

PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL NOS PROCESSOS DE REVISÃO TARIFÁRIA DOS PORTOS ORGANIZADOS BRASILEIROS

TRANSPARENCY, PORT TARIFFS AND NEW RATES APPROVAL: A REVIEWS OF BRAZILIAN PROCEDURE

Sandro José Monteiro¹

RESUMO: Este trabalho avalia os procedimentos regulados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ nos eventos de revisão tarifária das administrações portuárias a partir do advento da edição da Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019. O texto contextualiza o cabimento de sigilo concorrencial e comercial dos documentos enviados pelas administrações portuárias nesse âmbito, bem como a dispensabilidade de procedimento prévio de audiência e consulta pública aos atos decisórios relacionados. A hipótese é que os mecanismos de participação social já previstos nos demais normativos da Agência Reguladora são suficientes para atender aos princípios da transparência, publicidade e da participação social.

PALAVRAS-CHAVE: Tarifas, Portos, Revisão Tarifária, Regulação Econômica, Transparência.

ABSTRACT: This work evaluates the national procedures to regulate tariff of brazilian's port administrations. The text contextualizes the documents confidentiality sent by the port administrations, as well as the dispensability of a previous public hearing procedure to decide about the new tariff level. The hypothesis is there are others mechanisms for social participation, and those are sufficient to meet the principles of transparency and accountability.

KEYWORDS: Tariffs, Ports, Economic Regulation.

1 INTRODUÇÃO

A revogada Lei nº 8.630, de 1993, a antiga Lei de Modernização dos Portos, o primeiro marco regulatório do setor após a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi criada

¹ Mestre em Engenharia Elétrica pela USP. Especialista em regulação de transporte na Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.



muito antes da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ) que passou a existir de fato somente em fevereiro de 2002, após a publicação do Decreto nº 4.122, de 2002.

Na revogada Lei nº 8.630, de 1993, havia o art. 30 e art. 51, concedendo amplos poderes deliberativos ao Conselho de Autoridade Portuária (CAP), a saber:

Art. 30. Será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária.

§ 1º Compete ao Conselho de Autoridade Portuária:

(...)

VIII - homologar os valores das tarifas portuárias;

IX - manifestar-se sobre os programas de obras, aquisições e melhoramentos da infra-estrutura portuária;

(...)

§ 2º Compete, ainda, ao Conselho de Autoridade Portuária estabelecer normas visando o aumento da produtividade e **a redução dos custos das operações portuárias**, especialmente as de contêineres e do sistema roll-on-roll-off.

(...)

Art. 51. As administrações dos portos organizados devem adotar estruturas de **tarifas adequadas** aos respectivos sistemas operacionais, em substituição ao modelo tarifário previsto no Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934, e suas alterações.

Parágrafo único. As novas estruturas tarifárias **deverão ser submetidas à apreciação dos respectivos Conselhos de Autoridade Portuária**, dentro do prazo de sessenta dias. (grifo nosso)

O CAP é um órgão externo das administrações portuárias, isto é, as entidades públicas gestoras dos portos organizados. Cada porto público possui um CAP. No Marco Regulatório de 1993, detinham um *mix* de papel consultivo e deliberativo. Na verdade, eram entendidos, *a priori*, como um mecanismo de governança mais participativo, visando representação múltiplas e paritárias dos interesses locais, seja dos empresários, dos trabalhadores e das autoridades municipais (*stakeholders*). Tinha como objetivo aumentar a transparência e a responsabilização (*accountability*) da gestão pública nos portos. Ou seja, um instrumento de relacionamento do governo federal com a sociedade, já que os portos públicos são explorados pela União. Era a onda do *New Public Management* (NEW), alinhada à Reforma Administrativa de Bresser-Pereira, por um controle mais social do que governamental, baseado em resultados e na

satisfação do “cliente”. Buscava-se uma horizontalidade nas relações do poder público com a sociedade.

Contudo, rapidamente os CAPs se tornaram uma potencial fonte de desalinhamento estratégico, pois o poder deliberativo ganhou força de veto às ações estruturantes não compatíveis com as demandas dos componentes de cada CAP. Os CAPs não necessariamente estavam engajados com o bem comum, certas vezes agindo para privatizar os benefícios e socializar o ônus com o poder público. Nem sempre o fortalecimento do CAP coincidiu com o aumento do desempenho e eficiência das administrações portuárias.

Dentro do arranjo institucional setorial, a partir da criação da ANTAQ, em 2002, a instituição CAP perdeu muito do seu sentido de existência em termos do seu papel original de prestação de contas e controle externo. Em 2007, a partir da criação da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, com *status* de Ministério (atual Secretaria Nacional de Portos, do Ministério da Infraestrutura), inclusive a função de supervisão, coordenação, planejamento e intermediação de interesses e conflitos foi novamente concentrada no aparelho burocrático, tipicamente (e com sucesso) como é realizado nas demais políticas públicas de infraestrutura econômica.

Contudo, a situação perdurou até 2013, quando foi reformulado o marco setorial pelo art. 20 da Lei nº 12.815, de 2013, a chamada Nova Lei dos Portos, tornando o CAP apenas consultivo:

Art. 20. Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto.

