos. *Revista de Administração de Empresas*, v. 38, n. 3, pp. 64-76.
- OLIVEIRA, R. C. (2015). Parcerias Público-Privadas no setor portuário: um mar ainda não navegado. Em L. C. Ribeiro, B. Feigelson, & R. V. Freitas, *A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos – aeroportos – ferrovias – rodovias* (pp. 221-242). Belo Horizonte: Fórum.
- OLIVEIRA, S. L. (1999). *Tratado de Metodologia Científica*. 2 ed. São Paulo: Pioneira.
- PEREIRA, D. S. (2015). Novo Marco Regulatório Portuário, Melhora Regulatória e Análise de Impacto. Em L. C. Ribeiro, B. Feigelson, & R. V. Freitas, *A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos – Aeroportos – Ferrovias – Rodovias* (pp. 271-290). Belo Horizonte: Fórum.
- PINHEIRO, A. C., & FILHO, L. C. (1991). Privatização no Brasil: Passado, Planos e Perspectivas. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Texto para discussão/n° 230*.
- PORTO, M. M. (2007). *Portos e o Desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras.
- RIBEIRO, L. C., FEIGELSON, B., & FREITAS, R. V. (2015). *A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos – Aeroportos – Ferrovias – Rodovias*. Belo Horizonte: Fórum.
- RUA, M. d. (1998). Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos. Em M. d. Rua, *O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados*. Brasília: Paralelo 15.
- SCHNEIDER, B. R. (1992). A Privatização no Governo Collor: Triunfo do Liberalismo ou Colapso do Estado Desenvolvimentista? *Revista de Economia Política*, Vol. 12(jan./mar.), pp. 5-18.
- SEP/PR. (2014). *Planejamento Portuário Nacional*. Acesso em 5 de nov de 2015, disponível em <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/pnpl>
- SILVA, D. P. (2013). Proposta de Modelo de Planejamento para o Setor Portuário Nacional face à Lei 12.815/2013. *Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização da UFSC*.

TEIXEIRA, F. L. (2013). Impacto dos Contratos de Arrendamento em Portos Organizados face ao Novo Marco Regulatório Portuário Brasileiro. *Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização da UFSC*.

TOVAR, A. C., & FERREIRA, G. C. (2006). A Infra-estrutura Portuária Brasileira: O Modelo Atual e Perspectivas para seu Desenvolvimento Sustentado. *Revista do BNDES, V. 13, N. 25*, pp. 209-230.

APÊNDICES

A – ENTREVISTAS SEMI-ESTRUTURADAS

Para cada um dos entrevistados mencionados nos tópicos a seguir, foram feitos os seguintes questionamentos:

Pergunta 1) Como o Sr. avalia o novo marco regulatório do setor portuário?

Pergunta 2) Na sua opinião, a intervenção do Estado na atividade portuária por meio da regulação beneficia o setor, ou seria melhor deixar a atividade unicamente sob a influência das leis de mercado?

Pergunta 3) O novo marco regulatório do setor portuário estabelece mecanismos eficazes para a satisfação do interesse público? Quais?

Pergunta 4) Quais são as principais deficiências do atual modelo de regulação do setor portuário no que diz respeito à satisfação do interesse público?

A.1 – ENTREVISTA COM SECRETÁRIO DE POLÍTICAS PORTUÁRIAS DA SEP/PR – SR. FÁBIO LAVOR TEIXEIRA (E-MAIL: fabio.lavor@portosdobrasil.gov.br)

Resposta 1) *O novo marco regulatório portuário é uma tentativa do governo de aperfeiçoar o modelo anterior. Buscou-se avanços, primeiramente, no aspecto do planejamento; em segundo lugar, na padronização de procedimentos; e, por fim, no fortalecimento da participação do setor privado nos investimentos portuários.*

No que diz respeito aos investimentos, com o fim da distinção entre carga própria e carga de terceiros, que acredito ser talvez a grande mudança da Lei nº 12.815/2013 para a anterior, foi bastante fomentada a participação do privado na oferta de serviços portuários. Basta ver os números que as instalações privadas estão ofertando. Considerando-se a quantidade atual de TUPs autorizados, o valor em investimentos trazidos ao setor já ultrapassou o montante de R\$ 14 bilhões.

Outro avanço trazido pelo novo marco é a padronização de procedimentos, que ocorreu devido à transferência das competências das autoridades portuárias à SEP/PR, como a

coordenação do planejamento e a definição dos procedimentos para arrendamentos. Isso confere uma visão nacional, havendo uma única instituição coordenando esse processo. Desse modo, a tendência é que o setor fique mais padronizado. Há inclusive acórdão do TCU, de alguns anos atrás, apontando crítica justamente quanto à falta de padronização, pois cada porto tinha sua própria forma de licitar, critérios, cláusulas e interpretações jurídicas distintas.

No que diz respeito ao planejamento, antes, cada autoridade portuária buscava defender uma concepção voltada ao seu próprio porto, muitas vezes com um viés inadequado, pois tratavam os portos vizinhos como concorrentes. O que a SEP/PR tenta fazer é avaliar as potencialidades dos portos públicos com visão global de país, e direcionar os investimentos que devem acontecer em cada porto, indicar como executar esses investimentos e em que sequência é mais adequado fazê-lo.

Há críticas quanto a esse ponto, já que, quando se tira a competência de planejamento de cada porto, há risco de perda da visão do local, devido à distância e falta da visão do dia a dia. Contudo, foram estabelecidos mecanismos para mitigar esse risco, uma vez que foi atribuída hierarquia e conferida liberdade aos instrumentos de planejamento do setor portuário. Por exemplo, no caso do Plano Mestre, esse instrumento traz definição de estudo de demanda, indicando quais arrendamentos devem ser instalados em para cada porto. Com base nisso é que se define que tipo investimento deve ser feito naquele porto, cabendo à autoridade portuária definir em que local do porto aquilo acontecerá, quais impactos isso trará ao porto, que tipo de equipamentos deverão ser utilizados, como será a gestão da operação etc. Embora os Planos Mestres sejam elaborados pela SEP/PR, a autoridade portuária participa do seu desenvolvimento de forma ativa, além de ser ela a responsável pela elaboração do PDZ do porto, com a única obrigação de que ele esteja em consonância com o Plano Mestre, do qual elas mesmas participaram.

Apesar da leitura de que a autoridade portuária teria perdido autonomia com a nova lei, entendo que essa perda de autonomia foi no sentido de padronizar os procedimentos, mas sem tirar a participação da administração do porto. Portanto, embora tenha havido a mudança de quem coordena o processo de planejamento, a autoridade portuária, com sua visão local, não foi alijada do processo. A autoridade portuária continua participando, porém não mais de uma forma isolada, já que a SEP/PR agora supervisiona os planejamentos

dos portos públicos para assegurar alguma integração entre eles, fazendo com que trabalhem em sinergia e não em concorrência. Nesse sentido entendo que houve avanços no marco regulatório, embora existam aspectos que devem ser trabalhados, como a questão dos trabalhadores portuários, da Guarda Portuária, entre outros aspectos.

Não se consegue enfrentar todos os problemas de uma só vez. É preciso haver um processo de amadurecimento para que a própria sociedade internalize cada demanda do setor. Haverá pontos que precisam ser aperfeiçoados, já que o novo Marco não é perfeito nem eterno. Muitos aspectos deverão ser constantemente avaliados para realização de eventuais ajustes tanto na lei como nos decretos subsequentes.

