

PARECER

Interessado: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados

Assunto: Consulta pública realizada para discussão de proposta de alteração da Poligonal do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina, apresentada pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República. Ilegalidade da consulta pública, por inobservância da Lei nº 9.784/99 e da Lei nº 12.527/11. Ilegalidade da proposta, por estar em desacordo com os parâmetros fixados pelo artigo 15, parágrafo único, da Lei nº 12.815/13, com o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento - PDZ e com o Plano Master.

Honra-nos Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados com consulta a respeito de questões relacionadas com proposta feita pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR) para definição de nova poligonal (delimitação geográfica) do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina, localizado no Estado do Paraná.

A consulta foi feita nos termos a seguir transcritos.

DA CONSULTA

A Consulente tomou conhecimento de que a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR), no dia 19 de dezembro de 2014, publicou em seu *site* na internet a notícia de que está dando início a uma consulta pública, a qual tem por objeto colocar em discussão a proposta de nova “poligonal”

(delimitação geográfica da área do porto organizado) do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina, localizado no Estado do Paraná.

A alteração da poligonal do Porto Organizado tem efeitos bastante significativos. A nova Lei dos Portos (Lei nº 12.815) não só conceituou o Porto Organizado como um bem público (art. 2º, inciso I), como também elegeu o critério da localização como definidor dos regimes jurídicos aplicáveis aos terminais portuários. Terminais de uso privado em regra devem se localizar fora do Porto Organizado (art. 2º, inciso IV) e terminais de uso público, objeto de arrendamento, localizam-se no interior do Porto Organizado. Os regimes jurídicos em uma e outra situação são distintos. As situações excepcionais e transitórias são tratadas na própria Lei nº 12.815.

A presente consulta versa sobre dois aspectos da questão: (i) os requisitos procedimentais para a consulta pública e os efeitos de seu descumprimento e (ii) os limites estabelecidos pela Lei nº 12.815 para a alteração das poligonais dos portos organizados.

Não há nenhum edital formal de início da consulta pública disponível no sítio eletrônico da SEP/PR. Há apenas uma notícia de que foi iniciada a referida consulta, a qual tem o próximo dia 5 de fevereiro como prazo final para envio de contribuições por parte dos interessados. Nada foi publicado no Diário Oficial da União ou em qualquer outro veículo. A notícia no sítio eletrônico é o único ato inaugural desse procedimento.

Segundo o exposto no sítio eletrônico (porque, reitere-se, não há nenhum ato formal disponível), o desenho da nova poligonal proposta pela SEP/PR teria passado *“por discussão e aprovação da Administração Portuária e levou em conta as características e o ambiente de atuação do porto, considerando as áreas usadas em suas operações e suas necessidades de expansão a partir dos levantamentos de demanda e oferta contidos nos instrumentos de planejamento, de forma a atender ao disposto no Parágrafo único do Artigo 15 da Lei Nº 12.815/2013. Nele, está estabelecido que os limites devem levar em consideração os acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade e as instalações portuárias já existentes”*.

Não há mais nenhuma informação ou embasamento técnico no sítio eletrônico da SEP/PR. Simplesmente há um desenho comparativo das duas poligonais (a atual e a proposta), bem como as coordenadas da proposta e a cópia

do decreto que fixa a poligonal atual. Não há nenhum documento que reflita os fundamentos técnicos, econômicos, ambientais ou jurídicos que embasaram a proposta submetida à consulta, nem existe comprovação acerca da efetiva ocorrência das supostas discussões prévias.

No entender da Consulente, essa situação compromete a regularidade e a transparência da consulta pública. Não se sabe nem mesmo qual foi a autoridade que deu início ao procedimento, o que impossibilita a verificação dos requisitos formais de validade do ato administrativo – como a competência do agente, por exemplo.

Ademais, a ausência de prestação de informações impossibilita que os interessados tomem conhecimento dos motivos adotados pela SEP-PR, o que prejudica a formulação de contribuições pertinentes e relevantes. Por exemplo, não há como se fazer uma análise crítica mais detalhada da proposta submetida à consulta pública se os seus fundamentos técnicos não foram devidamente publicados. Nem se sabe se há algum embasamento técnico que tenha levado ao desenho da nova poligonal proposta.

Além da absoluta ausência dessas informações mínimas, a notícia do sítio eletrônico da SEP/PR **(1)** não indicou ter havido a divulgação da consulta pública pelos meios oficiais (como exige o art. 31, § 1º, da Lei nº 9.784); **(2)** não previu qual será o procedimento a ser seguido (o que conduz a uma possível violação dos arts. 32 e 34 da Lei nº 9.784)¹; e **(3)** não fez menção à possível realização de audiência pública para debates das propostas e das contribuições dos interessados, sendo que tampouco fundamentou os motivos que tornariam desnecessária a efetivação de tal ato (cuja possibilidade de realização é prevista no art. 32 da Lei nº 9.784).