Nesse intervalo (2002 a 2013), cabia à ANTAQ aprovar as tarifas portuárias mediante proposta de cada Administração Portuária, porém, podia o CAP não homologar os valores (ou homologar valores em outro patamar abaixo, aquele que entendesse "adequado"), de modo que a decisão regulatória nunca era certa de ser cumprida na prática.

Vinte anos desse estado de coisas explicam (parcialmente) hoje a virtual incapacidade dos portos em expandir com recursos próprios a infraestrutura portuária e a sua inegável



dependência de receitas patrimoniais. Essa, aliás, é a opinião do Tribunal de Contas da União, quando emitiu o seu Acórdão Plenário nº 1.904/2009. A partir da Lei nº 12.815, de 2013, coube a ANTAQ não somente aprovar, mas também promover os reajustes e revisões tarifárias, isto é, um papel proativo.

Nesse contexto, a Resolução Normativa ANTAQ nº 32, de 2019 (RN 32/2019), tratando da normatização de procedimentos de revisão e reajuste das tarifas portuárias, dispensou o dispositivo de consulta ou audiência pública prévia à decisão da ANTAQ ou da administração portuária. A legislação não obriga a participação da sociedade nesse processo decisório, em nenhuma das etapas.

A RN 32/2019 optou por uma abordagem concentradora dos controles na própria Agência, entendendo que a administração portuária, no século XXI, está dentro de um contexto globalizado de concorrência entre portos, isto é, já existem pressões naturais do lado da demanda suficientes ao incentivo à eficiência de preços. O gestor do porto público deve enviar uma série de informações sobre custos operacionais, a produtividade e o valor agregado do serviço para os usuários, informando ainda a rentabilidade esperada para os investimentos que serão necessários. Caso discorde com o resultado final do processo de revisão tarifária, a administração portuária pode adotar instrumentos previstos na própria norma, tais como o deferimento, caracterizado com uma postergação da adoção dos preços, seja em tempo, seja em percentual.

Entretanto, existem *stakeholders* que ainda sustentam o retorno do poder de veto do CAP ou mesmo que a administração portuária ou a ANTAQ submetam o resultado final do processo de revisão tarifária primeiramente à sociedade antes da homologação. É que discutiremos agora.

Logo, este trabalho visa identificar o nível de compatibilidade jurídica dos procedimentos de revisão e reajuste dos portos organizados levados à cabo pela Agência Reguladora Federal do setor de transporte aquaviário com os princípios da publicidade e da participação social, avaliando as normas e leis existentes, bem como as práticas usuais do Regulador.



2 A TARIFA PORTUÁRIA

Define-se Tarifa Portuária como o preço-público ofertado pelas administrações portuárias brasileiras pelos fornecimentos dentro do respectivo porto organizado sob sua gestão comercial. Consta de uma tabela de preços, chamada, dentro do jargão setorial, de tabela tarifária. É concretizada mediante requisição, usualmente verbal, ou seja, sob demanda, sem qualquer espécie de contrato individual entre as partes. A requisição verbal é viabilizada pela existência do Regulamento do Porto, que é uma espécie de contrato de adesão, que disciplina o funcionamento normal das operações.

É também considerada um preço público, não uma taxa² (espécie de tributo). Nesse escopo, o setor portuário muito se preocupa com o nome da coisa (ex.: tarifa, tarifa de serviço, preço público, preço privado etc.) sem de fato se deter na essência. Por essa razão, as constantes incorreções técnicas dos legisladores e administradores públicos não determinam o regime a ser aplicado: o nome não define o regime jurídico regulador da exação, ou melhor, o rótulo não determina o conteúdo; é o conteúdo que vale (BALEEIRO, 2015).

No setor portuário, o preço-público tem origem em um contrato firmado entre uma pessoa jurídica e a União, para que esse obtenha o direito (e o dever) de explorar uma área e prestar um serviço, geralmente um serviço público ou uma atividade privada, ainda que de interesse público ou parte significativa de uma infraestrutura essencial a outras atividades econômicas essas sim com potencial de afetar a sobrevivência ou a qualidade de vida humana.

Naturalmente, em nosso caso, o valor da transação é assumido voluntariamente ou facultado por quem tem a intenção de usar um serviço disponibilizado, não se tratando, portanto, de obrigação compulsória proveniente da legislação. Logo, afastada a natureza de tributo ou de taxa (taxa no sentido estrito, pois me permito utilizar a palavra no sentido usual do jargão setorial, que é oposto à definição doutrinária) das cobranças portuárias.

Em outros termos, a tarifa portuária é devida somente por aquele que se aproveita economicamente do serviço prestado, exatamente por não ser compulsória. Como tal tarifa não

² Súmula 545 do STF: Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm a sua cobrança condicionada a prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.



está sujeita ao contexto tributário, portanto, não há que se falar em lei prévia para sua instituição nem imunidade recíproca entre os entes federados e tão pouco nas vedações previstas no arts. 150 a 156 da Constituição de 1988, embora muitos dos princípios gerais (generalidade, cumulatividade, universalidade e progressividade, por exemplo) e outros conceitos (como, o do sujeito passivo e ativo, além da substituição) que ali constam sejam aplicados (e aplicáveis) à prática portuária, em virtude, principalmente, do contexto histórico dos portos e a sua ligação intrínseca com a aduana e a arrecadação de impostos de importação ou exportação.

