



MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA
SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS E TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS
DEPARTAMENTO DE NOVAS OUTORGAS E POLÍTICAS REGULATÓRIAS PORTUÁRIAS
COORDENAÇÃO-GERAL DE MODELAGEM DE ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

NOTA TÉCNICA Nº 124/2020/CGMP/DNOP-SNPTA/SNPTA

Brasília, 28 de agosto de 2020.

PROCESSO Nº 50000.042396/2017-97

INTERESSADO: COORDENAÇÃO-GERAL DE MODELAGEM DE OUTORGAS., SECRETARIA DE FOMENTO E PARCERIAS, PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS - PPI

Referência: Processo n.º 50000.042396/2017-97

Assunto: **Complemento de Ato Justificatório para a modelagem do Programa de Arrendamentos Portuários do Governo Federal; Licitação da área ATU12 no Porto Organizado de Aratu/BA.**

Ao Departamento de Novas Outorgas e Políticas Regulatórias Portuárias - DNOP:

Senhor Diretor,

1. Faço referência ao Ato Justificatório do Terminal de Granel Mineral de Aratu/BA - **ATU12**, representado pela NOTA TÉCNICA n.º 103/2020/CGMP/DNOP-SNPTA/SNPTA (SEI n.º 2673091), em relação às regras editalícias concernentes a restrições de participação, às informações referentes à operação pela Paranapanema S/A e a padronização de Minutas de Contrato considerando as melhorias recentes aplicadas.
2. No que se refere à operação da Paranapanema S/A, esclarece-se que, no momento da elaboração dos estudos, a operação estava suspensa, apesar de existir Liminar Judicial (SEI n.º 2743293) que mantivesse sua manutenção na área. Observa-se que, atualmente, a empresa voltou a utilizar de seu armazém e passou a operar através do TGSII.
3. No que se refere à padronização de minutas, esclarece-se que a diretriz do RDC recomenda que as minutas sejam padronizadas (artigo 4.º, inciso I, da Lei n.º 12.462, de 2011), por esse motivo, recomenda-se a retirada da minuta contratual de cláusula prevendo a revisão quinzenal de contratos.
4. A previsão de revisão ordinária surgiu nas concessões rodoviárias, onde o regulador se debruça no contrato para analisar os custos, a variação da demanda e, consequentemente, na receita, e os ganhos ou perdas de eficiência da concessionária. Como é cediço, a remuneração da concessionária ocorre por meio de tarifas definidas pelo Poder Concedente, sendo essa a única fonte de remuneração da concessionária. Por isso a importância da revisão ordinária para periodicamente se visitar o equilíbrio do contrato.
5. Além disso, a obrigação de revisão de tarifas está prevista na Lei Geral de Concessões (Lei n.º 8.987/1995), vejamos:

Art. 9.º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...] § 2.º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3.º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

[...] Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

[...] VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

[...] Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...] IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

[...] Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

[...] V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
6. Percebe-se que o grande mote para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é a revisão tarifária, que pode ser majorada, para dar sustentabilidade financeira à concessão, ou minorada, de tal sorte a compartilhar com os usuários os ganhos de eficiência do concessionário.
7. A Jurisprudência também vai pelo mesmo caminho, ou seja, alteradas as condições iniciais de tarifação do contrato, é obrigatório o reequilíbrio contratual. Verifiquemos o julgado abaixo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONCESSÃO. RODOVIAS FEDERAIS. TRÁFEGO DE VEÍCULOS COM OS EIXOS SUSPENSOS. REDUÇÃO DA TARIFA DE PEDÁGIO. IMPOSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO E DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES RECONHECIDA. PRECEDENTES.

[...] a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o número de eixos em uso não pode ser adotado como critério para a cobrança de tarifas de pedágio diferenciadas.

[...] A opção do usuário de suspender os eixos auxiliares quando da passagem pela praça de pedágio não pode alterar o critério objetivo de tarifação estabelecido pelo legislador e pelo administrador. Precedentes do STJ.

[...] Ressalta que a ausência de cobrança do eixo suspenso implica na quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que determina a imediata revisão para maior da estrutura tarifária, prejudicando todos os usuários da rodovia. [...]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2.ª Turma. Recurso Especial n.º 1.144.584-RS. Relator: Ministra Eliana Calmon. Data do julgamento: 2 abr. 2013. Dje 9 abr. 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em: 26 de julho de 2020.