Resposta 2) *Busca-se trabalhar com a noção de que, a princípio, o protagonista é o mercado, já que um dos objetivos da nova Lei dos Portos é justamente propiciar uma maior participação do mercado no setor portuário. O Governo tem reconhecido, assim, que o mercado é o protagonista, o que entendo como razoável. Contudo, defendo o modelo das agências reguladoras, ou seja, o mercado deve ter liberdade, autonomia, mas compete ao Estado fazer a regulação do setor como ocorre nos setores elétrico e aeroportuário. Entendo que existe sim a necessidade de regulação, não acho que o mercado tenha condições de se autorregular sem prejuízo para a sociedade. Sei que esse é um ponto de vista controverso.*

A chave da questão é a dosimetria: até que ponto cabe regulação e até onde haveria liberdade para o mercado. O governo deve regular o que é estritamente necessário, deve-se evitar o excesso de regulação, por outro lado, o governo tem obrigação de regular o “como fazer”, disciplinar os ritos e procedimentos, nesse caso, falo de regulação em sentido lato, realizada tanto pela SEP/PR como pela Antaq. A SEP/PR realiza atos de regulação ao publicar portarias normativas disciplinando, por exemplo, como fazer uma solicitação de prorrogação antecipada ou dereequilíbrio. Esses são exemplos de uma regulação extremamente positiva, pois sinaliza ao mercado e tipo de estudo e análise ele tem que apresentar. É uma regulação no sentido de deixar as regras do jogo claras, acho isso importante. Sabe-se a importância de se ter uma segurança regulatória para atrair investimentos e trazer previsibilidade de regras. Quanto aos contratos, o governo deve ter o cuidado de não “errar na mão”, não deve regular aspectos que cabem à livre iniciativa. Defendo a necessidade da regulação, mas acho que ela tem que ser de uma forma muito pensada e ponderada. O Estado tem que usar o “poder da caneta” com muita

parcimônia, ou seja, o regulador não deve ditar regras que possam burocratizar o processo. É preciso montar um processo para dar previsibilidade ao investidor, para que ele faça investimentos e tenha lucro, o que gerará impostos, empregos e renda. O governo deve ditar as regras do jogo, evitar dumping, concorrência predatória, práticas comerciais nocivas à sociedade. Nesse caso, defendendo a regulação tem esse sentido e, tanto na SEP/PR como na Antaq, todos estão com esse mesmo espírito, ou seja, regular na medida da necessidade. Ao mesmo tempo, vejo que o mercado gostaria realmente de ter mais liberdade. Mas é esse mesmo mercado vem depois se queixar para nós em relação à falta de um disciplinamento claro. Compete à Secretaria de Portos e a Antaq avaliar até onde deve ir a regulação e até onde o mercado pode se autorregular. Isso é um exercício contínuo.

Resposta 3) *Para mim o público usuário do setor portuário é toda a sociedade brasileira. À medida que 95% das cargas movimentadas pelo país passam pelos portos, tanto importação como exportação, isso faz com que o público alvo seja toda a sociedade. Portanto, um dos grandes objetivos da SEP/PR é a redução do Custo Brasil. Quando se consegue estabelecer portos mais eficientes e modernos, ambientalmente sustentáveis, que tenham uma boa relação Porto-Cidade, custos menores, se estará atingindo a satisfação do interesse público.*

Os portos geram empregos diretos e indiretos, renda, toda uma cadeia logística ligada ao setor, desse modo, os mecanismos de satisfação do interesse público estão refletidos em todas as ações feitas pelo setor portuário desde a questão da desburocratização, modernização da gestão, ampliação de terminais, ampliação da cabotagem etc. De modo geral, busca-se ampliar a cabotagem, mas como esta compete com navio de rota internacional, ela é sempre menor e sempre preterida. Ampliação da cabotagem, por exemplo, favorece o interesse público, girando o comércio, diminuindo o Custo Brasil, reduzindo o custo final do produto, o que beneficiará o seu consumidor final, diminuindo o valor dos produtos e gerando impostos. Acredito que seja nessa linha que devemos trabalhar.

A criação da SEP/PR foi um passo muito grande para o aperfeiçoamento dos mecanismos de interesse público. Quando se deixa de ter um departamento dentro de um Ministério e se estabelece uma Secretaria com nove departamentos, é possível perceber o quanto o setor foi valorizado.

O novo marco trouxe mais responsabilidades, mais atribuições à SEP/PR, que permitem que se tenha melhoria da garantia do interesse público. Há um maior controle, mais pessoas envolvidas. Por exemplo, nos contratos de arrendamentos portuários, foram adicionadas pela Antaq, conforme diretrizes da SEP/PR, condicionantes ambientais, maior controle e obrigações para o arrendatário, equipamentos melhores e, de modo geral, maior amparo para cobrar do arrendatário investimentos e operações eficientes. Há vinte anos atrás a realidade dos contratos de arrendamento era muito diferente.

A relação porto-cidade também é um aspecto que está sendo melhor trabalhado atualmente, sob a visão sistêmica da SEP/PR. Por exemplo, estão sendo implementados mecanismos como a entrada de caminhões mais bem dimensionadas, melhor acesso a vias, evitando-se engarrafamentos. Muitas cidades nasceram em torno dos portos, portanto, a relação porto-cidade é muito importante. Hoje é possível ter um cuidado nessa relação de uma forma melhor do que algum tempo atrás, a postura hoje precisa ser diferente, os cuidados precisam ser maiores, e tudo isso reflete no interesse público.

Resposta 4) *Acredito que um desafio importante seja encontrar um ponto de equilíbrio para a regulação do setor. Continuar implementando a regulação, mas com clareza dos limites. Isso só se consegue conversando, ouvindo o mercado, os operadores, os arrendatários, a sociedade, os representantes da sociedade, os técnicos do setor e, inclusive, a academia, que é muito importante nesse processo, pois proporciona contribuição de pesquisadores, com suas dissertações, teses, avaliações, críticas à atuação do governo e do mercado. É um processo conjunto, participativo. A definição dos limites da regulação, do que cabe aos entes reguladores e o que cabe ao mercado, é o cerne da atuação da SEP/PR e da Antaq. O grande desafio é encontrar um ponto de equilíbrio que atenda ao mercado, mas que também salvasse a sociedade.*

A.2 – ENTREVISTA COM EX-DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE OUTORGAS PORTUÁRIAS DA SEP/PR – SR. DIOGO PILONI E SILVA (E-MAIL: diogo.piloni@planalto.gov.br)

Resposta 1) *Considero que tivemos uma série de pontos positivos para o setor e os resultados nesses últimos três anos demonstram isso. Do ponto de vista das outorgas, houve uma movimentação dos atores envolvidos. Nos anos anteriores à assinatura da medida*

provisória e à publicação posterior da Lei nº 12.815/2013, tivemos muito pouco sendo realizado efetivamente para o setor, se comparado a esse período de cerca de três anos.

Cito o exemplo das licitações de arrendamento realizadas neste ano pela SEP/PR, comparadas ao resultado pífio nos últimos 10 anos antes da nova lei. Isso demonstrava baixa eficácia das autoridades competentes da época, no caso as autoridades portuárias locais, em dar vazão a todos os pleitos que o mercado pedia. Não sei se há um diagnóstico claro sobre o porquê de isso ter ocorrido dessa forma.