Adicione-se a tudo isso que a consulta pública foi aberta na sexta-feira que antecedeu as semanas de Natal e Ano Novo. Trata-se de um período de difícil consulta a todos os interessados, inclusive em função de recessos e férias coletivas. O prazo fixado e o momento da realização da consulta são incompatíveis com a importância e a complexidade do tema, que demandam a realização de levantamentos técnicos, econômicos e ambientais, bem como o exame adequado e minucioso das análises supostamente realizadas pela SEP/PR (se e quando elas forem disponibilizadas a todos os interessados).

¹ Não há, por exemplo, a previsão de publicação das contribuições que forem encaminhadas nem de publicidade das análises que deverão ser feitas pela SEP/PR a respeito dessas contribuições.

Para se ter uma ideia do tempo necessário para a formulação de contribuições consistentes, a Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina – APPA, em 26 de setembro de 2014, publicou a Portaria nº 373/2014, que instituiu um Grupo de Trabalho justamente para a discussão da poligonal do Porto de Paranaguá. Desde então, foi realizada uma intensa agenda de reuniões ao longo dos últimos meses do ano de 2014, mas até o momento, passados mais de três meses, não se chegou a uma conclusão final. Isso atesta que a consulta pública deve estabelecer um prazo razoável e compatível com a complexidade da matéria.

Em função desses fatores, no dia 5 de janeiro de 2015, a ABRATEC – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público, no interesse do setor portuário e de seus associados, formulou pedido formal à SEP/PR de que lhe fossem imediatamente fornecidos todos os documentos, estudos, registros de discussão e aprovação, pareceres técnicos, econômicos, ambientais e jurídicos e demais informações que tenham sido levados em consideração pela SEP/PR para a formulação da proposta colocada em consulta pública, bem como os documentos comprobatórios da publicação da notícia acerca da consulta pública em veículos oficiais, conforme exigido pela Lei nº 9.784.

Na mesma oportunidade, a ABRATEC ressaltou que poderia tomar as medidas cabíveis para impugnar o modo que está sendo realizada a consulta pública.

O pedido foi fundamentado no princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), no art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal², nos arts. 3º, 37 e 46 da Lei nº 9.784³, e nos arts. 3º, 5º, 6º, 7º, 10 e 21 da Lei de Acesso à

² O dispositivo estabelece que “*todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*”.

³ Os dispositivos preveem o seguinte: art. 3º: “*O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados: (....) II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas*”; art. 37: “*Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias*”; e art. 46: “*Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvadas os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem*”.

Informação (Lei nº 12.527⁴). Até o momento, o pedido de fornecimento de informações não foi respondido.

Entretanto, a Consulente entende que a adoção das medidas pleiteadas no requerimento da ABRATEC é essencial à validade do procedimento. A consulta pública deve ser um instrumento de efetiva participação da sociedade, não mera ratificação de decisões administrativas previamente tomadas. Reputa que a consulta pública em questão deve ser anulada para que seja, se for o caso, novamente convocada no futuro se atendidos todos os requisitos exigidos.

A par dessas questões que dizem respeito à validade da consulta pública por defeitos procedimentais, a Consulente identificou outros problemas de natureza substancial. Tais questões refletem-se na atual consulta pública e em qualquer outra que venha a ser realizada no futuro.

Em primeiro lugar, a Consulente entende que não houve nenhuma demonstração pela SEP/PR de que estão sendo observados os parâmetros da Lei nº 12.815.

No entendimento da Consulente, as poligonais dos portos públicos não podem ser adaptadas fora das hipóteses do art. 68⁵. Isso porque tal dispositivo estabelece que as poligonais “que não atendam ao disposto no art. 15” deverão ser adaptadas. O art. 15⁶, por sua vez, estabelece parâmetros mínimos, e não

⁴ Os dispositivos mencionados estabelecem o seguinte: art. 3º: “Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”; art. 5º: “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”; art. 6º: “Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I – gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação; (...);” art. 7º: “O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: I – orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada; II – informação contida em registros ou documentos, informação primária, íntegra, autêntica e atualizada; V – informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VI – informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos (...);” art. 10: “Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida. (...). § 3º São vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público”; e art. 21: “Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais”.

⁵ “Art. 68. As poligonais de áreas de portos organizados que não atendam ao disposto no art. 15 deverão ser adaptadas no prazo de 1 (um) ano”.

