Número 40 – novembro/dezembro/janeiro – 2014-15 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861

O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS: ANÁLISE DOS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

Anderson Marcio de Oliveira
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Email: andersonoliveira20@hotmail.com

Resumo
O Tribunal de Contas da União - TCU tem intensa atuação na concessão de serviços públicos. Por força da IN 27/1998, exarada pelo próprio tribunal, sua análise ocorre de maneira prévia e concomitante a todo o processo de concessão dos serviços públicos. O objetivo deste trabalho é analisar a legitimidade deste Tribunal de avocar a prerrogativa do Administrador Público e impor diretrizes de natureza regulatória econômica bem como qual deve ser o papel do TCU na análise dos estudos de viabilidade de uma concessão. A discussão será pautada pela análise de duas condicionantes para publicação do edital de licitação dos arrendamentos portuários situados em Santos e no Pará, impostas pelo TCU através do Acórdão 3661/2013, que exigiu a previsão de teto tarifário para todos os arrendamentos portuários bem como a inclusão de cláusula que garantisse a revisão tarifária periódica.

Abstract
The Federal Court of Auditors (TCU) is a key participant in the concession of public services. In accordance with IN 27/1998, drawn up by the court itself, analyses should take place prior to and throughout the entire process of granting public services. The objective of this study is to analyse the legitimacy of this court to revoke the prerogative of the public administrator and to impose economic regulatory guidelines, as well as to determine the role of the TCU in analysing the feasibility studies for a concession. The discussion will be guided by the analysis of two of the conditions included in the bidding terms for the lease of ports located in Santos and Para, imposed by the TCU through ruling 3661/2013, which required the provision of a tariff ceiling for all port leases, as well as the inclusion of a clause guaranteeing a periodic tariff review.

Introdução

No Brasil, o tema da regulação ganhou importância a partir da década de 90 com as privatizações, momento em que o Estado repassa à iniciativa privada atividades que antes exercia por conta própria. Nesse cenário, são criadas as agências reguladoras, que têm como principais objetivos promover a regulação social e econômica do setor sob sua responsabilidade e atuar como órgão técnico entre o concessionário e o usuário.

A regulação econômica tem por base garantir a eficiência e a concorrência e surge da necessidade de se corrigir as denominadas "falhas de mercado", tais como monopólio, assimetria de informações entre os agentes econômicos e externalidades. A preocupação é que tais falhas não comprometam a eficiência econômica (DIÓGENES, 2011, p.5).

Um agente regulador de serviços públicos é um exemplo clássico de um regulador tradicionalmente classificado como 'econômico'. Eles são criados para proteger contra os abusos do poder de monopólio, mediante a redução de barreiras à competição e o aumento da escolha do consumidor ou, em situações nas quais não é possível introduzir a competição, mediante a intervenção para simular os resultados de um mercado competitivo (WINDHOLZ, 2013, p.5).

Sendo assim, a temática sobre regulação econômica estaria na alçada discricionária da agência reguladora, cabendo-lhe decidir sobre o modelo regulatório mais adequado para o setor, respeitando as diretrizes contidas nas políticas públicas traçadas pelo Estado.

Atualmente, percebe-se que o Tribunal de Contas da União - TCU tem adentrado na análise de questões de caráter regulatório nos processos em que atua como fiscalizador de desestatização.

O TCU possui intensa atuação nas modelagens de concessão de serviços públicos. Por força da IN 27/1998, exarada pelo próprio tribunal, sua análise ocorre de maneira prévia e concomitante a todo o processo de concessão dos serviços públicos.

O objetivo deste trabalho é analisar a legitimidade deste Tribunal de avocar a prerrogativa do Administrador Público e impor definições de natureza regulatória bem como qual deve ser o papel do TCU na análise dos estudos de viabilidade de uma concessão de serviços públicos.

O exemplo aqui escolhido para nortear esta discussão será a análise das condicionantes determinadas pelo TCU quando da aprovação dos estudos referentes aos arrendamentos portuários localizados nos portos de Santos e do Pará. O Acórdão 3661/2013 determinou, dentre outras condicionantes, que

para a publicação do edital de licitação fossem definidos: (i) teto tarifário em todos os arrendamentos; (ii) cláusula de revisão tarifária periódica.