Quando a lei trouxe essa competência para Brasília, tivemos como resultado questões positivas e negativas, acho que as positivas superam as negativas. Do ponto de vista positivo, tivemos também a possibilidade de pensar o setor e todo o conjunto de portos do Brasil de uma forma mais sistêmica, mais organizada. Temos hoje no Brasil o modelo concorrencial entre portos e depois da lei continuamos com esse modelo, mas um modelo pensado do ponto de vista de como otimizar o sistema para o país e não para um porto ou outro. Conseguimos enxergar isso por um viés mais nacional, gerando capacitação dos próprios portos, trazendo mais obras de infraestrutura com capital privado das concessões. Temos hoje um caminho bem definido sobre o que fazer no setor portuário brasileiro porto a porto. Ao longo do tempo vamos melhorando essa estratégia, e é claro que não podemos dizer que já obtivemos todos os resultados almejados em 2012 e 2013, estamos só começando. Temos um logo caminho a percorrer ainda, mas hoje pelo menos temos uma diretriz clara de como seguir e acho que isso é um fator muito importante que conseguimos após a lei.

Vale lembrar que, por vezes, alguns resultados não se concretizaram muito mais por motivos ligados à complexidade da dinâmica de se fazer uma concessão no Brasil do que propriamente por uma falta de ação da Secretaria de Portos ou da Antaq. Ficamos um ano e meio esperando a decisão do Tribunal de Contas da União, que tem um papel muito importante no processo, mas que, por outro lado, gerou um resultado do ponto de vista de cronograma aquém do que a gente esperava. Mas acho que do ponto de vista das concessões do setor portuário, que a gente denomina de concessão de terminal de arrendamento, conseguimos hoje ter uma visão sistêmica. Os primeiros lotes foram licitados no final do ano, com resultado favorável. Estamos com uma estratégia clara, acredito que os resultados virão com mais rapidez. Mas acho que a principal questão é que conseguimos organizar o setor, que estava, desde a extinção da Portobrás, sem a visão do conjunto.

Resposta 2) *Isso obviamente divide opiniões, mas na minha visão necessariamente há que se ter uma participação – acho que o termo intervenção é muito forte – um olhar cuidadoso por parte do Estado nas atividades econômicas do setor portuário, que é um setor que tem essa característica de monopólios naturais. Temos trabalhado com ações de concessão e com as ações de outorga por autorização, gerando um aumento da concorrência do setor, o que em alguns casos é possível, em outros não. Cito como exemplo o mercado de movimentação de contêineres na região de Santos, em que hoje temos um cenário competitivo interessante. No Sul do país também temos um cenário competitivo interessante, mas em uma parte relevante dos mercados do setor portuário não se consegue impor uma competição saudável em que não se justificaria uma intervenção do Estado, ou seja, em que seria o melhor cenário mantermos o mercado competitivo. Então o que precisa ser feito é saber a justa medida dessa participação do Estado nos mercados, de modo a não os desvirtuar, gerando prejuízo para o interesse público. Cito como exemplo: se arbitrarmos um valor de tarifa para um terminal, dado que temos uma assimetria de informações muito grande com os privados – e isso é comum no setor portuário – corre-se o risco de estabelecermos um valor até mesmo maior do que ele cobraria naturalmente dos seus usuários num cenário competitivo, ou mesmo não competitivo. Então temos que fazer essa "intervenção" de uma forma bem planejada. Agora, de forma nenhuma o setor portuário deve ficar sem essa alternativa de ter esse olhar do setor público sobre as atividades desenvolvidas no setor portuário.*

Resposta 3) *Entendo que sim, temos mecanismos. Dado que a lei é recente, ainda temos muito a melhorar, a trazer mais medidas para satisfação do interesse público, mas a gente já tem algumas que trazem um certo grau de confiabilidade de que o que a gente tem feito está atendendo ao interesse público. Poderia citar algumas: eu acho que a possibilidade de planejamento de longo prazo do setor com o olhar sistêmico é talvez a principal medida para satisfação do interesse público. Naturalmente uma gestão do setor portuário sem ter uma visão do que a gente quer ser no médio e longo prazo ocasionaria alguns problemas que poderiam fugir da linha do que é interessante para o interesse público. Acho que esse é o principal ponto e está acima de tudo, acima de qualquer regra específica da concessão, acho que um planejamento integrado e de longo prazo é essencial.*

A questão da potencialização da agência reguladora do setor é uma medida que acho interessante, e digo potencialização porque nas concessões tínhamos, antes da Lei nº

12.815/2013, uma agência muito voltada para a atuação na fiscalização das autoridades portuárias e um olhar pouco atendo à regulação dos arrendamentos. Então, após a lei, com definição clara do papel da agência, ela começa a trabalhar essa regulação sobre terminais inclusive melhorando sua estrutura para isso. Tivemos um concurso público recente, uma alteração da estrutura regimental da agência mais adequada aos ditames da nova lei e vemos hoje um amadurecimento da agência reguladora, que é uma agência criada recentemente, mas que já tem mostrado resultados satisfatórios isso, muitas vezes, na visão do das empresas, até carregando um pouco demais a mão sobre a regulação e a fiscalização dos arrendatários. Isso é uma questão natural que vai se regulando ao longo do tempo. Mas acho que esse é um aspecto fundamental, mais do que um órgão da administração direta, capacitado, que também é importante, mas acho que acima de tudo a agência reguladora em qualquer cenário de modelo de concessão deve ser um órgão bem estruturado e preocupado em melhorar ao longo do tempo, na medida do possível, com o menor nível de intervenção política possível, e acho que a nossa agência, de certa forma, mantém um certo grau de independência política, tendo um viés muito mais técnico do que político.

A questão da realização das audiências públicas também contribui para o setor, ou seja, toda forma de modelagem do terminal para uma eventual licitação. Acredito que estamos trabalhando para cada vez mais ouvirmos os envolvidos na atividade portuária, seja o usuário, sejam as empresas. Mas acho que dessa discussão é que a gente encontra um ponto de equilíbrio entre os interesses, que é o que busca o administrador público quando faz uma concessão, tem que ser um serviço prestado que atenda o interesse do usuário, do ponto de vista das tarifas módicas, de qualidade, de atualidade, mas por outro lado seja um serviço que gere a justa remuneração às empresas envolvidas. Então acho que o mecanismo da audiência pública na licitação, acho que essa ligação muito próxima que nós tentamos desenvolver com as empresas, com os usuários, com as associações também é algo importante no processo e a própria auditoria do tribunal de contas. Esse processo acaba gerando uma democratização em torno da discussão sobre o modelo que será posteriormente licitado, dado que os interessados no processo batem à porta do tribunal, colocam suas questões se isso de certa forma acaba influenciando essa análise de auditoria prévia do Tribunal de Contas, que hoje é uma análise bem abrangente.

Não diria que essa análise dos órgãos de controle não era tão rigorosa anteriormente. Acho que ela sempre foi atenta, temos relatos de processos de licitações logo antes dos poucos que

tiveram antes da lei e a rotina de auditoria era muito parecida com ao que a gente tem hoje, com o que a gente tem conhecimento. O que acabou sendo complexo e deixando mais complexo o processo, e nesse caso eu diria que exclusivamente do ponto de vista técnico, que fez com que, por exemplo, o Bloco 1, o primeiro grande lote de licitações, demorasse a ser liberado pelo Tribunal de Contas foi a questão das inovações trazidas pela lei. É natural que em um processo de mudança de marco regulatório o tribunal tenha um certo tempo para se familiarizar com essas diretrizes e de certa forma contribuir até em como será conduzido o processo de licitação após uma lei.