⁶ “Art. 15. Ato do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, a partir da proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República. Parágrafo único. A delimitação da

máximos, do porto organizado. Na prática, isso significa que a alteração das poligonais é a exceção, possível se e quando as poligonais existentes, reconhecidas pelo art. 68, não atenderem a tais requisitos. Tanto é assim que a própria Portaria da APPA que criou o Grupo de Trabalho mencionado acima indica expressamente a necessidade de observância dos parâmetros do art. 15 da Lei nº 12.815.

A alteração de poligonais assumiu uma relevância especial após a edição da Lei nº 12.815 por pelo menos duas razões. Primeiro, delimita o âmbito de aplicação dos regimes de arrendamento (art. 2º, XI) e de terminal de uso privado (art. 2º, IV). Depois, estabelece a extensão de um *bem público*, assim definido inovadoramente o porto organizado pelo art. 2º, I, da Lei nº 12.815. O traçado da poligonal reduz ou aumenta a dimensão de um bem público e afeta o regime jurídico aplicável às instalações portuárias existentes e futuras.

Por decorrência, a supressão de uma área do porto organizado apenas para se outorgar autorização de terminal privado implicaria fraude ao regime de arrendamento, inclusive à exigência de licitação, frustrando a previsão do art. 59 da Lei nº 12.815. Não faria sentido a lei exigir a outorga de arrendamento mediante licitação se, ao mesmo tempo, atribuísse à Administração a prerrogativa de alterar livremente os limites da poligonal, excluindo da área do porto organizado (e da exigência de licitação) as áreas em que pretendesse autorizar serviços portuários sem prévia licitação.

No caso da consulta pública, a SEP/PR não se preocupou em demonstrar que sua proposta está observando os parâmetros da Lei nº 12.815. Aparentemente, supõe que a lei lhe atribui liberdade ampla para propor poligonal com a dimensão que entender mais adequada.

Em segundo lugar, a SEP/PR não demonstrou que a proposta submetida à consulta pública está observando o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado (PDZPO) e o Plano Master. Nem poderia fazê-lo, pois tais instrumentos reafirmam a adequação da atual poligonal e justificam sua manutenção.

O PDZPO e o Plano Master representam as diretrizes do planejamento portuário. Sua força vinculante já foi enunciada pelo TCU em inúmeros

área deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes".

precedentes⁷. Logo, de nada adiantaria a elaboração de tais instrumentos, que é antecedida de longos e minuciosos debates perante toda a comunidade portuária, se eles pudessem simplesmente ser ignorados por decisões futuras.

Assim, no entender da Consultante, eventual alteração da poligonal deve ser um reflexo do planejamento portuário (consolidado no PDZPO e no Plano Master), não um fato consumado que torne irrelevantes estes instrumentos de planejamento.

No caso de Paranaguá, o Conselho de Autoridade Portuária – CAP, já constituído de acordo com a Lei nº 12.815, reuniu-se em 2014 e opinou pela manutenção do PDZPO atual, enunciando que eventuais alterações, inclusive da poligonal, deveriam observar a manutenção do PDZPO. Ademais, ambos os instrumentos estão devidamente atualizados e contemplam a regulação atual da matéria. O Plano Master foi atualizado em 2013 e o PDZPO em novembro de 2014. Há notícia de que a APPA já apresentou tais planos à SEP em data anterior à do início da consulta pública.

Assim, a Consultante entende que a proposta da SEP/PR submetida à consulta pública deveria necessariamente observar o PDZPO e o Plano Master do Porto de Paranaguá. Logo, caso haja alguma incompatibilidade, a proposta de nova poligonal não poderá ser aceita. Se for o caso, deve haver procedimento formal de alteração do PDZPO e do Plano Master para, então, os reflexos dessa alteração serem considerados na modificação da poligonal com base no art. 15 da Lei nº 12.815.

Note-se que não se trata de meros defeitos formais, eventualmente sanáveis. Se adotada, a nova poligonal submetida à consulta pública terá efeitos desastrosos no Porto Público de Paranaguá.

Caso a proposta da SEP/PR venha a vigorar, o Porto Público de Paranaguá simplesmente não contará com nenhuma área para sua futura expansão e modernização. É inconcebível que um Estado de tamanha importância econômica como o Estado do Paraná tenha o seu único porto público relevante incapaz de se adaptar às exigências econômicas e dos usuários.

Além disso, haverá perda de receita à APPA, que não poderá cobrar tarifa dos terminais não localizados dentro da poligonal. Os trabalhadores perderão

⁷ Confirmam-se, dentre outros, os seguintes precedentes do TCU: Acórdão nº 26/2011 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 19.1.2011; Acórdão nº 1.904/2009 – Plenário, j. 26.8.2009; e Acórdão 2.338/2006 – Plenário, j. 6.12.2006.

postos de trabalho e terão suas condições de trabalho prejudicadas. Haverá uma concorrência assimétrica entre terminais públicos e privados fora das hipóteses previstas na Lei nº 12.815.

