



AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS
GERÊNCIA DE REGULAÇÃO PORTUÁRIA - GRP/SRG

RELATÓRIO DE AIR

Data: 27/03/2020	Área: GRP	Versão: Preliminar
Palavras-chave: Fiscalização	Processos relacionados: 50300.008451/2016-54	AIRs relacionadas:
Assunto: Anteprojeto normativo para dispor sobre ajustamento de condutas.		

AIR NÍVEL I

SUMÁRIO EXECUTIVO

O projeto é resultado de extenso trabalho de compilação pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria nº 132/ANTAQ, de 14 de abril de 2016 (Doc/SEI 0118801), e reconduzido pela Portaria nº 195/ANTAQ, de 21 de setembro de 2016 (Doc/SEI 0174870), e pela Portaria nº 26/2017-DG/ANTAQ, de 1º de fevereiro de 2017 (Doc/SEI 0214704).

Propõe-se, em suma, a regulamentação do regramento interno do Termo de Ajuste de Conduta - TAC, em norma própria, tanto sob o aspecto material como no tocante ao processual, em substituição ao Capítulo V da Resolução nº 3.259/2014 - ANTAQ (arts. 83 e ss.), a ser expressamente revogada.

Segundo as boas práticas de elaboração de atos normativos, o processo deve:

- a) Identificar os atores presentes e sob influência da proposta regulatória;
- b) Realizar análise de impacto regulatório, observando sempre a opção de "não regular";
- c) Tratar os agentes de forma isonômica;
- d) Realizar o processo com transparência, resguardadas as hipóteses de sigilo.

Compreendeu-se que a matéria é intrinsecamente objeto de litígio, por haver lacunas interpretativas acerca da possibilidade de edição de resolução para dispor sobre o **procedimento e critérios de celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito de sua competência**, cujo anteprojeto ainda não foi convertido em projeto normativo para fins de submissão à audiência e consulta públicas.

IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

Tem sido recorrente nos processos que experimentam a celebração de termo de ajuste de conduta - TAC a formulação de questionamentos pela Superintendência de Fiscalização e Coordenação das Unidades Regionais - SFC sobre qual a tramitação correta para aplicação de multas por descumprimento de TAC, bem como quais atos devem ser praticados para a garantia do direito ao contraditório e à ampla defesa da compromissária, sendo essa uma das motivações da deliberação da Diretoria colegiada da Antaq, em sua 402ª reunião ordinária, realizada em 14 de abril de 2016, para constituir grupo de trabalho - GT com a finalidade de definir critérios para o trâmite dos TAC, na Agência.

Composto por representantes da SFC, Superintendência de Regulação - SRG e Procuradoria Federal junto à Antaq, o GT designado pela Portaria nº 132-Antaq, ao instalar-se, aos 13 de julho de 2016, apontou que o instituto do TAC, previsto no Capítulo V da norma anexa à Resolução nº 3.259-Antaq, de 30 de janeiro de 2014, que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ, ainda carece de detalhamento em âmbito normativo e concluiu pela necessidade de haver um documento normativo que discipline com detalhes os parâmetros para a celebração da avença e uniformize seu processo internamente.

IDENTIFICAÇÃO DOS ATORES OU GRUPOS AFETADOS PELO PROBLEMA REGULATÓRIO

O TAC envolve como ATORES INTERNOS à Agência Nacional de Transportes Aquaviários, a Superintendência de Regulação - SRG, a Superintendência de Fiscalização e Coordenação das Unidades Regionais - SFC, a Procuradoria Federal junto à ANTAQ - PFA, bem como a Diretoria Colegiada da Agência, e demais setoriais da Agência que sob quaisquer circunstâncias se ponham afetadas ao ajustamento de condutas.

Ademais, quanto aos ATORES EXTERNOS à Agência, o tema abrange as Autoridades Portuárias; as partes dos Contratos de Arrendamento; os Terminais de Uso Privativo (TUP); as Estações de Transbordo de Cargas (ETC); as Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte (IP4), Operadores Portuários, Empresas Brasileiras de Navegação (EBN), bem como quaisquer atores passíveis de submissão à regulação instituída nesta ANTAQ.