Não associamos as tarifas portuárias ao conceito tradicional de taxa. No contexto portuário, tarifa, ou preço, ao contrário da taxa, sempre se refere a um serviço efetivamente prestado e usufruído a qualquer título, isto é, depende de uma contraprestação efetiva. É serviço específico e divisível, prestado ao usuário mediante remuneração justa e razoável, pagamento de tarifa ou de preço.

O requisito da divisibilidade defendido por Hely Lopes MEIRELLES (2002) endossa a visão clássica, assumida pelos normativos da Agência, que existem serviços *ut singuli* e os *ut universi*. Divisível (*ut singuli*) é o serviço com usuário determinado, que pode ser dividido em unidades autônomas de beneficiários. Nessa linha, divisível é aquele serviço de interesse imediato do indivíduo, pois, se o benefício é da coletividade, deveria ser remunerado de outra maneira.

Outra, e mais importante, diferença é que, nas tarifas, tem-se a prática de um serviço privativo do Estado, logo, o controle estatal do valor dos preços cobrados poderá ser muito mais rígido, já que, em sendo o serviço privativo do Poder Público, ele, necessariamente, deverá ser acessível a todos.

Daí decorre, inclusive, o princípio da modicidade das tarifas. Para aumentar o valor das tarifas, o concessionário terá que obter, antes, a necessária aquiescência do Poder que delegou a atividade, podendo resultar também, mais modernamente, num controle mais flexível pela Administração, que se limitará a fixar tetos máximos de aumento de preços ou a invalidar aumentos abusivos.



Logicamente, as tarifas portuárias não se submetem também ao princípio da anterioridade, pois estão estreitamente vinculadas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, requerendo uma maior flexibilidade quanto a sua alteração para atender à dinâmica e constante alteração dos fatos na evolução contratual.

Veja que as tarifas portuárias poderão apresentar, em sede do primeiro momento de análise, uma aparente natureza contratual, em razão dessa sua ligação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Porém, também sofre forte regulação do poder público. Tudo isso reduz a margem de liberdade negocial entre as partes envolvidas na concessão, seja entre concessionário e usuário, ou entre aquele e o poder concedente. Por essa razão, muito embora as cobranças "façam parte da equação econômico-financeira das concessões, elas podem vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, assumindo, por este prisma, caráter regulamentar, e não contratual" (CÂMARA, 2009).

Daí, passamos pelo fato de que, nas tarifas portuárias *stricto sensu* (aquelas das administrações portuárias), tem-se a prática de um serviço privativo do Estado por particulares, o controle estatal do valor dos preços cobrados poderá ser muito mais rígido, já que, em sendo o serviço privativo do Poder Público, ele, necessariamente, deverá ser acessível a todos. Nas demais modalidades de exploração portuária, o princípio da modicidade do valor é mitigado, já que a atividade exercida não precisa ser acessível a todos, o que resulta num controle mais flexível pelas Agências, que se limitarão, quando tanto, a fixar tetos máximos de aumento de preços ou a impedir (ou até mesmo invalidar) aumentos abusivos – não sendo necessário ao autorizado ou arrendatário, igualmente, a requisitar qualquer permissão prévia para promover o aumento do valor do serviço prestado.

3 REGULAÇÃO E EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

3.1 Do Direito à Revisão e Reajuste Tarifário

Parece-nos claro que a administração portuária (do porto organizado) tem, como pessoa jurídica outorgada a prestar, de forma delegada, serviço público, direito ao reequilíbrio econômico-financeiro e ao equilíbrio de suas contas, demonstrado o nexos causal.



Logo, ao submeter o seu pleito à ANTAQ (seja de revisão ou reajuste tarifário), dispensável legalmente qualquer consulta prévia ou *a posteriori* dos usuários do porto. É direito da pessoa jurídica, basta preencher os requisitos, como veremos mais à frente neste documento.

Apesar de inexistir qualquer previsão legal de consulta prévia ao mercado regulado, tal feito não significa liberdade total ao gestor portuário, ao contrário.

E por qual razão? Está na doutrina da economia industrial: a regulação tarifária por uma Agência externa substitui o mercado. Pois, se a confrontação natural ou forçada entre oferta e demanda em monopólios naturais sempre produzisse incremento de eficiência, menores distorções e discriminações de preços, ou mesmo otimização de variáveis essenciais (como a quantidade), seria desnecessária a intervenção regulatória e não teria o legislador incumbido o Regulador da tarefa excepcional numa ordem constitucional capitalista.