Não bastasse tudo isso, os novos terminais privados que poderão ser constituídos em função da alteração da poligonal terão os seus acessos rodoviário, ferroviário e aquaviário mantidos integralmente com recursos públicos. Ou seja, os recursos arrecadados mediante tributos e tarifas públicas auxiliarão na constituição e manutenção de estruturas que beneficiarão exclusivamente terminais privados. Como os recursos são finitos, serão destinados para este fim recursos públicos que poderiam beneficiar estruturas públicas, como o corredor de exportação e de importação de granéis sólidos e líquidos, em favor da constituição de terminais privados em área atualmente dedicada para a realização de atividade portuária sob regime público.

Diante do exposto, a Consulente formula os seguintes quesitos:

Parte I

- a) A fim de atender o disposto no art. 31, § 1º, da Lei nº 9.784, a SEP/PR deve promover a divulgação da consulta pública pelos meios oficiais?
- b) A SEP/PR deverá estabelecer previamente o procedimento que será seguido na consulta pública (por exemplo, com a previsão de publicação das contribuições e de publicidade das análises – arts. 32 e 34 da Lei nº 9.784)?
- c) Caso algum interessado demonstre fundamentadamente a utilidade da realização de audiência pública para debates das propostas e contribuições em função da relevância do tema, a SEP/PR deverá realizar tal ato para dar cumprimento ao art. 32 da Lei nº 9.784?
- d) Caso algum interessado demonstre fundamentadamente que o prazo fixado para o encaminhamento de contribuições na consulta pública é incompatível com a complexidade do tema em discussão, a SEP/PR deverá estender o prazo pelo período necessário à obtenção de uma discussão mais qualificada?
- e) À luz dos princípios da publicidade e da transparência, do art. 37, inciso XXXIII, da Constituição Federal, dos arts. 3º, 37 e 46 da Lei nº 9.784, e dos arts. 3º, 5º, 6º, 7º, 10 e 21 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527), a SEP/PR deve fornecer aos interessados as cópias dos documentos, estudos, registros de discussão e aprovação, pareceres e demais informações que foram levados em consideração para a formulação da

proposta colocada em consulta pública, bem como os documentos comprobatórios da publicação da notícia acerca da consulta pública em veículos oficiais?

- f) Em caso de resposta positiva ao quesito anterior, eventual ausência de fornecimento das informações pertinentes pela SEP/PR, especialmente se prejudicar a realização pelos interessados de uma análise crítica mais detalhada da proposta colocada em consulta pública, acarretará a invalidade do procedimento?
- g) Também em caso de resposta positiva, a demora no fornecimento das informações que foram levadas em consideração na formulação da proposta colocada em consulta pública poderá demandar a necessidade de reabertura ou ampliação do prazo fixado para o encaminhamento de contribuições pelos interessados (ressalvada a insuficiência do próprio prazo inicialmente fixado)?

Parte II

- h) Eventual alteração das poligonais do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina deverá se ater aos critérios fixados no parágrafo único do art. 15 da Lei nº 12.815, cumulado com o art. 68 da mesma Lei?
- i) A alteração da poligonal com o propósito de se outorgar subsequente autorização para terminais privados nas áreas a serem excluídas da poligonal pode ser considerada uma fraude ao regime de arrendamento, inclusive da licitação, em ofensa ao art. 59 da Lei nº 12.815?
- j) Eventual alteração da poligonal de um Porto Organizado poderá contrariar as previsões contidas no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZPO) e no Plano Master?
- k) Caso se demonstre tecnicamente que a proposta de nova poligonal colocada em consulta pública pela SEP/PR contraria o PDZPO e o Plano Master do Porto de Paranaguá, a solução juridicamente adequada consistirá na invalidação da proposta, sem prejuízo de posterior alteração de tais planos em procedimento próprio e regular?
- l) Dada a obrigatoriedade de realização de consulta pública pela SEP/PR para eventual propositura de alterações nas poligonais, será válido eventual decreto presidencial que acolha proposta resultante de uma consulta pública inválida ou ineficaz?

m) Será válido eventual decreto presidencial que fixe nova poligonal em discordância com as previsões legais, com o PDZPO ou com o Plano Master?

Transcrita a consulta, firmada por Cesar A. Guimarães Pereira, Aline Lícia Klein e Rafael Wallbach Schwind, passamos a opinar.