Hoje, principalmente, o TCU tem uma análise bem abrangente numa concessão, isso para todos os setores e sempre foi assim. Mas ela é abrangente no seguinte sentido, ela perpassa as questões regulatórias, econômicas etc. Mas a análise da Corte de Contas também abrange de certa forma questões de política pública. E nesse aspecto existe uma discussão calorosa sobre se o controle do TCU deveria entrar na questão do mérito das decisões de política pública. De qualquer forma, o fato é que hoje há sim uma participação, uma atenção por parte do órgão de controle com as justificativas para aquelas decisões de políticas públicas. E acho que nisso, o próprio órgão de controle tem evoluído também, não é uma coisa estática. Por exemplo, o acórdão que liberou os nossos arrendamentos após esse longo período de discussão, trouxe referências quanto a questão do efetivo papel do tribunal versus o papel do órgão formulador de políticas. É um mecanismo também que gera muita discussão, os interlocutores vão até o tribunal, participam da discussão. Alguns com interesses republicanos, outros nem tanto.

O órgão federal (SEP) tem condições de ter uma abrangência maior nas discussões com a comunidade portuária do que tinha a autoridade portuária local. Por outro lado, tem uma dificuldade que é bem maior do que as autoridades portuárias locais tinham para desenvolver essas discussões localmente. O tamanho do nosso problema é muito maior e expressivo do que a autoridade portuária local tinha. Isso gera em um começo de marco regulatório algumas dificuldades que estão sendo superadas com o tempo. Nosso primeiro movimento de licitação foi próspero, esperamos evoluir cada vez mais.

Mais pessoas estão sendo ouvidas, temos hoje uma melhor estrutura para promover esse debate. Basta lembrar que quando mudou o marco regulatório, a equipe responsável por outorgas na secretaria de portos era formada por duas pessoas. Hoje, já existe uma equipe

formada, com uma certa experiência. Embora com um curto prazo de maturação, essa equipe já passou por uma série de situações diferentes que traz essa experiência, que é importante para qualquer processo. Hoje temos mais estrutura, mais condições, diria até mais tempo para fazer essa discussão mais democrática dos modelos que serão licitados. Cito, como exemplo, para a segunda leva de arrendamentos que está para ser licitada, fizemos ampla discussão com as empresas, com associações, promovidas pelo Ministro aqui da secretaria, com a participação da agência reguladora, com o Ministério do Planejamento, então temos evoluído nesse ponto.

Resposta 4) *A deficiência é estarmos no início dessa nova forma de proceder que a lei trouxe. Por exemplo, quando falamos que temos uma visão de planejamento de longo prazo que nos propicia um melhor endereçamento das nossas concessões e autorizações, não podemos assumir isso como algo ainda perfeito, trata-se de um mecanismo em evolução. Um exemplo que eu dou é o seguinte: temos hoje um modelo oficial de planejamento de longo prazo na Secretaria de Portos que é o Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP. E ele já existe desde 2011/2012, mas está passando por uma atualização. No PNLP, tínhamos um foco muito sobre os portos públicos brasileiros e a gente tem trazido a essa ferramenta de planejamento às outorgas de autorização, ou seja, os terminais de uso privado e estações de transbordo de carga. Temos trazido isso para esse grande instrumento de planejamento e isso é muito importante para que tenhamos um instrumento que efetivamente atenda ao interesse público, dado que uma parte relevante das cargas brasileiras são movimentadas nesses terminais privados. Isso tem sido uma melhoria que está sendo trazida para os instrumentos de planejamento que vai nos possibilitar no futuro próximo uma melhoria regulatória. Hoje não temos isso ainda concluído, é uma deficiência, mas já mapeamos o que é preciso melhorar e estamos trabalhando nisso.*

Citei que a agência reguladora tinha um olhar muito atento sobre as autoridades portuárias, mas não sobre as arrendatárias de terminais. Isso está se desenvolvendo. Uma deficiência hoje é a necessidade de maturação dessa regulação sobre terminais arrendados, inclusive terminais autorizados, e hoje há uma discussão bem acalorada sobre esse papel regulatório da agência sobre os terminais dentro e fora dos portos organizados.

Recentemente, foi aberta consulta pública para norma que versa sobre regulação de terminais públicos e privados, que traz, entre outras questões, a utilização de instalações

arrendadas e autorizadas por terceiros. Há aí uma discussão bem interessante: no caso de um terminal arrendado a um privado que ganhou a licitação, mas dentro de um contexto de porto público, que deve atender ao interesse público, esse terminal deve estar livre de intervenção quanto ao atendimento a outros interessados do porto público ou não? Essa é uma questão importante. Há um arrendatário A que é dono de uma cadeia que vai desde a produção, logística, até o porto, mas há um privado B que também tem sua produção na região, na hinterlândia do porto, mas não tem nenhuma instalação portuária para fazer essa exportação, por exemplo, de granel vegetal. A instalação portuária do privado A tem capacidade ociosa para fazer a movimentação do privado B, ou seja, ele não ocupa toda a instalação portuária com a sua carga produzida e trazida ao porto. O poder público deve "forçar" uma situação de que aquela instalação portuária dentro do porto público atenda ao privado B, desde que remunerado o serviço ao privado A? E então, sob uma análise direta quanto ao interesse público você diria, sim, claro, está dentro do porto público, eu tenho uma produção que atende a balança comercial brasileira do privado B, que deve sim ser atendida por uma instalação portuária dentro do porto público, mesmo que o poder público tenha que impor isso ao privado A. Mas quando se considera a visão do privado A, ele vai dizer: "porque que o privado B se garante na minha instalação e não busca ele mesmo ter instalações dele"? Então, entre esses dois interesses, há que se achar uma solução para o caso específico, não dá para reger isso geral. Tem premissas gerais, mas cada caso desses requer uma regulação específica e um olhar específico, inclusive com uma solução que poder ser um meio termo. "Olha privado A, você tem que fornecer essa instalação por um prazo X que permita que o privado B se instale em um terminal de uso privado e atenda suas cargas". Ou não, sob o ponto de vista do interesse público, até que a carga do privado A chegue no seu ramp-up a ocupar toda sua capacidade, ele tem que atender o B indefinidamente e no prazo. Esse é um pensamento que está evoluindo ao longo do tempo, mas a norma de utilização de instalações portuárias por terceiros, que é uma norma eminentemente regulatória, está em discussão, saiu em consulta pública e tamanha foi a polêmica em cima dela, que ela foi retirada de consulta para ser rediscutida. Eu não diria que é uma deficiência hoje, mas é um ponto a se evoluir. Hoje não há tendência clara de que os arrendatários tenham que disponibilizar o seu arrendamento para carga de terceiros. Se nos terminais autorizados já temos uma visão do marco regulatório de que esse autorizado deixa de ter uma restrição, de não poder movimentar a carga do terceiro e ele passa a ter a prerrogativa de movimentar carga de terceiros, isso significa que ele tem que estar sob um guarda-chuva

de regulação que antigamente ele não teria. Então, há mudança gerando ônus e o bônus, o privado tem que estar ciente disso.