8. Já no setor portuário, mais especificamente nos contratos de arrendamento, a remuneração na maioria das vezes ocorre por intermédio de preços livres e, ainda mais, essa não é a única fonte de remuneração da arrendatária. Mesmo quando há definição de *price-cap*, é feito em parte dos serviços prestados, e, como o nome mesmo já diz, trata-se de um teto onde a arrendatária poderá, de acordo com a sua estratégia comercial, conceder descontos. Diferente das concessões, onde há um monopólio natural nos terminais portuários e, em sua maioria, há concorrência e os preços dos serviços prestados são definidos pelo mercado, sendo somente necessária a intervenção da Agência Reguladora em caso de abuso.
9. Então, de um lado temos a concessionária com sua remuneração fixada pelo poder concedente e de outro a arrendatária com a sua remuneração livre definida ao sabor do mercado. Fica claro que a necessidade de revisão ordinária é para a manutenção da saúde financeira do concessionário ou até mesmo compartilhar algum ganho de eficiência com os usuários. Conforme leciona o Mestre Sérgio Guerra^[1], o reequilíbrio se presta para manter a igualdade que o poder concedente e o concessionário estipularam na assinatura do contrato e que deve perdurar por todo vínculo sendo uma garantia da concessionária. Continua o professor: "*Aliás, se assim não fosse, especialmente levando-se em consideração os poderes reconhecidos no contrato administrativo à parte governamental, o Poder Público não encontraria contratantes*".
10. Ainda nas lições de Sérgio Guerra: "*o concessionário se obriga a prestar o serviço, mediante a remuneração estipulada, e o concedente se obriga a respeitar, durante o prazo convencionado, a equação financeira do contrato, ou a correspondência entre os encargos do concessionário e a sua remuneração, nos termos do pacto firmado entre ambos*".
11. Não se vislumbra, portanto, problemas de ordem prática que justifique a revisão ordinária dos contratos de arrendamento, e o pior, tal prática poderia até trazer danos ao erário ao acabar compartilhando com a arrendatária possíveis problemas de gestão do mesmo, ou até uma queda na demanda pelo uso do seu terminal, lembrando que uma das premissas básicas do setor portuário é que o risco de demanda é alocado à arrendatária.
12. Ademais, temos o custo regulatório da revisão ordinária. Em outros setores, temos no máximo 30 (trinta) concessões e no setor portuário temos mais de 200 (duzentos) contratos de arrendamento e a revisitação desses de forma periódica seria extremamente penosa, senão impossível para a ANTAQ e o poder concedente.
13. Diante disso, vislumbra-se, apenas, a necessidade de reequilíbrio de forma extraordinária, para absorção, por uma das partes, de alguma álea também extraordinária, como, por exemplo, a execução de investimentos não previstos na avença.
14. Quanto aos normativos da ANTAQ, preliminarmente, a Norma aprovada pela Resolução n.º 3.220-ANTAQ não prevê a obrigação de inclusão de cláusula sobre a revisão ordinária. O texto normativo prevê que, na inexistência de previsão contratual, a revisão do contrato de arrendamento será realizada a cada 5 (cinco) anos. Essa norma foi elaborada nos idos anos de 2013, onde havia um conceito de concessão para o arrendamento, definição totalmente afastada hoje. Vide a Lei n.º 12.815/2013, que deixou cristalina essa diferenciação:
- "Art. 1.º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.
- § 1.º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público".
15. Note-se que o legislador quis diferenciar o arrendamento da concessão. É princípio basilar da hermenêutica jurídica que a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu sunt accipienda*. Ou seja, todas as palavras devem ser consideradas para a perfeita interpretação legislativa e, presente exemplo, fica clara a diferença de concessão e arrendamento, não podendo nem chamar esse segundo de um "tipo de subconcessão".
16. Por todo o exposto, conclui-se pela desnecessidade de revisitação periódica dos contratos de arrendamento, sendo forçoso apenas a análise do equilíbrio contratual no caso da ocorrência de alguma álea extraordinária.
17. No que se refere às regras editalícias relacionadas a restrições de participação esclarece-se que em princípio, a maximização da concorrência nos leilões portuários é desejável, sendo que esse objetivo deve ser sopesado com outras diretrizes a serem atingidas conforme os casos concretos. Os cenários são muito diversos, de modo que as soluções mais adequadas podem variar de um caso para outro. O ideal seria fomentar a concorrência no mercado entre os vários agentes econômicos para que os preços se mantenham naturalmente equilibrados.
18. Assim, algumas "barreiras de entrada" nas licitações podem ser perfeitamente legítimas e em alguns casos são necessárias, dependendo das circunstâncias de cada certame.
19. Para evitar tal concentração de mercado, entendeu-se por inserir cláusula no respectivo edital que impedisse que empresas ou grupos econômicos com participação de mercado relevante pudessem ser declarados vencedores no leilão.
20. É de extrema relevância assegurar que haja uma competição efetiva entre as instalações portuárias localizadas no Complexo Portuário de Maceió/AL. Do contrário, poderia ser necessária uma intervenção mais direta do regulador sobre o mercado. Uma intervenção direta do regulador fixando tetos-tarifários (preço-teto) implicaria uma série de custos e riscos. O ideal é que o mercado se autorregule pela competição entre os agentes econômicos. Não bastasse isso, uma atuação desse tipo *a posteriori*, ainda que prevista no art. 12, VII, da Lei n.º 10.233, de 2001^[2], resultaria em elevada insegurança jurídica e elevação dos custos regulatórios.
21. Por isso, interessa à sociedade que o poder público adote medidas para evitar que uma empresa ou grupo econômico detenha uma concentração excessiva de mercado, mitigando tanto quanto possível os riscos de que no futuro seja necessária uma intervenção direta do regulador sobre o mercado com a fixação de preço teto. Por conseguinte, é prudente que o poder público adote medidas que impeçam que uma empresa ou grupo econômico que já tenha uma participação robusta de mercado relevante amplie ainda mais sua fatia de mercado.
22. Dessa forma, usando como referência a determinação exarada no item 9.2 do Acórdão TCU n.º 040.166/2018-0, e com o objetivo de evitar concentração excessiva de mercado no Porto de Aratu/BA, estabelece-se que empresas ou grupos econômicos com participação de mercado acima de 40% no mercado de armazenagem e movimentação de granéis mineral no Complexo Portuário de Aratu/BA, só poderão ser declaradas vencedoras no Leilão do ATU12 em caso de proposta única.
23. Dessa forma, informa-se que as diretrizes sobre o tema expostos nesta Nota Técnica devem ser consideradas como um complemento em relação às demais já encaminhadas através do Ato Justificatório representado pela NOTA TÉCNICA Nº 103/2020/CGMP/DNOP-SNPTA/SNPTA (SEI n.º 2673091).