PARECER

Conforme se verifica pelos dados constantes da consulta, a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR) noticiou, em seu sítio eletrônico, a abertura de **consulta pública** para discussão da proposta de nova poligonal (ou delimitação geográfica) do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina, localizado no Estado do Paraná.

A consulente deixou expresso na consulta o seu entendimento quanto a dois aspectos relacionados com a consulta pública:

- a) um, de natureza *formal*, por entender que a consulta pública não observou os requisitos exigidos em lei para a realização de procedimento dessa natureza;
- b) outro, de natureza *substancial*, por entender que a proposta de nova poligonal do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina não atende aos parâmetros fixados pela nova Lei de Portos, além de não observar o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado e o Plano Master e acarretar consequências desastrosas ao Porto Público de Paranaguá.

Os quesitos formulados estão, portanto, subdivididos em Parte I e Parte II, pertinentes aos dois aspectos ora mencionados resumidamente.

Sobre esses dois aspectos, a consulente solicita o nosso parecer, que também se desenvolverá em duas partes.

PARTE I

1. VÍCIOS FORMAIS DA CONSULTA PÚBLICA

Logo de início, é possível adiantar o nosso entendimento de que, tal como realizada, a consulta pública aberta pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR) não apresenta requisitos mínimos de validade que permitam a adoção dos resultados nela obtidos para fundamentar a proposta de definição da área do porto organizado de Paranaguá e Antonina, a ser apresentada ao Presidente da República, na forma do artigo 15 da Lei de Portos (Lei nº 12.815, de 5.6.2013). Esse dispositivo assim estabelece no *caput*:

Artigo 15 – Ato do Presidente da República disporá sobre a definição dos portos organizados, a partir de proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República.

Esse dispositivo estabelece as competências: a ***definição dos portos organizados*** se faz por ato do Presidente da República, que decide com base em ***proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República***.

1.1. INOBSERVÂNCIA DA LEI DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

A *consulta pública* constitui um dos instrumentos previstos no direito positivo brasileiro para dar aplicação aos ideais da *democracia participativa* institucionalizada com a Constituição Federal de 1988 e seu modelo de Estado Democrático de Direito. O grande objetivo, com a institucionalização desses instrumentos, é o de aproximar sociedade e Estado, com a previsão de institutos que garantam a participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública.

Para possibilitar a *participação*, é indispensável a *transparência*, explicitada na Constituição por meio de vários instrumentos, como a exigência de *publicidade*, prevista no artigo 37, o *direito à informação*, garantido pelo artigo 5º, inciso XXXIII, o *devido processo legal*, nos termos do artigo 5º, XIV, a

motivação, como decorrência da publicidade e do controle. Isto para mencionar apenas alguns aspectos da transparência relevantes para a elaboração deste parecer.

A legislação ordinária foi dando aplicação às exigências pertinentes à transparência, com a previsão de audiências públicas, com a criação de ouvidorias, com a promulgação da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29.1.99) e da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18.11.2011). As duas últimas são especialmente relevantes para a resposta à consulta objeto de análise neste parecer, tendo em vista que estabeleceram normas sobre publicidade, direito à informação, exigência de motivação, dentre outras medidas necessárias para garantir a transparência no exercício das atividades próprias do poder público.

A consulta pública, no caso de que se trata, tem por objetivo colocar em discussão as propostas de poligonais do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina. Ela foi divulgada e disponibilizada em 19.12.2014 e atualizada em 29.12.2014, em sítio eletrônico da SEP/PR. Dele consta que a proposta posta em discussão teria resultado de *"(.....) discussão e aprovação da Administração Portuária e levou em conta as características e o ambiente de atuação do porto, considerando as áreas usadas em suas operações e suas necessidades de expansão a partir dos levantamentos de demanda e oferta contidos nos instrumentos de planejamento, de forma a atender ao disposto no Parágrafo Único do Artigo 15 da Lei n. 12.815/2013"*.

Segundo consta da consulta formulada por Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, no sítio eletrônico consta *"um desenho comparativo das duas poligonais (a atual e a proposta), bem como as coordenadas da proposta e a cópia do decreto que fixa a poligonal atual."*

No entanto, não constam do sítio eletrônico quaisquer documentos que permitam ao administrado conhecer as discussões levadas a efeito pela Administração Portuária, nem os dados pertinentes aos levantamentos de demanda e oferta contidos nos instrumentos de planejamento, referidos no sítio eletrônico. Tais elementos também não foram disponibilizados aos eventuais interessados em participar da consulta pública, para o oferecimento de sugestões, mediante alegações escritas. Vale dizer que faltou a divulgação dos pressupostos de fato e de direito que levaram à formulação da proposta de delimitação das poligonais, dificultando ou mesmo impedindo a colaboração dos administrados, que é o que se espera em uma consulta pública.