É lógico que todas as associações e empresas vão trabalhar para defender o interesse privado, que é diminuir a regulação. De uma forma geral, o privado vai tentar um ambiente menos regulado e o público vai lutar por regulação, nos casos em que for necessário. Eu entendo que não há uma solução padrão para eu responder a sua pergunta. Entendo que não há uma tendência, e regulação é isso, é análise caso a caso, premissas gerais, mas também análise caso a caso. Em alguns casos pode ser a única solução a disponibilização dessa instalação do privado A para o privado B. Não podemos, ao trabalhar no porto, esquecer de toda a dinâmica, logística de produção e de distribuição de commodities ou produtos beneficiados, então é uma análise caso a caso. E a agência está começando a entrar nesse tema, temos só três anos de mudança de marco, outros setores já têm agências maduras que enfrentaram problemas semelhantes. Me arrisco a dizer que o setor portuário traz uma complexidade maior do que outros setores de regulação do ponto de vista de compatibilizar os interesses públicos e privados, dado que temos formatos diferentes de exploração, por autorização de terminais privados e por arrendamento no porto público, que competem entre si e muitas vezes utilizam de infraestrutura de forma comum.

A.3 – ENTREVISTA COM DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE INFORMAÇÕES PORTUÁRIAS DA SEP/PR – SR. EDUARDO HENRIQUE P. BEZERRA (E-MAIL: eduardo.bezerra@planalto.gov.br)

Resposta 1) *O setor portuário tem um papel relevante para o desenvolvimento econômico de qualquer país. No Brasil, atualmente, o setor representa cerca de 95% do comércio exterior brasileiro.*

Apesar do papel estratégico do setor para o país, este passou um longo período carente de um planejamento que abrangesse o sistema portuário nacional como um todo, cada unidade buscava o seu desenvolvimento de forma isolada. De 1990, com a extinção da Portobrás, até a criação da SEP/PR, em 2007, o setor teve o Ministério dos Transportes como formulador de políticas públicas, concorrendo com o modal rodoviário que, tradicionalmente, é encarado como prioritário por aquela pasta.

Até dezembro de 2012, quando veio o novo marco regulatório, esteve vigente a Lei nº. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, a qual, no meu ponto de vista, não precisaria ser revogada. Bastava, apenas, serem revisados os artigos que tratam dos principais aspectos alterados pelo novo marco.

De qualquer forma, entendendo que se tratou de uma questão de marcar o momento, avalio como positiva a edição do novo marco legal, que declarou a SEP/PR como poder concedente, estabelecendo, claramente, um modelo centralizador do planejamento do sistema portuário, e redefiniu competências institucionais importantes para nortear a implementação das políticas públicas. Entendo que o novo marco legal está cumprindo o seu papel que é fazer frente às necessidades ensejadas pela expansão da economia brasileira, com ganhos de eficiência, ampliação da infraestrutura, estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e aumento da movimentação de cargas, conseqüentemente, possibilitando a redução do custo Brasil.

Além de um planejamento estratégico centralizado no órgão formulador de políticas públicas, outro ponto que merece destaque é o fato do novo marco ter eliminado a distinção entre movimentação de carga própria e carga de terceiros no caso da exploração das instalações portuárias autorizadas, o que, no meu ponto de vista, é uma decisão acertada, que vai ao encontro da busca pela redução do custo Brasil. Atentando que, independentemente da existência de dois regimes, um dentro do porto público e outro fora dele, a exploração dos portos organizados e instalações será por conta e risco dos investidores.

Resposta 2) *Não sei se a palavra “intervenção” seria a mais apropriada, mas entendo que a regulação beneficia o setor portuário, principalmente pelas particularidades deste. Nesse contexto, entendo que a legislação possibilita ações isoladas ou conjuntas que podem evitar assimetrias. A regulação é importante para auxiliar na arbitragem de conflitos de interesses, impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração contra a ordem econômica. Pode, inclusive, ser calibrada conforme o ambiente concorrencial, ou seja, maior competição menor regulação.*

Resposta 3) *Sim, entendo que a satisfação do interesse público, advém das políticas públicas estabelecidas, onde estas constituem princípios, objetivos, metas e programas que*

orientam a atuação do Estado, dos agentes públicos e privados e a eficiente alocação de recursos.

Tendo como um de seus principais objetivos a busca pela redução do custo Brasil pela ampliação da infraestrutura portuária, prioritariamente, com recursos privados, a SEP/PR conduz programas como o Programa Nacional de Dragagem- PND e o Programa de Arrendamentos Portuários – PAP, vem trabalhando fortemente na autorização de terminais privados, e editou normativos para orientar a prorrogação antecipada de contratos de arrendamento em portos públicos, mediante realização de investimentos.

Além disso, desenvolve uma série de instrumentos de planejamento que estabelecem as diretrizes para o desenvolvimento do setor (PNLP, PGO e Planos Mestres), bem como aprova as propostas de desenvolvimento e zoneamento apresentadas pelas autoridades portuárias brasileiras.

Resposta 4) *No que tange o respeito à satisfação do interesse público, entendo que há melhorias a serem implementadas, como, por exemplo, uma melhor avaliação da metodologia de revisão dos instrumentos de planejamento, frente, principalmente, a autorização de terminais, que tem um processo extremamente simplificado e acontece provocada pelo particular. Em síntese, tratando-se de um processo extremamente dinâmico, os efeitos gerados pelos terminais autorizados devem ser melhor avaliados nos instrumentos de planejamento, tanto para nortear novas licitações quanto para viabilizar a autorização de novos terminais.*

A.4 – ENTREVISTA COM GERENTE DA ANTAQ (SOLICITOU PARA NÃO SER IDENTIFICADO)

Resposta 1) *O novo marco regulatório tem claros avanços diante do marco anterior, entre eles: incentiva a concorrência dos portos públicos com os TUPs; centraliza o planejamento e as diretrizes do setor na Governo Federal (SEP); traz ao marco a figura da Antaq e suas atribuições, que por questão temporal não era citada no marco anterior; dentre outros. Entretanto, alguns claros avanços da Lei nº 8.630/93 foram abandonados, a exemplo do Conselho de Autoridade Portuária – CAP e a meu ver, a equalização de regras dos TUPs e Portos Públicos, relativas à movimentação da carga de terceiros. Discutiu-se muito à época se haveria realmente a necessidade de se publicar um novo marco ou se seria necessário*

apenas um aperfeiçoamento do marco anterior, tendo em vista que muitas das principais inovações poderiam ser implementadas via novo decreto regulamentador da Lei. Nessa linha, está claro que houveram claros impactos negativos para a continuidade de empreendimentos que já estavam “maduros” e que tiveram de ser postergados dada a necessidade de revisão e adaptação de todo um arcabouço normativo até então vigente. Entendo também, que deveria ser incentivado a participação da iniciativa privada naqueles empreendimentos que pudessem ser auto remunerados, a exemplo da dragagem, e não restrito aos cofres públicos com delineado no novo marco.