IDENTIFICAÇÃO DA BASE LEGAL

Referenciamento de Normas:

- I - CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988;
- II - LEI Nº 12.815/2013 (LEI DE PORTOS);
- III - LEI Nº 10.233/2011 (REESTRUTURAÇÃO DOS TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS...);
- IV - LEI Nº 7.347/1985 (DISCIPLINA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE, AO CONSUMIDOR... E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS) NAQUILO QUE TRATAR DO TEMA TAC;
- V - DECRETO Nº 8.033/2013 (REGULAMENTOU O MARCO REGULATÓRIO DA LEI DE PORTOS);
- VI - Normas e Regulamentos expedidos pelo Poder Concedente afetados ao tema Termo de Ajuste de Conduta - TAC no âmbito dos Transportes Aquaviários em nível Nacional, assim como às instalações portuárias privadas e Portos Organizados;

VII - Demais Normas e Regulamentos expedidos pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, inerentes ao tema Termo de Ajuste de Conduta - TAC;

DEFINIÇÃO DOS OBJETIVOS QUE SE PRETENDE ALCANÇAR

Nos termos dos incisos I e IV do art. 27 da Lei nº 10.233/2001, caberá à ANTAQ (i) - promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de atividades portuárias; e (iv) - elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transportes e à exploração da infra-estrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores; e ainda: o art. 51-A, do mesmo instituto determina: "Fica atribuída à ANTAQ a competência de fiscalização das atividades desenvolvidas pelas administrações de portos organizados, pelos operadores portuários e pelas arrendatárias ou autorizadas de instalações portuárias, observado o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

Desse modo, para o cumprimento da determinação de regulamentação do regramento interno do Termo de Ajuste de Conduta - TAC, em norma própria, tanto sob o aspecto material como no tocante ao processual, em substituição ao Capítulo V da Resolução nº 3.259/2014 - ANTAQ (arts. 83 e ss.), a ser expressamente revogada, mister adoção dos procedimentos padronizados no que toca à ELABORAÇÃO DE ATOS NORMATIVOS no âmbito desta Casa, no intuito de se trazer razoável eficiência, eficácia e efetividade no andamento dos trabalhos.

Diante o exposto, é OBJETIVO DESTE PROJETO apreciar a matéria e apresentar proposta conclusiva, no intuito de clarificar as dúvidas regulatórias acerca da possibilidade factível quanto a este **ANTEPROJETO NORMATIVO PARA DISPOR SOBRE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS**.

Por fim, mister destacar que este anteprojeto normativo a ser inaugurado no âmbito desta Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ **não tem por objeto específico pretensão de estabelecimento de normas fiscalizatórias e/ou sancionatórias**. Estando estas vertentes estabelecidas em arcabouços normativos próprios já vigentes para todos os agentes sob regulação desta Casa Reguladora.

Pretende-se a edição de resolução normativa para dispor sobre o **procedimento e critérios de celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito de sua competência**, cujo anteprojeto ainda não foi convertido em projeto normativo para fins de submissão à audiência e consulta públicas.

DESCRIÇÃO DAS POSSÍVEIS ALTERNATIVAS DE AÇÃO E SEUS POSSÍVEIS IMPACTOS

DA ANÁLISE DAS OPÇÕES

Da Opção de Não Regular

Dentre as alternativas mais importantes, há aquela de não regular. Essa deve ser sempre uma opção a ser considerada pelo regulador, pois decidir pela criação de marcos ou limitações à livre decisão implica avaliações de cenários cuja simulação é, muitas vezes, inviabilizada pela falta de informações ou pela indeterminação do comportamento do mercado e dos agentes. Externalidades dentro de um mercado de regulado são de difícilíssima regulação, pois, o ponto ótimo, o de equilíbrio ou balanceamento entre custos e benefícios sociais ou privados, é, muitas vezes, desconhecido.

Para o problema em tela, a alternativa de não regular implica a manutenção do *status quo* em que a previsão regulamentar do TAC, no Capítulo V da norma anexa à Resolução nº 3.259-ANTAQ, de 2014, não está balizada por orientações efetivas ao agente fiscalizador/sancionador sobre os procedimentos a adotar e as condições a ser obedecidas, ocasionando um ambiente de incerteza administrativa e insegurança jurídica, potencialmente gerador de conflitos de interesse.

Das opções e alternativas de regular

Sendo considerada inevitável a regulação, as atenções se voltam para a solução menos onerosa, inclusive do ponto de vista da Agência, que atinja o máximo de benefícios setoriais, com o máximo de transparência e observância do interesse público.

Primeiramente, temos a considerar que o assunto é desdobramento necessário da norma que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ, sujeito à discricionariedade da Diretoria colegiada, limitada pela participação social nos termos do art. 68 da Lei nº 10.233, de 2001, – que prevê a apreciação pela sociedade em procedimento de consulta e audiência públicas – e pelos elementos vinculantes do Decreto nº 4.122, de 2002.