Em decorrência dessa omissão, a ABRATEC – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público formulou pedido à SEP/PR para que lhe fossem imediatamente fornecidos todos os documentos, estudos, registros de discussão e aprovação, pareceres técnicos, econômicos, ambientais e jurídicos e demais informações que tenham sido levados em consideração pelo órgão para a formulação da proposta colocada em consulta pública, bem como os documentos comprobatórios da publicação, em veículo oficial, da abertura de consulta pública, como exigido em lei, mais especificamente, a chamada Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784, de 29.1.99). ***Não consta que tal pedido tenha sido até agora atendido.***

A Lei de Processo Administrativo estabelece “*normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*” (art. 1º).

Embora a matéria pertinente à exploração de portos e instalações portuárias esteja submetida a legislação específica (Lei nº 12.815, de 5.6.13 – Lei de Portos), todos os processos e procedimentos instaurados no âmbito da atividade portuária devem obediência à Lei de Processo Administrativo, que é de aplicação subsidiária, nos termos do artigo 69, que assim estabelece:

“Art. 69 – Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

A própria consulta pública está prevista e disciplinada pela Lei de Processo Administrativo. Em consequência, as normas pertinentes, nela contidas, têm que ser observadas por todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, sob pena de nulidade do procedimento e de seu resultado.

Note-se que a Lei nº 9.784/99 não estabelece um rito específico a ser observado nos processos administrativos. Porém, ela contém normas sobre todas as fases que devem existir em um processo administrativo, a saber, a *instauração*, a *instrução*, a *decisão*, os *recursos*, a *revisão*. A consulta pública foi prevista e disciplinada no capítulo X, que trata da fase de ***instrução*** dos autos, cujas atividades, nos termos do artigo 29, destinam-se a “*averiguar e comprovar os dados necessários à **motivação da decisão***” final, indispensável para dar-lhe validade.

O artigo 31 assim disciplina a consulta pública:

Art. 31 – Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º - A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º - O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Resultam desses dispositivos algumas características (por nós grifadas na transcrição) de que deve revestir-se a consulta pública, para que tenha validade e produza o efeito almejado, de ajudar na tomada de decisão:

- a) A matéria deve envolver **assunto de interesse geral**; no caso, não há dúvida de que a definição da área do porto organizado, com a definição das respectivas poligonais, é de interesse geral, porque diz respeito aos atuais e futuros exploradores da atividade portuária (por arrendamento ou autorização), aos trabalhadores portuários, aos destinatários do serviço prestado, à União (por ser a titular da atividade de exploração portuária), e aos próprios interesses do Estado do Paraná, onde está localizado o Porto de Paranaguá.
- b) A consulta pública deve ser **divulgada pelos meios oficiais**, a saber, mediante publicação na imprensa oficial, seja da União (competente para a realização do procedimento e para a definição da área do porto organizado), seja do Estado do Paraná (diretamente afetado por essa definição); esse requisito não foi observado, já que a divulgação foi feita mediante mera notícia colocada no sítio eletrônico da SEP/PR, que pode ser um instrumento a mais para divulgação do procedimento, mas não constitui o veículo oficial por excelência.
- c) A decisão de abrir a consulta deve ser adotada por meio de **despacho motivado**; aparentemente, esse requisito foi atendido, tendo em vista que no sítio eletrônico há a referência a discussões e estudos prévios realizados a respeito do assunto; dizemos “aparentemente”, porque os

resultados de tais discussões e estudos não foram publicados nem disponibilizados para as pessoas eventualmente interessados em participar da consulta pública; acresce que “*despacho*”, como definido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁸ é “*declaração de vontade, emanada de órgão singular da administração, portanto, pela qual dá solução pessoal sobre determinado assunto*”; o que consta do site eletrônico da SEP/PR não é declaração de vontade, ou seja, não é ato administrativo apto a produzir efeitos jurídicos; trata-se de mera notícia, sem indicação do meio oficial em que o ato tenha sido praticado ou do processo em que a decisão foi tomada ou da autoridade que o praticou, ou do procedimento a ser adotado; é um **não-ato** ou, segundo terminologia empregada no âmbito do direito administrativo, é um **ato administrativo inexistente**.⁹