Resposta 2) *Na minha opinião, embasada na experiência internacional, infraestrutura é questão de Estado e deve contar com a participação da iniciativa privada, nos moldes do preconizado no marco anterior, podendo até ser expandido para a privatização da gestão portuária, além da operação. Entretanto, sempre deverá haver a mão do estado orientando o planejamento e as diretrizes da gestão, de modo ao preservar o interesse público e estratégico envolto na atividade portuária.*

Resposta 3) *Sim, em especial as diretrizes elencadas no Art. 3º, e aqueles atribuídos à competência da Antaq, que não estavam abarcados em sua totalidade no marco anterior pela clara inexistência de órgão regulador específico ao tempo de sua publicação (a exemplo do Art. 7º etc).*

Resposta 4) *Entendo que devido à falta de cultura regulatória no setor portuário e a necessidade de se implementar à ANTAQ com servidores oriundos de diversas áreas, em um primeiro momento, dificultou ou atrasou a implementação de medidas regulatórias mais objetivas e eficazes. Assim, foram postergadas ações visando apurar a satisfação dos usuários diante dos serviços prestados, que entendo deve ser o foco a ser enfatizado de agora em diante.*

A.5 – ENTREVISTA COM EX CHEFE DO DEPARTAMENTO FINANCEIRO DA ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA – SR. LUIZ FERNANDO SILVA (E-MAIL: luizfernando.silva@portosdobrasil.gov.br)

Resposta 1) *O novo marco regulatório, em grande parte, contribuiu para do Setor Portuário brasileiro, vendo-o como uma evolução da Lei nº 8.630/93. Trouxe elementos inovadores, mas, por outro lado, manteve pontos críticos do marco legal anterior.*

Resposta 2) *Certamente, na medida certa, a intervenção do Estado na atividade portuária é essencial para harmonizar os interesses de empresas que atuam em um ambiente fortemente concorrencial. Essa necessidade advém também pela característica do setor portuário brasileiro, em que o agronegócio tem um peso importante, com a característica de uma cadeia verticalizada.*

Resposta 3) *O novo marco regulatório trouxe mecanismos eficientes, principalmente quando estimulou/facilitou os investimentos em áreas privadas e determinou a revisão das poligonais dos portos públicos.*

Resposta 4) *Em minha opinião, em com uma visão da Autoridade Portuária local, a centralização de toda a decisão portuária, seja na SEP/PR ou na ANTAQ, trouxe um relativo atraso no desenvolvimento dos portos, principalmente quando pensamos nos arrendamentos portuários. A época dos estudos para implantação da MP 595/12 foi constatado um grande problema de gestão das Autoridade Portuárias. Com a edição da Lei, aquelas Autoridades Portuárias locais com forte gestão e competência acabaram sendo penalizadas e foram as principais companhias que sofrerão o reflexo da centralização. Devia-se pensar em estruturação na escolha dos dirigentes portuários ao invés da centralização.*

Deixo claro que a minha crítica à centralização dos processos não é referente à competência dos profissionais da SEP ou ANTAQ, e sim pela estrutura organizacional que à época não se encontrava adequada para assumir o volume de processos de todos os portos brasileiros.

B – PROCEDIMENTOS DE ACOMPANHAMENTO E CONDICIONANTES DO TCU REFERENTES AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

B.1 – PROCEDIMENTOS DE ACOMPANHAMENTO DO TCU REFERENTES AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

Foram realizados, no âmbito do TCU, os seguintes procedimentos de acompanhamento referentes ao PAP:

- 15/10/2013 – Autuação, no TCU, do Processo TC 029.083/2013-3, para análise dos editais de licitação referentes ao Bloco 1 do Programa de Arrendamentos Portuários do Governo Federal (Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e terminais de Outeiro e Miramar).
- 11/12/2013 – Exarado Acórdão nº 3.661/2013/TCU-Plenário, que condicionou a publicação dos editais de licitação à adoção de 19 providências:

9.1. condicionar a publicação dos editais das licitações para a concessão dos arrendamentos de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e Terminais de Outeiro e Miramar, constantes do primeiro bloco daqueles previstos na Portaria 38/2013, emitida pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR), à adoção das seguintes providências:

9.1.1. realização das alterações necessárias no texto do estudo de demanda, de modo a compatibilizar a previsão da navegabilidade do complexo Araguaia-Tocantins em relação ao que prevê o Plano Hidroviário Estratégico e as planilhas de cálculo da demanda, ou seja, que se trata de hipótese de longo prazo;

9.1.2. uniformização dos seguintes dados do estudo de demanda e das planilhas dos EVTEAs, de forma a eliminar as discrepâncias observadas: i) STS04: capacidade em 2016 de 1,8 milhões de toneladas; ii) VDC04: início das operações em 2017 e alcance da capacidade plena em 2019; e iii) VDC29: início das operações em 2019;

9.1.3. ajuste das projeções de demanda relativas ao terminal VDC29, de forma que os volumes projetados para cada um dos novos terminais de grãos sólidos vegetais da região norte, somados, não ultrapassem a projeção da captura de carga futura destinada aos portos daquela região, estabelecida em 36% nos EVTEAs;

9.1.4. finalização dos estudos determinados pelo acórdão 2.896/2009 – Plenário e incorporação dos estudos de concorrência inter e intraportos na modelagem dos terminais, em observância ao art. 7º, inciso III, da Lei 8.987/1995, ao art. 3º, caput e inciso V, da Lei 12.815/2013, com vistas à promoção da modicidade tarifária, em respeito ao art. 6º, caput e § 1º, da Lei 8.987/1995, e ao art. 3º, inciso II, da Lei 12.815/2013;

9.1.5. apresentação de elementos suficientes à aferição dos quantitativos estimados em projeto, detalhando informações técnicas que permitam exata vinculação entre os projetos conceituais e as quantidades e preços dos itens que o compõe, de modo a fundamentar a projeção total de investimentos;

9.1.6. exclusão da parcela de 14,25% referente a “taxas de construção locais” incidente sobre os preços de cada serviço previsto nos projetos conceituais dos arrendamentos (com exceção dos equipamentos), por acarretar sobre investimento decorrente da aplicação, em duplicidade, de rubrica já embutida nas amostras que serviram de base para a obtenção dos preços referenciais;

9.1.7. realização do levantamento dos valores de mercado dos equipamentos referidos nos estudos de viabilidade, de preferência cotados em moeda nacional, justificando fundamentadamente a incidência ou não de impostos e outros adicionais aos preços cotados, bem como os casos em que, dado o alto grau de especificidade

do equipamento, seja inviável a realização de pesquisa de mercado e revisão das projeções de gastos com equipamentos dos arrendamentos, se for o caso;

9.1.8. elaboração de metodologia clara e objetiva para definir a forma de levantamento dos bens reversíveis existentes nas áreas consideradas *brownfield* a serem licitadas, de suas condições de conservação e de definição de seus valores, motivando de forma adequada, inclusive, a opção de não efetuar diagnóstico de todos os bens, se for o caso;

9.1.9. realização do levantamento referido no subitem anterior e revisão das projeções de novos investimentos e de custos operacionais dos projetos a serem licitados, de forma a atualizar o valor dos aluguéis das áreas e as tarifas resultantes do fluxo de caixa, nos casos em que houver tal necessidade;

9.1.10. cômputo do valor de ressarcimento do EVTEA de cada terminal como item de investimento (CapEx-projetos), dentro do primeiro ano de arrendamento, de modo que o fluxo de caixa esteja compatível com a obrigação, contida na Minuta do Edital, de o vencedor do leilão arcar com essa despesa previamente à celebração do contrato;

9.1.11. revisão das projeções de despesas com pessoal administrativo do VDC12, com base em metodologia prevista no modelo, e efetivação dos ajustes necessários no fluxo de caixa do projeto;

9.1.12. fundamentação dos custos do componente F04 - Geral e Administrativa, indicando referências e fontes de informação utilizadas, de forma que seja demonstrada a razoabilidade da metodologia e dos valores empregados;

9.1.13. justificação das tarifas e fundamentação, de maneira consistente, da metodologia de coleta das tarifas utilizadas na alimentação dos fluxos de caixa, sem olvidar as pesquisas técnicas contratadas junto à USP oriundas do Convênio de Cooperação Técnica 1/2010, firmado com aquela instituição, objetivando dar cumprimento à determinação contida no item 9.1.3.1 do acórdão 1.904/2009 – Plenário;

9.1.14. estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade constantes de concessões portuárias;

9.1.15. revisão da modelagem empregada no STS13, de forma que as tarifas estabelecidas sejam devidamente fundamentadas a fim de refletir a variedade de cargas movimentadas no terminal;