Para cumprir com seu objetivo este trabalho está dividido em três partes. A primeira dedica-se a traçar um panorama geral do setor portuário e do atual marco regulatório. A segunda tratará das prerrogativas do TCU na análise dos estudos preparatórios e da discussão doutrinária sobre a possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários oriundos das agências reguladoras. Por fim, serão analisadas detidamente as condicionantes acima elencadas.

1. Panorama geral do setor portuário

O setor portuário brasileiro pode ser enquadrado no modelo *Landlord Port,* no qual o porto é de propriedade do Estado, que é responsável pela sua administração e pelos investimentos em manutenção e expansão de infraestrutura, enquanto a operação portuária propriamente dita (embarque, desembarque e armazenagem) é realizada pela iniciativa privada, responsável pelos investimentos da superestrutura do terminal. (BOOZ, 2012, p. 141)

Resumidamente pode-se dizer que os principais atores no setor portuário são: (i) a Secretaria de Portos - SEP, responsável por determinar as diretrizes para o setor; (ii) A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ que tem como principais funções a implementação das políticas traçadas pela SEP e fiscalização do setor; (iii) as autoridades portuárias[1] responsáveis pela gestão dos portos (iv) e, por fim, o detentor do terminal portuário que é chamado de arrendatário e tem como obrigação realizar a operação do terminal[2].

Recentemente, o setor portuário sofreu significativa alteração no seu marco regulatório. A mudança ocorreu com a edição da Medida Provisória 595/2012[3] que tinha como objetivos: "propiciar a expansão da economia brasileira, tornar o setor mais eficiente, ampliar a infraestrutura e modernizar a gestão portuária, através do estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e do aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada"[4].

Depois de acirrado debate no parlamento, a citada Medida Provisória foi convertida na Lei 12815/2013[5] trazendo diversas inovações para setor. Dentre

[1] As autoridades portuárias podem ser as Companhias Docas, ou nos casos de portos delegados, entes criados pelo estado ou município para exercer a gestão portuária.
[2] Para efetiva operação (embarque e desembarque) podem ser contratados operadores portuários habilitados perante a Autoridade Portuária que não sejam arrendatários.
[3] Até então vigorava a Lei 8630/1993.
[4] Exposição de Motivos da MP 595/2012.
[5] Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/apos-maratona-governo-consegue-salvar-mp-dos-portos/>

tais modificações destacam-se: (i) centralização do procedimento licitatório na ANTAQ (antes tal atribuição estava na alçada das autoridades portuárias); (ii) alteração dos critérios de seleção da melhor proposta, sendo abandonado o modelo de pagamento de maior outorga e adotando-se a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga ou outro critério previsto na regulamentação da Lei[6], (iii) nova definição de terminal de uso privado, permitindo apenas que sejam instalados fora da área do porto organizado, (iv) fim do conceito de carga própria e carga de terceiros[7].

A SEP, em conjunto com a ANTAQ, vem, desde 2013, desenvolvendo o Programa de Arrendamentos Portuários nos portos públicos. Este programa de arrendamentos contempla 159 áreas portuárias em 23 portos públicos e tais terminais foram divididos em quatro blocos. Fazem parte do primeiro destes blocos os arrendamentos nos portos de Santos e do Pará – Bloco I (Belém, Miramar, Vila do Conde, Outeiro e Miramar).

Para a realização da licitação dos arrendamentos foram realizados estudos que serviram para subsidiar o edital. Estes estudos pertencentes ao Bloco I, que são os primeiros realizados de acordo com as diretrizes do novo marco legal, foram submetidos ao crivo do TCU para realização da análise do primeiro estágio de fiscalização nos processos de desestatização.

2. A análise dos estudos preparatórios pelo TCU

O Tribunal de Contas da União desempenha papel fundamental nos processos de desestatização. É inegável que sua função de fiscalização e acompanhamento tem melhorado a qualidade dos projetos de infraestrutura e assegurado maior controle dos atos do Executivo na realização das licitações.

A análise dos estudos a ser realizada por este Tribunal foi inicialmente prevista na Lei 8031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização - PND, e que foi posteriormente revogada pela Lei 9491/90[8], a qual manteve a necessidade de apreciação pelo TCU.