No sentido estrito, Regulação é a troca da competição natural entre as firmas por uma submissão às ordens governamentais. É reconhecida como mecanismo legítimo e eficaz de assegurar o bom desempenho de setores sujeitos às falhas de mercado, como, por exemplo, o oligopólio, as externalidades negativas, a assimetria de informações e a presença de bens públicos. Nesse âmbito, a regulação desempenha função primordial ao buscar reproduzir as condições de perfeita competição para que os consumidores tenham acesso aos produtos e serviços com a qualidade que obteriam em um ambiente competitivo. No sentido estrito, as funções da Regulação são as de incentivar os investimentos necessários para a expansão da infraestrutura, promover o bem-estar de consumidores e usuários e propiciar a eficiência econômica.

No contexto da Constituição de 1988, definitivamente **a regulação tornou-se a forma de atuação estatal mais coerente com o Estado de Direito e com a democracia**, e que mais se coaduna com os princípios da subsidiariedade estatal e eficiência, norteadores da Ordem Econômica. Não há se questionar a legitimidade do papel da Agência nos reequilíbrios econômico-financeiros. A ANTAQ é órgão de controle federal, de natureza e regime jurídico administrativo especial. Não é órgão ordinário, nem cartório. Possui poder fiscalizatório, ouvidor, normativo, sancionador, informativo, corretivo e informativo.



O direito a reequilíbrio econômico-financeiro é material constitucional. Vejamos:

Art. 37

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifamos)

Ao prever que devem ser *mantidas as condições efetivas da proposta*, o constituinte englobou a noção de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro na medida em que *as condições de pagamento deverão ser respeitadas segundo as condições reais e concretas da prestação de serviço*.

Regulamentando o dispositivo constitucional acima, a Lei 8.666, de 1993 – tratando das licitações e os contratos – igualmente garante o equilíbrio econômico financeiro em diversos dispositivos legais, quais sejam: artigo 57, §1º - garantia de equilíbrio econômico financeiro nos casos de prorrogação de contrato; artigo 58, §§ 1º e 2º - modificação unilateral de contrato pela Administração, assim como a alínea d, inciso II, artigo 65, e §§ 5º e 6º, nos quais nos deteremos com maior dedicação.

Aliás, a recomposição econômico-financeira poderá se dar através de 3 (três) institutos: revisão, reajuste e repactuação.

Ocorrerá reajuste quando houver a atualização do valor inicial avençado, em face de alterações nos níveis gerais de preços que repercutem nos valores contratados, ou seja, é a atualização do valor do contrato pela variação dos preços dos insumos. A Lei do Plano Real – nº Lei 10.192, de 2001 – determina que o reajuste ocorrerá anualmente, contado a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento.

A revisão encontra assento no art. 65 da mesma lei, alínea “d” do inciso II e §§ 5º e 6º:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)



II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexiste discricionariedade, porém, a Administração pode recusar o restabelecimento da equação mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar:

- ausência de elevação dos encargos do particular;
- ocorrência de evento antes da formulação das propostas;
- ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado;
- culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).

Não é suficiente alegar que o contratado possuiria margens de lucro suficientemente elevadas para arcar com o prejuízo. Nem caberia argumentar que o contratado, em ocasiões anteriores, obteve grandes vantagens em contratações administrativas ou que, diante de eventos semelhantes, não pleiteou a recomposição. Todos esses argumentos são impertinentes.

A jurisprudência produzida pelo Tribunal de Contas da União é no mesmo sentido (vide Acórdão TCU 1309/2006):

10.3 Revisão de preços (ou reequilíbrio ou recomposição) é o instituto previsto no Inciso II, item “d”, §§ 5º e 6º, todos do art. 65 da Lei n. 8.666/93. Tem por objeto o restabelecimento da relação entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração pactuados inicialmente, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis bem como nos casos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou fato da Administração.

10.4. O direito à revisão independe de previsão em edital ou contrato ou de transcurso de prazos. As alterações de preços estão autorizadas sempre que ocorrerem fatos imprevisíveis que desequilibrem significativamente as condições



originalmente pactuadas e devem retratar a variação efetiva dos custos de produção. (grifo nosso)

3.2 Dos procedimentos regulados pela RN 32/2019

Ao submeter seu pleito, a administração portuária fará por meio de um formulário e de um rito padronizado, onde todas as variáveis devem ser justificadas e todas as alocações serão previamente conhecidas e analisadas pelo Regulador, incluindo subsídios e políticas comerciais.

O Regulador, diante disso e não convencido da razoabilidade da proposta, recusará preliminarmente o projeto para que seja reformulado pelo gestor local ou melhor justificado, fixando prazo para tal resposta. Vencido o prazo sem argumentação ou pedido de extensão, o projeto será arquivado.

Durante a análise técnica, as partes interessadas externas poderão peticionar ao Regulador, apresentando fatos e circunstâncias, porém, sem conhecer a análise intermediária da ANTAQ ou elementos das versões de proposta apresentada para a ANTAQ.

Havendo concordância da área técnica da ANTAQ, será elaborado Parecer Técnico final, onde constarão os fundamentos da recomendação pela aprovação, os cálculos resumidos, bem como análise de impacto da proposta na sua versão derradeira.