9.1.16. ajuste dos valores das tarifas adotadas nos terminais VDC29, OUT01, OUT02, OUT03 e STM01, de modo que fiquem compatíveis com as premissas adotadas para definição de tais valores, sem o artifício de aumentá-las para tornar viável o fluxo de caixa dos projetos;

9.1.17. inclusão em todos os contratos de arrendamentos portuários de cláusula de revisão tarifária periódica, que contemple a definição da tarifa-teto, observando a metodologia a ser definida pela Antaq, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato;

9.1.18. realização das alterações que se farão necessárias, relativamente ao Porto de Santos, em decorrência da edição da Lei Complementar 813/2013, do Município de Santos, inclusive quanto aos eventuais ajustes nas projeções de demanda, caso ocorra a realocação do terminal STS04;

9.1.19. apresentação de estudos consistentes para a definição dos parâmetros de desempenho atribuídos a cada terminal, demonstrando seu alinhamento ao objetivo de incremento dos resultados e sua compatibilidade com indicadores de eficiência adotados por portos de excelência, em nível mundial; [...]

9.8. determinar à SefidTransporte que avalie as medidas e os fundamentos adotados para cumprimento das providências assinaladas no subitem 9.1. retro e, se necessário, represente imediatamente ao tribunal; [...]

- 30/12/2013 – AGU apresentou Pedido de Reexame em face do Acórdão nº 3.661/2013, reconhecendo a contribuição do acórdão para o aprimoramento dos procedimentos licitatórios, mas fazendo ressalvas sobre um de seus itens (9.1) e quatro de seus subitens: (9.1.13; 9.1.14; 9.1.15 e 9.1.17), agrupados em três temas: condicionamento de que todas as providências sejam atendidas para que se publique os editais de licitação; necessidade de utilização dos

estudos da USP para definição das tarifas utilizadas nos estudos; e, imposição de tarifas-teto para todos os terminais do programa.

- 24/1/2014 – Protocolado no TCU documento atestando o atendimento de 15 das 19 providências indicadas nos subitens do Acórdão nº 3.661/2013.
- 25/2/2014 – Autuado no TCU o Processo nº 004.440/2014-5 (atualmente apensado ao processo principal 029.083/2013-3), para monitoramento das condicionantes estabelecidas no Acórdão nº 3.661/2013.
- 11/6/2014 – Exarado (no Processo nº 004.440/2014-5) o Acórdão nº 1.555/2014, atestando o cumprimento parcial de 15 das 19 condicionantes:

9.1. considerar prejudicadas as condicionantes constantes dos itens 9.1.4 e 9.1.18 do acórdão 3.661/2013 – Plenário;

9.2. considerar cumpridas as condicionantes constantes dos itens 9.1.1, 9.1.2, 9.1.3, 9.1.5, 9.1.6, 9.1.7, 9.1.8, 9.1.9, 9.1.10, 9.1.11, 9.1.12, 9.1.16 e 9.1.19 do acórdão 3.661/2013 – Plenário;

9.3. considerar parcialmente cumprida a condicionante constante do item 9.1.13 do acórdão 3.661/2013 – Plenário, especificamente no que se refere à parte da redação não recorrida;

9.4. alertar a Secretaria de Portos da Presidência da República e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários que, em face da ausência de uma avaliação sistemática e consistente de indicadores de performance de portos internacionais de notória eficiência, os estudos de viabilidade não são capazes de assegurar que o setor portuário brasileiro apresentará desempenho que o situe em nível competitivo no cenário internacional e tampouco evidenciam que as melhorias nos portos nacionais, apesar de existentes, se darão em patamar compatível com a eficiência delineada para o sistema portuário, consoante exigido pelo novo arcabouço normativo;

9.5. determinar à Secretaria de Portos da Presidência da República e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários que:

9.5.1. fixem a produtividade de movimentação de veículos do terminal STS10 a partir de uma análise histórica do mix de veículos movimentados naquele terminal e de suas projeções futuras, ponderando os respectivos tempos médios de movimentação e aplicando sobre tais resultados as produtividades médias internacionais “roll-on, roll-off” obtidas pela agência;

9.5.2. façam constar dos documentos que comporão as licitações todas as explicações encaminhadas a esta Corte sobre os quantitativos dos projetos, de forma a que os licitantes venham a ter informações mais completas sobre o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental desenvolvido pelo poder público;

9.5.3. envidem esforços para coleta de parâmetros de desempenho apresentados em portos internacionais e elabore base de dados que possibilite comparação dos indicadores de portos brasileiros com aqueles correntes no cenário mundial, celebrando, para tanto, se necessário, convênios e acordos com agências internacionais congêneres e outras instituições de pesquisa;

9.6. dar à Casa Civil, à Secretaria de Portos da Presidência da República e à Agência Nacional de Transportes Aquaviários ciência de que:

9.6.1. por meio do Aviso 9/2012/SEP/PR, de 24/1/2014, foram encaminhados a este Tribunal documentos sem timbre, data ou assinatura da equipe que os produziu, em afronta ao item 9.4 do acórdão 3.661/2013-Plenário;

9.6.2. foram autuados neste Tribunal os processos 007.001/2013-4, 031.834/2013-2, 032.891/2013-0, 033.518/2013-0, 032.950/2013-6, 029.596/2013-0 e 002.988/2014-3, pendentes de apreciação por esta Corte, que tratam de irregularidades concernentes a legalidade, legitimidade, eficiência e economicidade das concessões e que podem impactar na realização dos processos de outorga;

9.7. apensar os autos ao TC 029.083/2013-3, nos termos do art. 36, caput, da Resolução TCU 259/2014.

- Na sequência, o Deputado Federal Augusto Rodrigues Coutinho de Melo opôs embargos de declaração, alegando supostas omissões e contradições no Acórdão nº 1.555/2014, que havia atestado o cumprimento parcial de 15 das 19 condicionantes. O embargante alegou, em suma, que: cabe ao Poder Legislativo monitorar os gastos públicos, com o auxílio do TCU; na condição de autor de representação autuada sob o nº TC 012.687/2013-8 (que questiona a legalidade da Portaria nº 38/2013, da SEP/PR) dispõe ele de legitimidade para defender os interesses da Nação; e, que os fatos apontados na referida representação guardam sintonia com o objeto do processo TC 004.440/2014-5.
- *18/7/2014* – Despacho da Ministra Ana Arraes conhecendo os embargos de declaração opostos pelo Deputado Federal Augusto Rodrigues Coutinho de Melo.
- *25/7/2014* – AGU interpôs agravo em face do despacho que conheceu de embargos de declaração opostos pelo Deputado Federal Augusto Rodrigues Coutinho de Melo, alegando ilegitimidade do embargante, sob o fundamento de que o parlamentar não seria parte, nem terceiro interessado, no processo em questão.
- *12/11/2014* – TCU proferiu o Acórdão 3143/2014, negando o provimento ao Agravo interposto pela AGU.
- *11/3/2015* – Em Sessão Ordinária do Plenário do TCU, o Ministro Vital do Rêgo pediu vistas do Processo nº 029.083/2013-3.
- *15/4/2015* – Em Sessão Ordinária do Plenário do TCU, foram conhecidos e julgados improcedentes os Embargos de Declaração do Deputado Federal Augusto Rodrigues Coutinho, e o Ministro Walton Alencar Rodrigues pediu vistas do Processo nº 029.083/2013-3.
- *6/5/2015* – TCU proferiu o Acórdão nº 1077/2015 (BRASIL, 2015c), liberando as licitações do Bloco 1 do PAP.