- d) O objetivo da divulgação é o de permitir que pessoas físicas ou jurídicas possam **examinar os autos e oferecer alegações escritas**; pela forma como foi feita, a divulgação revelou-se inábil para o objetivo definido na lei: não é demais repetir que se trata de mera notícia da abertura de consulta pública, sem qualquer referência a ato administrativo eventualmente praticado pela autoridade competente, e sem qualquer referência aos autos em que a decisão de abertura da consulta pública teria sido tomada, de modo a permitir o exame pelos administrados interessados em participar do procedimento; sem a verificação dos estudos que precederam a apresentação da proposta de definição das poligonais, não há elementos de fato e de direito que possam embasar o oferecimento de alegações escritas.
- e) Com o ato de divulgação da consulta pública, deve ser definido um “**prazo para oferecimento de alegações escritas**”; entende-se, por óbvio, que o prazo deve ser adequado à consecução do objetivo da consulta pública, que é o de permitir aos administrados oferecer alegações escritas; embora *aparentemente* esse requisito tenha sido

⁸ *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. Edição. São Paulo: Malheiros, 2007, vol. 1, p. 552.

⁹ Nas palavras de José Cretella Júnior, “*ato administrativo inexistente é aquele que não produz efeitos essenciais, nunca teve existência real; não tem nenhuma eficácia, não pode jamais ser sanado, diferentemente do que acontece com o ato nulo que, em certos casos excepcionais, pode vir a ser sanado.*” (in: *Do Ato Administrativo*. São Paulo: 2. Ed. José Bushatsky Editor, 1977, p. 254). Um pouco além (p. 256), o autor refere-se ao ato inexistente como “*simples fantasmas de atos administrativos, de irrealidade jurídica e, como tais, não produzem efeitos jurídicos...*”. O autor dá como exemplos de ato administrativo inexistente aquele “*a que não corresponda efetivamente qualquer declaração séria de vontade, ou a que falte o objeto ou que careçam em absoluto da forma legal*” (p. 255). Na notícia referente à consulta pública, publicada no site eletrônico da SEP, não há declaração de vontade apta a produzir efeitos jurídicos e não há observância da forma exigida em lei. Trata-se, portanto, de **ato administrativo inexistente**.

atendido pela notícia divulgada no sítio eletrônico da SEP/PR, na realidade, o atendimento foi apenas aparente, para dar a impressão de observância da exigência legal, tendo em vista que: a divulgação ocorreu nas vésperas das festas de fim de ano (em 19.12.2.014), época pouco propícia para divulgação de proposta, e fixou a data de 05.02.15 como prazo final para apresentação de colaborações; ora, se a matéria foi considerada de interesse geral pela SEP, a ponto de justificar a abertura de consulta pública, a definição do prazo teria que ser consentânea com os elementos fornecidos para possibilitar a apresentação de alegações escritas, o que não ocorreu, já que, conforme demonstrado, a notícia de abertura da consulta pública não veio acompanhada das informações indispensáveis para a esperada manifestação de possíveis interessados; além disso, mesmo que tais informações constassem do sítio eletrônico em que foi expedida a notícia sobre a consulta pública, o prazo foi extremamente exíguo e inábil para permitir estudos mais aprofundados que servissem de fundamento para garantir seriedade e credibilidade às possíveis alegações escritas.

- f) Finalmente, o comparecimento à consulta pública confere aos participantes o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

É importante ressaltar, ainda com referência à publicidade de que deve cercar-se a consulta pública, que o § 1º do artigo 31 da Lei de Processo Administrativo, ao exigir que a abertura da consulta pública seja objeto de "**divulgação pelos meios oficiais**", constitui mera aplicação da norma geral já prevista no artigo 2º, parágrafo único, inciso V, da mesma lei, que exige sejam observados nos processos administrativos, entre outros critérios, a "**divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição**". Esses dispositivos dão aplicação ao **princípio da publicidade, inserido no artigo 37 da Constituição Federal, entre os princípios de observância obrigatória pela Administração Pública.**

Além disso, a possibilidade de exame dos autos em que se realiza a consulta pública, prevista no artigo 31, § 1º, constitui mera aplicação do artigo 3º, inciso II, que inclui entre os direitos dos administrados o de "*ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de*

interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”.

O dispositivo completa-se com a norma do artigo 46, inserido no capítulo pertinente à instrução do processo, e pelo qual *“os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem”.*

Enquanto o artigo 46 prevê os direitos dos administrados, essenciais à transparência dos processos administrativos, o artigo 37 impõe à Administração o dever de agir de ofício com o mesmo objetivo de garantir a transparência, assim estabelecendo:

“Artigo 37 – Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.”

Tais dispositivos dão cumprimento a preceitos constitucionais, como o já referido artigo 37, que inclui a publicidade entre os princípios a que a Administração Pública deve obediência, e o artigo 5º, XXXIII, que garante a todas as pessoas o direito à informação de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral.