O processo devidamente instruído será encaminhado para o Diretor-Relator, que então poderá pautar em Reunião da Diretoria ou solicitar diligências, lembrando que a pauta da Reunião da Diretoria é conhecida previamente ao evento pelo público externo.

Uma vez aprovado pela Diretoria, será comunicado o Poder Concedente e o Ministério da Economia, cabendo a manifestação dessas autoridades no período de até 15 (quinze) dias úteis. Após a aprovação pela Diretoria, abre-se também a janela recursal, para todas as partes interessadas.

Findo o período de 15 (quinze) dias úteis, não existindo recursos a serem conhecidos ou manifestação das autoridades ministeriais supracitadas, a decisão da Diretoria será homologada na íntegra mediante Resolução, a ser publicada no Diário Oficial da União.



Novo prazo recursal inicia-se imediatamente após a emissão da Resolução homologatória da revisão ou reajuste, de modo que as decisões dessa natureza são reversíveis e não são automaticamente aplicáveis.

A administração portuária será intimada a dar cumprimento à Resolução homologatória, em prazo a constar na própria Resolução (até cinco dias para reajuste e dez dias na revisão, podendo variar para mais dias).

4 RESPEITO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

4.1 Existência de oportunidades tempestivas e eficazes para manifestação de juízo contrário.

Há diversas oportunidades de manifestação das partes interessadas e do respeito ao princípio do contraditório, começando logo após o processo ser pautado para Reunião da Diretoria.

A garantia de participação social na ANTAQ é assunto tratado de forma séria. O tema foi regulamentado internamente pela Resolução Normativa ANTAQ nº 33/2019 (RN 33/2019). Diz assim o seu art. 3º:

Art. 3º O processo de participação social no âmbito da ANTAQ possui como mecanismos participativos as Audiências Públicas, as Consultas Públicas, as Reuniões Participativas, as Tomadas de Subsídio e as Consultas Internas e tem como objetivos:

- I - colher sugestões e contribuições para subsidiar o processo decisório da ANTAQ e a edição de atos normativos;
- II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;
- III - identificar, de forma ampla, os aspectos relevantes à matéria sob análise regulatória;
- IV - ampliar a legitimidade dos atos normativos e decisórios emitidos pela ANTAQ; e
- V - dar publicidade à ação da ANTAQ.

Ademais, a transparência de pautas e resultados das reuniões deliberativas da Diretoria da ANTAQ está garantida na Lei das Agências Reguladoras, a Lei nº 13.848, de 2019, a saber³:

³ Lembrando que todas as reuniões são transmitidas ao vivo pela Internet, acessando dentro do sítio eletrônico da Agência



Art. 8º As reuniões deliberativas do conselho diretor ou da diretoria colegiada da agência reguladora serão públicas e gravadas em meio eletrônico

§ 1º A pauta de reunião deliberativa deverá ser divulgada no sítio da agência na internet com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis.

§ 2º Somente poderá ser deliberada matéria que conste da pauta de reunião divulgada na forma do § 1º.

§ 3º A gravação de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 15 (quinze) dias úteis após o encerramento da reunião.

§ 4º A ata de cada reunião deliberativa deve ser disponibilizada aos interessados na sede da agência e no respectivo sítio na internet em até 5 (cinco) dias úteis após sua aprovação.

Argumentações contrárias são vencidas definitivamente pelo art. 20, VII da RN 33/2019. A RN 33/2019 é clara, e concorda com a RN 32/2019: atos de efeito concreto que disciplinam situação específica dispensam a realização de Audiência Pública. Vejamos:

Art. 20. Não será obrigatória a realização de Audiência Pública para os seguintes casos, dentre outros:

I - propostas de alterações formais em normas vigentes;

II - propostas de alterações em norma que não restrinja direitos de agentes econômicos ou de usuários dos serviços de transporte;

III - consolidação de normas;

IV - pesquisas e estudos preliminares visando embasar os planos de outorga;

V - edição ou alteração de normas que se limitem a aplicar determinações legais e contratuais;

VI - edição ou alteração de normas que afetem exclusivamente a organização interna da ANTAQ; e

VII - atos normativos de efeitos concretos, voltados a disciplinar situação específica e que tenham destinatários individualizados.

Por esse normativo, no processo de revisão e reajuste de tarifas cabe nem mesmo o instituto da Consulta Pública, pois não há interesse geral no reequilíbrio econômico-financeiro de uma dada administração portuária. A zona de influência de cada porto organizado é relativamente pequena, não é "geral". Vejamos o art. 29 da RN 33/2019:

Art. 29. Quando a matéria em causa envolver assunto de interesse geral que deva ser submetido à participação da sociedade, a ANTAQ poderá realizar Consultas Públicas para recebimento de contribuições.