B.2 – CONDICIONANTES DO TCU REFERENTES AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

A seguir, foram relacionadas condicionantes identificadas em acórdãos do TCU, para cumprimento pela SEP/PR e pela Antaq, antes das licitações do PAP.

- Acórdão nº 3661/2013 (BRASIL, 2013d):
 - Fundamentar a política tarifária a ser aplicada em todos os estudos de viabilidade das concessões de arrendamentos portuários, envolvendo uma análise regulatória, econômica, concorrencial e de custo-benefício, que permita avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade do estabelecimento de tarifas reguladas ou do regime de preços (liberdade tarifária). (redação alterada pelo Acórdão nº 1077/2015)

- Revisar modelagem empregada no STS13, de forma que os preços ou tarifas estabelecidas sejam devidamente fundamentadas, a fim de refletir a variedade de cargas movimentadas no terminal. (redação alterada pelo Acórdão nº 1077/2015)
- Incluir, nos contratos de arrendamentos portuários submetidos à regulação tarifária, cláusula de revisão tarifária periódica, observando a metodologia a ser definida pela Antaq, de forma a manter a modicidade tarifária e o equilíbrio do contrato. (redação alterada pelo Acórdão nº 1077/2015)
- Acórdão nº 1532/2014 (BRASIL, 2014e):
 - Alterar as minutas de edital e contrato do Bloco I, de forma a incluir cláusula prevendo expressamente a solidariedade entre o operador portuário e o arrendatário no caso dos eventos descritos nos incisos I, II e III, do art. 26 da Lei 12.815/2013.
- Acórdão nº 1553/2014:
 - Incluir, previamente à publicação dos editais dos terminais de combustíveis de siglas VDC12, VDC25, VDC26, VDC27 e VDC28:
 - na documentação específica da licitação referente aos arrendamentos em epígrafe – instrumento convocatório, minuta de contrato e diretrizes técnicas –, a previsão expressa de que cabe ao futuro arrendatário do VDC12 a implantação dos dutos de conexão entre o berço e suas instalações de armazenagem, cabendo aos terminais de distribuição a ligação de suas próprias instalações ao VDC12;
 - entre as cláusulas específicas das minutas contratuais do terminal VDC25, regra que permita ao operador da área arrendada em Vila do Conde a continuidade das atividades em Miramar por prazo superior a 5 (cinco) anos no caso de sobrevir atraso na implantação do novo terminal, a fim de evitar a descontinuidade do serviço de movimentação de combustíveis na região, a despeito da aplicação das penalidades cabíveis ao arrendatário, caso verificada sua responsabilidade no atraso;
- Acórdão nº 1555/2014:
 - Fixar a produtividade de movimentação de veículos do terminal STS10 a partir de uma análise histórica do *mix* de veículos movimentados naquele terminal e de suas projeções futuras, ponderando os respectivos tempos médios de movimentação e aplicando sobre tais resultados as produtividades médias internacionais *roll-on, roll-off* obtidas pela agência;
 - Fazer constar dos documentos que compõem as licitações todas as explicações encaminhadas a esta Corte sobre os quantitativos dos projetos, de forma a que os licitantes venham a ter informações mais completas sobre o Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental desenvolvido pelo poder público;

- Acórdão nº 2907/2014:
 - Incluir, previamente à publicação dos editais dos terminais de combustíveis de siglas VDC12, VDC25, VDC26, VDC27 e VDC28:
 - entre as cláusulas específicas das minutas contratuais dos terminais VDC25, VDC26 e VDC27, regra que permita ao operador da área arrendada em Vila do Conde a continuidade das atividades em Miramar por prazo superior a 5 (cinco) anos no caso de sobrevir atraso na implantação do VDC12, a fim de evitar a descontinuidade do serviço de movimentação de combustíveis na região;
 - entre as cláusulas específicas das minutas contratuais dos terminais VDC26 e VDC27, regra que permita ao operador da área arrendada em Vila do Conde a continuidade das atividades em Miramar por prazo superior a 5 (cinco) anos no caso de sobrevir atraso na implantação das novas áreas a serem operadas por cada arrendatário em Vila do Conde, a fim de evitar a descontinuidade do serviço de movimentação de combustíveis na região, sem prejuízo da aplicação das penalidades cabíveis ao concessionário, caso verificada sua responsabilidade no atraso;
 - na documentação relativa ao certame do VDC28, cláusula que estabeleça a inaplicabilidade de penalização do seu arrendatário se houver retardamento do início de suas atividades em decorrência de atrasos na implantação do VDC12;
 - Proceder, antes da publicação do edital de concorrência para concessão da área do terminal BEL09, em Miramar/PA, ao levantamento da parcela não amortizada dos investimentos realizados pela atual arrendatária em bens incorporados ao novo arrendamento e, se necessário, ajustar as projeções de investimentos;
- Acórdão nº 3286/2014:
 - Escalonar as obras de reforço estrutural e dragagem do cais do Saboó, de modo a garantir que ocorram apenas quando houver algum tipo de prioridade ou exclusividade para a atracação de embarcações do tipo *roll-on, roll-off* em parte do cais disponível ao futuro arrendatário do terminal STS10, procedendo às respectivas modificações dos Estudos de Viabilidade Técnica e Econômico-Financeira, se necessárias;
 - Modificar a redação dos itens 7.4.1.1 e 7.4.1.2 das diretrizes técnicas do arrendamento STS10, de modo a tornar claro que:
 - a necessidade de manter 300 m durante a execução das obras previstas diz respeito apenas à Fase I do contrato;
 - a expressão “oeste-leste” empregado no item 7.4.1.1 serve apenas para identificar a posição do trecho a ser reforçado/dragado, não denotando o sentido em que as obras devem ser realizadas;
 - Alterar as minutas de edital e contrato do terminal STS10, de modo a incluir dispositivo que isente o futuro arrendatário das tarifas que envolvem a

utilização do cais no Porto de Santos, conforme as premissas adotadas nos estudos de viabilidade do terminal;

- Avaliar a conveniência de alterar o *mix* de cargas indicado para o terminal STS10, de forma a contemplar uma maior captura da demanda potencial de veículos indicada nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, tendo em vista que a demanda não capturada por aquele terminal somente poderá ser escoada pelo Terminal de Veículos – TEV, com riscos de repressão da demanda em face da possível falta de capacidade operacional daquele TEV e de inexistência de real competição intraporto, como consequência da alta concentração desse tipo de carga no TEV;
- Acórdão nº 1077/2015 (BRASIL, 2015c):
 - Remeter ao TCU, para análise no próximo estágio do processo de desestatização, os critérios utilizados para a fundamentação da política tarifária de cada arrendamento, de maneira a evidenciar as diferentes estratégias regulatórias, inclusive quanto à alimentação do fluxo de caixa, especialmente quando forem adotadas soluções tarifárias distintas entre terminais análogos, bem assim os mecanismos de proteção aos direitos dos usuários em caso de aplicação do regime de liberdade tarifária.
 - Fazer expressa menção, se for o caso, no edital de licitação da área STS-4, do Porto de Santos, do Bloco I, a quaisquer restrições judiciais, a exemplo da existência da ADPF 316, que tramita no STF, com medida cautelar concedida a favor da União, bem como administrativas que, na época da realização do referido certame, incidam sobre a determinada área licitada e que possam, no futuro, causar impacto na eventual contratação decorrente.