Atualmente, a participação do TCU nos processos de desestatização está regrada na IN 27/1998, que no seu art. 7º define os cinco de estágios de

[6] O art. 9º do Decreto 8033/2014 delimita as possíveis variáveis a ser utilizadas nas licitações de concessão e de arrendamento, podendo ser utilizados 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. O edital poderá prever ainda a utilização de um dos seguintes critérios para julgamento, associado com um ou mais dos critérios anteriormente previstos: I - maior valor de investimento; II - menor contraprestação do poder concedente; ou III - melhor proposta técnica, conforme critérios objetivos estabelecidos pelo poder concedente.

[7] Outras modificações importantes foram trazidas pela nova legislação. As citadas neste trabalho são aquelas que possuem maior relação com tema aqui tratado.

[8] Art. 18, VIII.

acompanhamento. Interessa, para este trabalho, apenas a primeira etapa de acompanhamento. Segue a previsão contida no referido documento:

> 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.

Pela leitura do dispositivo, entende-se que a função do TCU durante a avaliação dos estudos seria de verificar a consistência das informações ali contidas e determinar alterações. A fiscalização ficaria, portanto, adstrita às questões econômicas, técnicas e ambientais tendo por base os documentos apresentados.

Não se trata de limitar a competência do TCU apenas à análise dos dados apresentados nos estudos, mas deve-se ter em mente que algumas diretrizes no processo de concessão estão inseridas na esfera de competência decisória dos entes políticos ou regulatórios.

Na prática este Tribunal vem determinando a adoção de condicionantes para a aprovação dos estudos que estão fora de sua alçada de atribuição. Algumas dessas condicionantes do TCU possuem natureza de verdadeiras “decisões administrativas” que deveriam permanecer no âmbito da Administração.

Caberia ao Administrador, dentre as opções legalmente permitidas, definir qual a melhor solução para o caso concreto. Este é o conceito de discricionariedade administrativa que nas palavras de Di Pietro (2001, p. 67) se configura como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.

Nesse sentido, segue abaixo a opinião de Barroso (2002, p. 304) de que não caberia ao Tribunal de Contas adentrar na análise do mérito das decisões relacionadas às atividades fins da agência reguladora:

> Assim sendo, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando dela não envolvam dispêndio de recursos públicos. Isto se dá, por exemplo, quando o Tribunal de contas objetiva obter informações a

> respeito de deveres dos concessionários, atividade que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem razão da criação da própria agência reguladora. Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação da separação de Poderes.
> Este, portanto, limite da atribuição do Tribunal de Contas. Nada, rigorosamente nada, no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.

Interpretação diversa da acima apresentada é feita por Di Pietro (2002, p. 64) afirmando que "as agências reguladoras estão sujeitas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Portanto, estão sob controle do Tribunal de Contas e, todos os seus atos, inclusive os finalísticos, conforme disposto no art. 71, VI, da Constituição Federal, ao instituir competência para realização de inspeções e auditorias de natureza operacional nas entidades sob sua jurisdição".

Apesar da divergência doutrinária acima explicitada, parece-nos que caberá sempre ao TCU a possibilidade de questionar a motivação que levou o Administrador a tomar determinada decisão. No entanto, não pode este Tribunal arrogar-se na prerrogativa de decidir por conta própria qual deve ser a solução a ser adotada e obrigar a Administração a implementá-la. Ainda mais quando se tratar de decisão legítima do Administrador e não estiver eivada de qualquer vício de legalidade e satisfatoriamente motivada.

3. A regulação no setor portuário

A função de um porto é ser um elo na cadeia logística de transporte de bens. Assim, diante dos diferentes tipos de produtos escoados por esse modal, a lógica regulatória variará de acordo com a estrutura da cadeia existente para a movimentação de determinada carga.

De maneira geral, as cargas transportadas num porto podem ser divididas entre granéis, *commodities* de baixo valor agregado e carga geral. Os granéis podem ser sólidos (minerais e agrícolas[9]) ou líquidos (derivados de petróleo – gasolina, agrícolas[10] e químicos). A carga geral divide-se entre *roll on/ roll off*[11], solta ou conteinerizada (SILVA, 2011, p. 23).