Contudo, a setorial técnica da Agência não está impedida de realizar Reunião Participativa, instituto muito mais adequado e conveniente ao caso, pois poderá ser restrita aos diretamente interessados na matéria, sem os formalismos excessivos das Audiências Públicas, com grande agilidade. Vejamos:

Art. 33. Para auxiliar o processo decisório, a ANTAQ poderá realizar, a qualquer momento, Reuniões Participativas em sessões presenciais abertas ao público ou, a seu critério, restritas a convidados, para obter manifestações e contribuições orais ou escritas sobre matéria específica, inclusive mediante apresentação de estudos, laudos, pareceres e outros documentos referentes a temas em discussão na Agência.

§ 1º As Reuniões Participativas restritas a convidados serão orientadas a agentes identificados pela ANTAQ como importantes para o desenvolvimento das matérias em discussão.

§ 2º As Reuniões Participativas poderão ser convocadas por iniciativa dos Diretores, das Superintendências ou das Gerências da ANTAQ, que definirão, a seu critério, a data do evento.

Art. 34. As Reuniões Participativas serão realizadas presencialmente.

Parágrafo Único. Poderão ser realizadas sessões presenciais mediante utilização de tecnologias de informação e comunicação, tendo-se em conta a redução dos custos e o aumento da participação de interessados.

Confirma-se que a RN 33/2019 já está alinhada à Lei das Agências Reguladoras, a Lei nº 13.848/2019, a saber:

Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados.

§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.

Art. 10. A agência reguladora, por decisão colegiada, poderá convocar audiência pública para formação de juízo e tomada de decisão sobre matéria considerada relevante.

(...)

Art. 11. A agência reguladora poderá estabelecer, em regimento interno, outros meios de participação de interessados em suas decisões, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas, aplicando-se o § 5º do art. 9º às contribuições recebidas.

Verifica-se mais uma vez que a Audiência ou Consulta Pública, quando não vinculada a atos normativos, é de caráter discricionário da autoridade pública. Não é ato vinculado.



4.2 Da inexistência de obrigação legal para abertura de Audiência Pública nos processos de reajuste ou revisão tarifária. Do trânsito em julgado da matéria.

A possibilidade ou não obrigatoriedade de Audiência Pública nos processos de revisão tarifária dos portos foi debatida amplamente com o setor aquaviário, por cerca de 2 (dois) anos.

Tal debate foi suscitado primeiramente dentro da Consulta Pública preliminar à proposta inicial da ANTAQ, como vimos no Processo ANTAQ SEI 50300.008077/2016-97. Veja trecho da decisão de 29 de setembro de 2016:

RESOLUÇÃO Nº 5009-ANTAQ

Art. 1º Realizar CONSULTA PÚBLICA, no período de 5 de outubro de 2016 à 19 de janeiro de 2017, visando o recebimento de contribuições na forma abaixo especificada, com o seguinte objetivo, tópicos temáticos e forma de participação:

I. Objetivo:

Coletar opiniões e manifestações de interesse geral sobre os tópicos a seguir relacionados, obtendo contribuições e sugestões que subsidiarão a continuidade do projeto de elaboração de um normativo, cuja finalidade será regulamentar a estrutura tarifária padronizada dos portos organizados e instituir novos critérios de cálculo dessas tarifas, constituindo um novo regime tarifário das Autoridades Portuárias a partir do biênio 2017-2018.

II. Tópicos temáticos da Consulta:

(...)

- Obrigatoriedade ou não de audiência pública para aprovação de revisões tarifárias (eventual dispensa para os reajustes anuais); (grifo nosso);

A matéria constou também no parágrafo 58 da Nota Técnica nº 4/2017/GT-PORT-057-16-DG, no Processo ANTAQ SEI 50300.005642/2017-45, que submeteu a proposta de minuta normativa da Resolução Normativa nº 32, de 2019 a uma Audiência Pública. A proposta original da ANTAQ, na primeira versão da minuta da RN 32/2019, foi pela dispensa da obrigatoriedade. A minuta foi posteriormente confirmada, pois os agentes regulados não advogaram por esse passo processual.

O resultado final pela desobrigação apoia-se na Lei de criação da própria Agência, partindo da premissa óbvia que revisões tarifárias (outro nome para reequilíbrio econômico-financeiro) não são atos normativos nem decisões relativas à "pendência" entre regulados. Pendências são litígios, disputas - não sendo esse obviamente o caso.



Vejam os art. 68 da Lei nº 10.233, de 2011:

Art. 66. O processo decisório da ANTT e da ANTAQ obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

(...)

Art. 68. As iniciativas de projetos de lei, as alterações de normas administrativas e as decisões das Diretorias Colegiadas para resolução de pendências que afetem os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte serão precedidas de audiência pública. (Redação dada pela Lei nº 13.848, de 2019)

Alinhando os elementos essenciais dos atos administrativos (competência, forma, objeto, motivo e finalidade) e respeitando os princípios básicos da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade), restará válida a deliberação da Diretoria.

Quanto ao novo princípio, aquele da Emenda Constitucional nº 19, o da "eficiência", parece-nos que a audiência pública trabalha contra ele, ao delongar e desacelerar os trabalhos da Agência, inserindo, pelo menos, 90 (noventa) dias na instrução processual, sem garantias que o procedimento irá aperfeiçoar a decisão ou levar a um consenso maior na hinterlândia, condição que é plenamente incompatível com a agilidade requerida, principalmente nesta Era da Informação. Ao introduzir 90 (noventa) dias na instrução processual, o perigo é das condições de desequilíbrio se agravarem, e que todos os cálculos e análises sejam perdidos em função da sua desatualização.