24. Por fim, sugerimos ao Diretor do Departamento de Novas Outorgas e Políticas Regulatórias Portuárias - DNOP que, caso de acordo com as diretrizes expostas neste complemento de Ato Justificatório, submeta-o à aprovação do Secretário Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, para posterior comunicação à Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ.

25. À consideração superior.

(assinado eletronicamente)

DISNEY BARROCA NETO

Coordenador-Geral de Modelagem de Arrendamentos Portuários

[1] GUERRA, Sérgio. Equilíbrio Econômico-Financeiro e Taxa Interna de Retorno nas Parcerias Públicos-Privadas. Parcerias Públicos-Privadas - Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004 - págs. 309 a 328. Revista dos Tribunais; Edição: 1 (1 de janeiro de 2015).

[2] Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: (...) VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica



Documento assinado eletronicamente por **Disney Barroca Neto, Coordenador - Geral de Modelagem de Arrendamentos Portuários**, em 28/08/2020, às 21:47, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 3º, inciso V, da Portaria nº 446/2015 do Ministério dos Transportes.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.infraestrutura.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2743290** e o código CRC **1651F0F6**.



Referência: Processo nº 50000.042396/2017-97



SEI nº 2743290

Esplanada dos Ministérios, Bloco R - Edifício Anexo - 1º Andar - Ala Leste - Bairro Zona Cívico-Administrativa
Brasília/DF, CEP 70044-902
Telefone: 2029-8781 - www.infraestrutura.gov.br