A cadeia de granéis sólidos minerais tem início geralmente numa mina, envolvendo produtos pesados e de baixo valor agregado, transportados comumente por ferrovias. Esse mercado é dominado por grandes *players*, como a Vale do Rio Doce ou a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), que,

[9] Soja, açúcar, milho.
[10] Vinho, azeite, sucos.
[11] Veículos, tratores, caminhões.

em geral, dominam toda cadeia logística de transportes, ou seja, da ferrovia até os terminais portuários. O terminal, nesse caso, funciona como parte de uma cadeia logística integrada e verticalizada e não como um prestador de serviços de movimentação e armazenagem, sendo mero centro de custo.

No caso dos granéis sólidos agrícolas, os terminais arrendados, em sua maioria, pertencem a *traders* que possuem escala e poder aquisitivo para tanto. Nessa cadeia, ao contrário dos granéis minerais, há movimentação de carga de terceiros e o transporte desse tipo de carga também ocorre por rodovias, facilitando-se, assim, o acesso ao porto. A presença de fazendeiros e cooperativas sem escala suficiente de movimentação para seu próprio terminal diminui a quantidade de carga cativa transportada, incentivando a concorrência intraterminal. (SILVA, 2011, p. 25).

Outro importante segmento existente nos portos é do setor de contêiner, que transporta diferentes tipos de produtos e se dedica à prestação de serviços a terceiros. O grande desafio neste setor é aliar a necessidade constante de aumento de escala com a regulação e o incentivo à concorrência.

Feita essa breve análise de alguns segmentos que utilizam os terminais portuários, percebe-se que, em alguns casos, o usuário do terminal confunde-se com a figura do próprio arrendatário. Interessante contribuição nesse sentido é de José Silva (2011, p. 30) ao propor que: “tendo em vista que movimentação e armazenagem são consideradas como serviço público, deve-se questionar também que tipo de movimentação de mercadoria deveria ser enquadrado nesse conceito”. Em outras palavras, apesar de estar conceitualmente inserido na definição de serviços públicos, nem toda movimentação de carga se configura efetivamente numa prestação de serviços para terceiros.

Evidente que essa realidade setorial causa reflexos nas questões regulatórias, definindo qual aspecto (concorrência, eficiência, preço) deverá merecer maior atenção por parte do ente regulador para cada tipo de carga.

Analisando-se, por exemplo, os terminais que atuam como centro de custo, não se justifica a existência de tetos tarifários já que não haverá prestação de serviços a terceiros. A atenção do regulador neste caso deve estar voltada para ganho de produtividade com aumento de capacidade de movimentação. Nesse sentido é a análise realizada por Silva (2011, p. 32):

> A licitação nesse tipo de arrendamento continua sendo extremamente necessária. Não apenas por critério legal, mas econômico. O espaço de um porto é limitado, logo, algum grau de controle da entrada deve sempre existir. Mas a licitação deveria ter como foco a remuneração justa pela utilização do terreno e a escolha do melhor negócio para a autoridade portuária, considerando o planejamento nacional e local para o setor. Ou seja, deve-se retirar o foco na regulação econômico-financeira do contrato, na medida em que não se está falando em prestação de serviços a terceiros.[12]

[12] Ainda estava em vigor a Lei 8630/1993 que previa a outorga como critério de seleção.

Traçado esse breve panorama percebe-se que, diante da variedade de serviços prestados no setor portuário, as medidas regulatórias não podem ser a mesmas para todas as cadeias, devendo-se priorizar o aspecto regulatório mais relevante no intuito de garantir a melhor utilização do bem público. Em suma, o porto compreende diversas atividades e a regulação não pode se dar de maneira generalizada sem levar em conta a realidade de cada cadeia que utiliza esse modal.

Sendo assim, o papel do ente regulador é de avaliar o setor, os *players* e o tipo de atividade prestada em cada um dos terminais para definir as diretrizes regulatórias mais adequadas.

4. A análise realizada pelo TCU nos arrendamentos portuários dos portos de Santos e do Pará

Foram submetidos à análise do TCU os estudos de viabilidade dos terminais pertencentes ao Bloco I. Após realizar sua análise dos estudos, a Corte de Contas proferiu o Acórdão 3661/2013[13], no qual impunha dezenove condicionantes para a publicação do edital de licitação.

A Secretaria de Portos se pronunciou em relação ao referido acórdão de duas maneiras distintas. Primeiramente, interpôs um pedido de reexame[14] para quatro condicionantes do acórdão. Já em relação aos quinze itens restantes, apresentou as modificações solicitadas para que fosse realizada uma nova análise sobre o cumprimento das condicionantes contidas no Acórdão 3661/2013[15].