De sorte que Audiências Públicas nos processos de revisão tarifária dos portos cria formalismo excessivo, não essencial à legalidade do procedimento que, provavelmente, irá apenas onerar a administração pública, seja em tempo, seja em recursos financeiros ou materiais, emperrando a administração pública, distorcendo as prioridades.

Ademais, o procedimento aprovatório está explícito e expresso na Lei: a ANTAQ aprova após ouvir a autoridade ministerial. Vejam os:

Lei nº 10.233/2011

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

(...)

VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)



Por essa razão não cabe comparação com os demais setores regulados, como o de energia elétrica. A ANTAQ, nesse aspecto, é *sui generis*, pois já não detém plena autonomia para decidir a respeito. Já está sujeita ao poder revisional ou de veto do Poder Concedente.

Ainda no campo das competências legais, a regulação econômica é o *métier* da Agência, possuindo todos os instrumentos e ferramentas para deliberar sobre como serão transferidos aos usuários os custos e como serão compartilhados os ganhos. Pode, inclusive, regulamentar o tratamento confidencial das informações econômico-financeiras das administrações portuárias. É o que está translúcido no art. 4º do Decreto nº 4.122/2002:

Art. 4º No exercício de seu poder normativo caberá à ANTAQ disciplinar, dentre outros aspectos, a outorga, a prestação, a comercialização e o uso dos serviços, bem como:

(...)

IV - definir os termos em que serão compartilhados com os usuários os ganhos econômicos do concessionário decorrentes da modernização, expansão ou racionalização da prestação dos serviços, bem como de novas receitas alternativas;

V - definir a forma pela qual serão transferidos aos usuários os ganhos econômicos que não decorram da eficiência empresarial daqueles que, sob qualquer regime, explorem atividade regulada pela ANTAQ, tais como diminuição de tributos ou encargos legais, ou novas regras sobre os serviços;

VI - estabelecer os mecanismos para acompanhamento das tarifas e dos preços, de forma a garantir sua publicidade;

VII - disciplinar as condições de revisão de tarifa decorrente da oneração causada por novas regras sobre os serviços, em especial pelo aumento de encargos legais ou tributos, salvo o imposto sobre a renda;

(...)

XI - regulamentar o tratamento confidencial das informações técnicas, operacionais, econômico-financeiras e contábeis solicitadas às empresas prestadoras dos serviços;

5 MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. TRATAMENTO CONFIDENCIAL DAS INFORMAÇÕES

5.1 Do sigilo comercial e concorrencial

Como sabemos, as administrações portuárias têm fins lucrativos e enfrentam grande concorrência, seja dos outros portos organizados seja dos portos privados. Atualmente, há mais de uma centena de terminais autorizados no país capazes de competir com o porto organizado, e, para esses, não há qualquer necessidade de prestar contas, *a priori*, sobre sua estratégia



comercial ou econômico-financeira, pois os compromissos com o Poder Público são baixos (sequer há pacto de investimentos).

Por outro lado, no processo de revisão tarifária, a administração portuária se desnuda ao regulador. Custos e receitas, operacionais e não operacionais, passados e projetados, priorização e ordenação de investimentos, contratos privados, extratos bancários, demanda que pretende atrair, salários, empréstimos e juros etc.

Logo, os demais setores reguladores, como o setor de distribuição de energia elétrica, não são *benchmarking* nesse aspecto da revisão, pois as administrações portuárias não detêm mercado cativo e a publicização de informações sigilosas dessa natureza é capaz de produzir grande prejuízo. É direito da administração portuária concorrer em igualdade com os demais portos, públicos e privados, e a ANTAQ está aqui para garantir a lealdade dessa disputa.

A restrição é apoiada pelo Decreto nº 7.724, de 2012, nos seguintes trechos:

Art. 5º (...)

§ 2º Não se sujeitam ao disposto neste Decreto as informações relativas à atividade empresarial de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado obtidas pelo Banco Central do Brasil, pelas agências reguladoras ou por outros órgãos ou entidades no exercício de atividade de controle, **regulação e supervisão da atividade econômica cuja divulgação possa representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos.**

Art. 6º O acesso à informação disciplinado neste Decreto não se aplica:

I - às hipóteses de sigilo previstas na legislação, como fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, comercial, profissional, industrial e segredo de justiça.

Ademais, ao contrário dos documentos enviados pelas administrações portuárias, os documentos produzidos pela ANTAQ são tidos como preparatórios, logo, devem ser publicizados após a deliberação final da Diretoria.