Assim, as alternativas de regular podem diferenciar-se principalmente por proposições e conceitos adotados na redação de alguns dispositivos, inclusive entre sucessivas versões do anteprojeto normativo para dispor sobre ajustamento de condutas, dentre os quais destacamos:

- a) possibilidade de o TAC ser proposto mediante requerimento do interessado no curso do processo de fiscalização instaurado, *versus* exclusividade da autoridade julgadora em propor o TAC, e somente no despacho de julgamento do processo administrativo sancionador;
- b) previsão de mecanismos de prevenção e/ou mitigação de banalização do instituto do TAC, tais como fixação de um percentual para pagamento em relação à pena máxima cominada como condição de celebração do TAC; de um interstício de cinco anos para se fazer uso novamente do instituto; de uma pena pelo não cumprimento do TAC, superior à máxima cominada ao tipo infracional incorrido, entre outras, *versus* tratar-se o TAC quase como um interregno do processo administrativo sancionador;
- c) considerar-se, em rol não exauriente, situações e matérias de não admissibilidade de TAC; e
- d) tomada de posição perante a celeuma existente na doutrina e na jurisprudência quanto ao procedimento correto de cobrança judicial a ser utilizado, no caso atribuindo à PFA as providências inerentes à cobrança judicial do crédito.

A alternativa de manter o *status quo* normativo do TAC, atrelado à norma anexa à Resolução nº 3.259-ANTAQ, de 2014, sem o detalhamento em âmbito normativo dos parâmetros para a celebração da avença e uniformização do seu processo internamente, não se revela uma alternativa regulatória satisfatória, uma vez que, como exposto acima, existe um problema regulatório, reconhecido pela Diretoria colegiada com base na análise de diversos processos sancionadores que deram origem a TAC cuja solução restou prejudicada, entre outros motivos, pela carência de detalhamento em âmbito normativo. Em que pese a possibilidade da não regulação, e ônus de instituir critérios específicos para o trâmite dos TAC se mostra a mais sensata e prudente alternativa, pois encaminha a solução de pontos sensíveis para esta Agência. Ademais, não foram identificados impactos positivos em não regular.

Por outro lado, A ALTERNATIVA DE REGULAR:

- e) estabelece critérios isonômicos para a celebração e acompanhamento de termos de compromisso de ajustamento de conduta - TAC;
- f) confere mais segurança jurídica às avenças celebradas entre compromissárias e a ANTAQ, alternativamente à imposição de penalidade, com vistas a adequar a conduta desses agentes às disposições legais, regulamentares e contratuais;
- g) propõe procedimentos e mecanismos eficientes para desestimular o uso de expedientes protelatórios do trânsito em julgado do processo administrativo sancionador; e
- h) concorre para a maior efetividade da atividade fiscalizadora da ANTAQ firmeza na aplicação das sanções previstas na norma anexa que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANATQ, atualmente estabelecido pela Resolução nº 3.259-ANTAQ, de 2014.

COMPARAÇÃO E ESCOLHA DAS ALTERNATIVAS DE AÇÃO CONSIDERADAS

Como estratégia principal, a presente atuação regulatória consiste em estabelecer os critérios e procedimentos para a celebração e o acompanhamento, no âmbito administrativo, de termo de compromisso de ajustamento de conduta - TAC entre a ANTAQ e compromissária, alternativamente à imposição de penalidade, em substituição às disposições contidas no Capítulo V - DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUCTA, da norma anexa à Resolução nº 3.259-ANTAQ, de 2014, assim sumariados:

- i) coadunar os procedimentos de fiscalização e respectivos procedimentos administrativos sancionadores com a análise da possibilidade de celebração de TAC;
- j) coadunar o amplo direito do compromissário à defesa e ao contraditório com o espectro de sanções aplicáveis em caso de descumprimento;
- k) conferir celeridade à adequação da conduta dos agentes que hajam incidido no cometimento de infração às disposições legais, regulamentares e contratuais, mediante o estabelecimento de compromissos;
- l) aprimorar os procedimentos da equipe técnica de fiscalização da ANTAQ tendentes a municiar a autoridade julgadora com os instrumentos verificadores da hipótese de celebração de TAC como o meio adequado e próprio à realização do interesse público no caso concreto; e
- m) otimizar a aplicação dos critérios de transparência e equanimidade do processo administrativo sancionador como um todo.

Conclui-se que esses resultados poderão ser alcançados por meio de Resolução Normativa específica, aprovada pela Diretoria colegiada da ANTAQ no bojo de um processo técnico-jurídico que admita a participação social na forma de consulta e audiência públicas.

ESTRATÉGIA DE IMPLEMENTAÇÃO, MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO

Para a implementação da nova norma não é necessária a contratação de serviços de terceiros nem a aquisição de novos equipamentos, haja vista a estrutura disponível na ANTAQ em termos de pessoal, recursos de tecnologia da informação - TI e expertise nas atividades que compõem o arcabouço fiscalizatório e sancionador estabelecido na norma anexa à Resolução nº 3.259-ANTAQ, de 2014.