Dentre as condicionantes objeto do pedido de reexame[16],duas provocam maior interesse para este trabalho, pois são de natureza regulatória cuja atribuição de definição seria da agência reguladora, neste caso a ANTAQ.

---

[13] Processo: 029.083/2013-3.

[14] Foram objeto de reexame as seguintes condicionantes:
I – 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;
II - estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade constantes de concessões portuárias;
III - 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; valores, sem o artifício de aumentá-las para tornar viável o fluxo de caixa dos projetos;
IV - 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;

[15] Das dezenoves condicionantes impostas pelo Acórdão 3361/2013, quinze já foram cumpridas e a análise do TCU foi concluída através do Acórdão 1555/2014.

[16] O pedido de reexame não havia sido julgado até o fechamento deste artigo.

Estas condicionantes são: (i) estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade constantes de concessões portuárias; (ii) 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.

Nos próximos tópicos, serão analisadas detidamente tais imposições bem como sua repercussão no processo regulatório.

4.1 A imposição de tetos tarifários

A ANTAQ decidiu para os novos arrendamentos portuários a utilização de duas variáveis de leilão, quais sejam: maior capacidade efetiva de movimentação e menor tarifa. A escolha das variáveis foi feita levando-se em consideração qual seria a mais adequada para o tipo de carga a ser movimentado.

O critério de maior capacidade efetiva foi utilizado para os tipos de carga em que, habitualmente, os terminais fazem parte da cadeia produtiva de uma empresa ou consórcio, ou são controlados por comercializadoras/consolidadoras de cargas. Nesses casos, o fenômeno da verticalização torna a seleção por menor tarifa inócua, já que tomador e prestador do serviço são o mesmo agente. Para alguns terminais, que possuem como a variável de leilão a maior movimentação efetiva, também foi estabelecida contratualmente tarifa teto.

Foi adotado, de forma geral, o critério de menor tarifa para os tipos de carga em que, usualmente, os terminais são basicamente prestadores de serviço para terceiros, e seus operadores tratam o serviço como atividade-fim (com objetivos econômicos). Este critério foi utilizado, por exemplo, para os terminais vocacionados à movimentação de contêineres e de veículos. Em alguns terminais cuja variável de leilão é a menor tarifa, também foi contratualmente estabelecida uma movimentação mínima anual.

Sendo assim, nos estudos apresentados pela ANTAQ ao TCU para licitações dos arrendamentos portuários do Bloco 1 tem-se o seguinte panorama: 1) terminais licitados com base na maior movimentação; 2) terminais licitados com base na maior movimentação e que possuem previsão contratual de tarifa teto, 3) terminais licitados com base no desconto na tarifa e 4) terminais licitados por tarifa e que possuem estipulação contratual de movimentação mínima estabelecida.

Percebe-se que parte dos terminais a ser licitados não possui a previsão de tarifa teto, seja como variável de leilão, seja como estipulação contratual. A

ausência de tarifa teto nesses terminais foi justificada pela ANTAQ tendo em vista não haver necessidade de teto tarifário em terminais que fazem parte de cadeias verticalizadas, bem como naqueles que se encontram em ambiente competitivo saudável[17].

A justificativa da Agência não prosperou e, de acordo com o voto da relatora[18], a estipulação de tarifa teto seria medida indispensável para coibir a cobrança de preços abusivos e garantir modicidade tarifária para o usuário, mesmo quando se tratassem de cadeias verticalizadas e em mercados que apresentassem ambiente competitivo. O Acórdão 3661/2013 determinou que todos os terminais dos estudos passassem a ter teto tarifário.

A decisão do TCU foi pautada numa interpretação literal da legislação, levando em consideração que, por se tratar de serviço público, seria necessário o estabelecimento de tetos tarifários em todos os terminais portuários.

Em outras palavras, o entendimento do TCU é no sentido de que todo serviço público deve possuir tarifa teto, independentemente da real eficácia de sua estipulação. Logo, como o serviço portuário é um serviço público todos os terminais deverão possuir este limite tarifário.

Diante deste posicionamento, retirou-se da ANTAQ qualquer possibilidade de análise do mercado portuário e de avaliação sobre a pertinência de adoção de teto tarifário.