Os documentos enviados pelo regulado só poderão ser publicizados, a qualquer tempo, com autorização expressa do titular de direitos pessoais. Vejamos o mesmo Decreto:

Art. 55. As informações pessoais relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem detidas pelos órgãos e entidades:

I - terão acesso restrito a agentes públicos legalmente autorizados e a pessoa a que se referirem, independentemente de classificação de sigilo, pelo prazo máximo de cem anos a contar da data de sua produção; e



II - poderão ter sua divulgação ou acesso por terceiros autorizados por previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que se referirem.

5.2 Dispensa de Análise de Impacto Regulatório

Nem a Lei das Agências Reguladoras, tão pouco a Lei da Liberdade Econômica, exigem Análise de Impacto Regulatório (AIR) nos casos em tela.

Da Lei das Agências Reguladoras, a Lei nº 13.848, de 2019, retiramos o seguinte trecho, *in verbis*:

Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.

§ 1º Regulamento disporá sobre o conteúdo e a metodologia da AIR, sobre os quesitos mínimos a serem objeto de exame, bem como sobre os casos em que será obrigatória sua realização e aqueles em que poderá ser dispensada.

(...)

§ 5º Nos casos em que não for realizada a AIR, deverá ser disponibilizada, no mínimo, nota técnica ou documento equivalente que tenha fundamentado a proposta de decisão.

Veja que a Lei das Agências Reguladoras é pontual ao prever a AIR para "atos normativos", ou seja, não para decisões acerca de reequilíbrio econômico-financeiro das empresas. A RN 32/2019 cumpre o §5º do art. 6º, sendo disponibilizada Nota Técnica com os fundamentos da proposta de decisão, incluindo nela pontual análise de impacto, quando couber.

Ademais, a Lei da Liberdade Econômica, a Lei nº 13.874, de 2019, é clara também no aspecto do escopo da AIR: atos normativos de interesse geral. Veja o art. 5º:

Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.



6 CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou que os procedimentos adotados pela ANTAQ em relação à revisão ou reajuste tarifário das administrações portuárias são adequados, pois são amparados em todos os princípios e previsões legais ora existentes, e vem evoluindo em termos de transparência e publicidade. Os procedimentos de revisão e reajuste nos portos ocorrem sem qualquer prejuízo ao direito de petição e de informações aos usuários dos portos, tendo em vista os diversos mecanismos recursais e os já consagrados instrumentos de participação social disponíveis.

A Agência Reguladora garante os princípios constitucionais da Administração Pública, respeitado o sigilo legal, assim como os da motivação e fundamentação dos atos, avaliando os impactos de suas medidas, principalmente quando da definição de tarifas.

Além de não ser obrigatória, desnecessária qualquer audiência pública nos processos de reequilíbrio, de modo que tal procedimento poderia agravar ainda mais os desequilíbrios e ampliar a falta de competitividade de alguns portos organizados, sem qualquer garantia de aumento do consenso ou de aprimoramento da decisão do Regulador.

Demonstrada, por fim, a existência de oportunidades eficazes e tempestivas de manifestação de juízo contrário às deliberações da ANTAQ, de modo que não há qualquer prejuízo à participação dos interessados.

7 REFERÊNCIAS

ANTAQ. Nota Técnica nº 4/2017/GT-PORT-057-16-DG. **Proposta de Norma dispondo sobre a Estrutura Tarifária Padronizada das Administrações Portuárias**. 2017.

_____. **Resolução Normativa nº 32-ANTAQ**, de 03 de maio de 2019 - Aprova a norma que dispõe sobre a estrutura tarifária padronizada das administrações portuárias e os procedimentos para reajuste e revisão de tarifas.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 13. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2015. MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.



BRASIL. **Lei nº 10.233, de 05 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 o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF.

_____. **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.

_____. **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. (LEI DOS PORTOS). Diário Oficial da União, Brasília, DF. Publicada no D.O.U de 26.02.1993.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas Concessões.** São Paulo: Malheiros, 2009. pg. 48.

KLIJN, E. H. (2012). **New public management and governance: a comparison of two paradigms to deal with modern complex problems.** 2012. In Levi-Faur, D. (Ed), *The Oxford Handbook of Governance*, (201 – 214), Oxford: Oxford University Press.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 27ª edição, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo. São Paulo, Editora Malheiros, 2002.

MONTEIRO, Sandro José. MELLO, Fabiane. **Princípios da Regulação Tarifária do Setor Portuário: uma abordagem segundo os normativos da Agência.** in: VII Congresso Internacional de Desempenho Portuários - CIDESPORT 2020. Disponível em: <https://2020.cidesport.com.br/wp-content/uploads/2020/11/anais.cidesport.2020.pdf> . Acesso em 30/11/2020.

MONTEIRO, Sandro José. **Modelo quantitativo de equilíbrio geral da regulação tarifária das administrações portuárias.** in: Revista Reflexões 3ª edição - Jan/2021. ANTAQ. Disponível em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/instalacoes-portuarias/portos/ArtigoRevista.pdf>. Acesso em 07/05/2021.

SECCHI, L. **Modelos organizacionais e reformas da administração pública.** 2009. Revista de Administração Pública, 43 (2), 347 – 369.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão Plenário nº 1904/2009. Auditoria Operacional dos Portos.** Disponível em: Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=20757>