Não obstante isso, convém sublinhar que a aplicação da resolução normativa em análise vai requerer aprimoramento dos procedimentos de gestão de processos administrativos sancionadores no que tange às condições norteadoras de possíveis termos de compromisso de ajustamento de conduta a ser celebrados, coadunando a observância do interesse público – avaliado proporcionalmente ao valor das penalidades cominadas à infração cometida – com a garantia ao amplo direito do compromissário à defesa e ao contraditório.

Nesse sentido, ganham maior relevo as atividades de capacitação das equipes técnicas da SFC, no âmbito das gerências de fiscalização e das unidades regionais da ANTAQ, para o esforço conjunto de levantar e analisar dados e informações necessárias para modelagem do possível termo de compromisso, e para subsidiar o acompanhamento do TAC conforme está preceituado no item 2.5, a seguir.

Para conferir maior agilidade ao processo decisório nesta primeira etapa em que se apresentará à Diretoria anteprojeto normativo para dispor sobre ajustamento de condutas, com vistas à aprovação do projeto a ser submetido a consulta e audiência públicas, recomenda-se que concomitantemente ao encaminhamento dos autos à assessoria técnica do Diretor relator - AST-DT, em conclusão da diligência aberta por meio do despacho SEI 0540564, haja o encontro de opiniões entre SRG e SFC, que atuaram na primeira fase desta instrução técnica, no âmbito do GT instituído pela Portaria nº 132-ANTAQ, de 2016.

Entendemos pela conveniência desse encontro entre as setoriais técnicas corresponsáveis pela proposição da resolução normativa em estudo, em consideração às alterações propostas pela SRG/GRP com base na análise da nota jurídica nº 140/2018/NCA/PFANTAQ SEI 0534832, e visando a aparar arestas que possam dificultar o posicionamento do Diretor relator expresso no relatório - voto a ser apresentado ao colegiado.

A ANTAQ deve habilitar-se a manter a sociedade e os regulados informados sobre o grau/nível de eficácia/eficiência na utilização do instituto TAC em substituição à aplicação de penalidade, por ser essa a forma de auscultar-se o interesse público e avaliar-se como ele está sendo atendido pela novel regulamentação.

Nesse contexto, caberá à SFC coligir elementos subsidiários a estudos/relatórios de questões como, por exemplo, (a) percentual de processos punitivos que tenham aplicação do instituto, (b) percentual de (des)cumprimento dos TAC celebrados, (c) percentual de reincidência de agentes que celebrem TAC e comparativo com o percentual de reincidência de agentes que sofram punição/multa, (d) montante de diminuição da receita de multas que a aplicação do instituto implica, entre outros que deverão estar disponíveis para críticas da sociedade e dos regulados.

CONSIDERAÇÕES SOBRE MANIFESTAÇÕES EM PROCESSOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Conforme exposto alhures, pretende-se a edição de resolução normativa para dispor sobre o procedimento e critérios de celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito de sua competência, **o qual ainda será objeto de audiência e consulta públicas.**

Desse modo, a presente versão ora disponibilizada às instâncias superiores da ANTAQ e à sociedade certamente ainda será objeto de aprimoramentos até sua versão final, por meio da considerações de eventuais subsídios ofertados no âmbito da **audiência e consulta públicas**, os quais serão avaliados e poderão ser incorporados na versão conclusiva deste ato normativo.

CONCLUSÃO DO AIR

A partir da análise estruturada do problema regulatório e das possíveis soluções para otimizar o ambiente setorial, ficaram evidenciados os benefícios advindos da opção de regular por

meio de ato normativo próprio, para o qual se estima um aumento da utilização do instituto de ajustamento de condutas atualmente previsto no âmbito da Resolução nº 3.259-ANTAQ/2014, gerando mais clareza e transparência acerca dos critérios e procedimentos inerentes e trazendo maior segurança jurídica setorial.

Cabe destacar que esses efeitos prospectivos, por ora somente estimados, serão oportunamente mensurados na medida em que for executada a Análise de Resultado Regulatório - ARR após um tempo razoável de implementação do normativo, podendo gerar novas revisões e aprimoramentos decorrentes da experiência acumulada.

Elaboração:

JOEL NASCIMENTO

Especialista em Regulação Portuária

Aprovação:

DAX RÖSLER ANDRADE

Gerente de Regulação Portuária - GRP



Documento assinado eletronicamente por **Joel Santos Nascimento, Especialista em Regulação de Serviços de Transporte Aquaviários**, em 28/09/2020, às 18:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **Dax Rosler Andrade, Gerente de Regulação Portuária**, em 29/09/2020, às 09:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 1º, art. 6º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://www.antaq.gov.br/>, informando o código verificador **1144976** e o código CRC **53F55CB9**.