Fica assente que a ANTAQ decidiu deliberadamente e com análise do setor por não adotar tarifa teto em alguns terminais, tendo por base o cenário concorrencial e a inocuidade de tal estipulação. Não se pode argumentar portanto, que teria ocorrido uma omissão por parte do órgão regulador no cumprimento de seu papel, mas sim em uma tomada de decisão no sentido de que não seria a melhor alternativa estipular tetos tarifários para alguns terminais.

4.2 A previsão de cláusula de revisão tarifária periódica no contrato

Outra condicionante elencada pelo TCU no Acórdão 3661/2013 para a publicação do edital refere-se à 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.

[17] Relatório da SEFID utilizado pela Relatora para embasar seu voto. TC 029.083/2013-3.

[18] TC 029.083/2013-3.

Nas versões de minuta contratuais disponibilizadas pela ANTAQ, não havia a previsão de revisões tarifárias periódicas ao longo do prazo de arrendamento. A Agência optou por um modelo classificado como regulação por contrato, no qual se procura *ex ante* delimitar todas as principais regras que regerão a concessão.

Na regulação por contrato são estabelecidos de partida elementos como tarifa-teto inicial por serviço e a regra de reajuste anual, investimentos obrigatórios e gatilhos de investimento, o nível mínimo de qualidade, a alocação de riscos e as regras de reequilíbrio. Por esta modalidade regulatória não há a figura da revisão tarifária periódica, ou seja, o preço é definido em contrato e não é realinhado periodicamente de acordo com os custos da firma (CAMACHO; RODRIGUES, 2014, p. 270).

A utilização deste tipo de regulação de preço exige do regulador o desenho de um leilão competitivo em que ocorra efetivamente a concorrência, uma vez que será apenas nesse momento em que será possível extrair sinais do mercado nessa categoria regulatória (CAMACHO e RODRIGUES, 2014, p.271).

Outra possibilidade para regulação de preços apontada pela literatura seria a regulação discricionária na qual ocorrem revisões tarifárias e os preços são realinhados periodicamente aos custos da firma regulada. A regulação discricionária se subdivide em dois tipos: tarifa teto e custo de serviço[19].

Caso a decisão do TCU não seja reformada, o setor portuário passará a seguir a regulação discricionária por tarifa teto, na qual o regulador estima os custos esperados na prestação do serviço para o próximo ciclo tarifário e estabelece um preço que cubra tais custos. Neste modelo, existe a figura da revisão tarifária periódica, que, em geral, ocorre a cada cinco anos.

Cada um dos modelos apresentados – regulação discricionária ou por contrato - possui características próprias que necessitam ser levadas em consideração para sua aplicação no intuito de garantir o uso mais apropriado para determinado setor.

É papel do regulador identificar os riscos de negócio do setor regulado e definir o modelo regulatório que crie os incentivos corretos dados os riscos existentes, maximizando o bem-estar social.

Quando o TCU impõe a inclusão de revisão periódica, olvida-se das repercussões regulatórias que tal medida pode ensejar, como, por exemplo, o aumento do custo regulatório que a revisão periódica acarretará para a

[19] Na regulação discricionária por custo do serviço o regulador computa os custos incorridos na prestação do serviço (incluindo a taxa de retorno adequada) e então estabelece o preço que cubra esses custos, ou seja, a regulação é *ex post.*

ANTAQ. Além disso, retira da agência reguladora a prerrogativa de decidir de que maneira ocorrerá a regulação de preços no setor portuário.

Não é intenção deste artigo adentrar na discussão de qual modelo seria mais adequado para o setor portuário, mas trazer à discussão se caberia ao TCU impor a inclusão de cláusula cuja natureza é exclusivamente regulatória e, portanto, de competência do ente regulador.

No caso aqui tratado, o ente regulador dispunha de duas opções legítimas para realizar a regulação de preços - discricionária ou por contrato – tendo optado pela segunda por ser na sua avaliação a solução mais adequada.

Para as duas condicionantes impostas pelo TCU aqui discutidas, está pendente até o fechamento deste artigo o julgamento do recurso de reexame interposto pela Secretaria de Portos para que fosse revisto o posicionamento deste tribunal.

5. Conclusões

É inegável que o trabalho de fiscalização e acompanhamento realizado pelo TCU nos processos de concessão de serviços públicos tem sido de fundamental importância para garantir maior qualidade e consistência aos estudos preparatórios para realização da licitação.

Ocorre que este relevante papel desempenhado pela Corte de Contas deve respeitar os limites de competência de cada um dos envolvidos na concessão. Algumas decisões tomadas pelo Poder Concedente ou Agência Reguladora estão no âmbito de sua discricionariedade administrativa e deve ser assegurada a estes entes a possibilidade de definir diretrizes que na sua avaliação são as mais adequadas.

Nos casos aqui tratados, chama a atenção o fato de ter havido uma decisão da ANTAQ por determinado modelo regulatório e não omissão regulatória. A agência deliberou por não estipular tetos tarifários quando lhe pareceu ser a medida adequada bem como pela não inclusão de revisões tarifárias periódicas.

Demonstrou-se neste artigo, através do exemplo ocorrido no setor portuário, que determinações exaradas pelo TCU têm adentrado em matérias cuja alçada decisória deveria ser do ente regulador.

Reputa-se importante que as avaliações do TCU durante a análise dos estudos não fiquem limitadas a interpretações literais de dispositivos normativos e conceitos jurídicos e passe a considerar também realidades setoriais, bem como os reflexos que sua decisão acarretará na definição do modelo regulador de cada setor.

Até a conclusão deste artigo, ainda estava pendente de análise pela Corte de Contas o recurso de reexame interposto pela Secretaria de Portos que requer a revisão de posicionamento deste tribunal. Espera-se que a discussão suscitada por este artigo possa contribuir para a reavaliação da atuação desta nobre corte, e para a otimização da atuação conjunta com as agências reguladoras.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras Constituição, transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 229, p. 285-311, jul/set 2002.

BOOZ & Company. **Análise e avaliação da organização institucional e da eficiência de gestão do setor portuário brasileiro**. BNDES. 2012.

BRASIL. **Lei 8031/30, 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acessado em: 24/09/2014.

BRASIL. **Lei 9491/90 de 09 de setembro de 1990.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n° 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acessado em: 24/09/2014.

BRASIL**. Lei 8630/1993, 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). Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8630.htm>. Acessado em: 24/09/2014.

BRASIL. **Lei 12815/2013, 05 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; altera as Leis n^{os} 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis n^{os} 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis n^{os} 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Basília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acessado em 25/09/2014.

BRASIL. **IN 27/1998 TCU, 02 de dezembro de 1998.** Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização. Disponível em : <

http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2063576.PDF>. Acessado em 24/09/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3661/2013**. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 10/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1555/2014**. Plenário. Relator: Ministra Ana Arraes. Sessão de 11/06/2014.

CAMACHO, Fernando Tavares e RODRIGUES, Bruno da Costa Lucas. Regulação econômica de infraestrutura: como escolher o modelo mais adequado? **Revista do BNDES**, nº 41, p. 257-288, junho de 2014.

DIÓGENES, Aline Guimarães. **Reajustes e revisões nos contratos de arrendamentos portuários operacionais de uso público**: o caso da Companhia Docas do Estado de São Paulo. Artigo (Especialização em Controle da Regulação), Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, Brasília, 2011.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na constituição de 1988**. Atlas. São Paulo. 2001.

_____. **O equilíbrio econômico-financeiro e o controle das agências reguladoras**. In: Seminário O Controle externo na regulação de serviços públicos. Brasília: Tribunal de Contas da União, p. 53-65, 2002.

VIEIRA, Marcia Cristina Nogueira. O controle do tribunal de contas da união sobre os atos discricionários das agências reguladoras à luz dos princípios constitucionais *In*: **Regulação de serviços públicos e controle externo** / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Desestatização, 2008.

SILVA, José Arthur Bezerra Silva. **Os serviços e as atividades praticadas no âmbito do setor portuário que se enquadram no conceito de serviço público e sua relação com a regulação econômica-financeira**. Artigo Científico (Especialização em Controle Externo, área regulação), Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU, Brasília, 2011.

WINDHOLZ, Eric; HODGE, Graeme A. Conceituando regulação social e econômica: implicações para agentes reguladores e para atividade regulatória atual. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, set./dez, p. 13-56, 2013

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

OLIVEIRA, Anderson Marcio de. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 40, novembro/dezembro/janeiro, 2014-2015. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-40-NOVEMBRO-2014-ANDERSON-OLIVEIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.