Por sua vez, o § 1º do artigo 31 da Lei de Processo Administrativo, ao prever a definição de prazo para que as pessoas físicas ou jurídicas possam apresentar alegações escritas, tem eficácia na medida em que observe a norma do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição (inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004), pelo qual *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.*

Prazo razoável não é necessariamente um prazo curto; prazo razoável é aquele que seja *adequado, necessário e proporcional* ao fim a que se destina. Na consulta pública de que se trata, o objetivo é o de permitir a apresentação de alegações escritas pelos interessados em participar do procedimento. Não pode ser considerado razoável o prazo divulgado em época inoportuna e desacompanhado dos elementos de fato e de direito que propiciem a apresentação de alegações escritas.

O que se quer realçar é que os dispositivos citados da Lei de Processo Administrativo, pertinentes à consulta pública, tiram sua força vinculante da própria Constituição. Se a sua observância é feita de forma incompleta, fica clara a intenção de dar aparência de legalidade a um procedimento que não observou os requisitos legais e que, pela forma como foi iniciado, não se revela hábil ao fim para o qual foi idealizado. Por outras palavras, fica caracterizado o **desvio de poder** que, na definição contida no artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”, da Lei nº 4.717, de 29.6.65 (Lei de Ação Popular), é definido como o vício do ato administrativo que se verifica quando “*o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência*”.

Note-se que a Lei de Processo Administrativa, ciosa da necessidade de garantir a transparência e a participação dos administrados nos processos administrativos, ainda prevê, no artigo 32, a possibilidade de realização de **audiência pública** para debates sobre a matéria do processo. O dispositivo legal estabelece que a audiência pode ser realizada, antes da tomada da decisão, “*a juízo da autoridade, diante da relevância da questão*”. Embora se trate de decisão deixada ao critério da autoridade, trata-se, na realidade, de discricionariedade bastante limitada, porque a lei exige que a sua realização seja norteadada pela “*relevância da questão*”.

No caso da delimitação das poligonais, não se pode colocar em dúvida a relevância da questão, pelas consideráveis consequências que advirão da alteração das poligonais do Porto Organizado de Paranaguá (hoje definidas pelo Decreto nº 4.558, de 30.12.2002, que “*dispõe sobre a delimitação das áreas dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina, no Estado do Paraná*”). Se a SEP houve por bem receber colaboração de possíveis interessados na discussão da matéria, não há como negar a todos a possibilidade de conhecer as alegações escritas dos demais participantes da consulta pública e discuti-las em audiência pública.

Por isso, se os interessados propuserem a realização de audiência pública, invocando razões de fato e de direito relevantes, não há como a autoridade administrativa negar a abertura do procedimento, pela inexistência de “*relevância da questão*”. A sua decisão não poderá ser discricionária. Se recusar a realização de audiência pública, terá que motivar adequadamente a sua decisão, demonstrando que a questão não é relevante.

Ainda para dar aplicação à exigência de transparência, a Lei de Processo Administrativo, no artigo 2º, coloca a **motivação** entre os princípios que devem

ser observados pela Administração Pública em todos os processos administrativos. No parágrafo único, inciso VII, do mesmo dispositivo, praticamente define a motivação ao exigir a *“indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”*. No artigo 50, a lei indica algumas hipóteses em que a motivação é obrigatória, dentre elas as que *“neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”* (inciso I). Por sua vez, o § 1º determina que a motivação *“deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato”*.

No caso da consulta pública, a motivação é relevante em pelo menos dois momentos: (a) quando decidida a abertura do procedimento, *“mediante despacho motivado”*; (b) quando apresentados os resultados da consulta, com *“indicação do procedimento adotado, conforme previsto no artigo 34 da Lei nº 9.784/99*. Presume-se que, se foi realizada a consulta pública, é porque o órgão que a abriu entendeu ser relevante a participação de terceiros, razão pela qual a aceitação ou rejeição de suas alegações escritas deve ser devidamente motivada, conforme previsto no artigo 31, § 2º, da lei. Ora, se os participantes não obtiverem as informações sobre os dados mencionados na notícia veiculada pela SEP em sítio eletrônico do órgão, não há como levar em consideração as suas alegações escritas, que não estarão baseadas em dados levantados no âmbito da Administração Pública. Ressalte-se que o prazo para oferecimento de alegações é exíguo para que os próprios interessados façam estudos da mesma natureza para fundamentar as suas alegações.

Por outras palavras, os resultados obtidos em consulta pública realizada sem que os autos estejam devidamente instruídos para exame pelos interessados não constituem instrumento hábil para fundamentar qualquer proposta de alteração das poligonais à Presidência da República. Vale dizer que a consulta pública não atende aos requisitos legais, sendo inadequada aos fins a que se destina.

A exigência de motivação também tem força vinculante que decorre implicitamente da Constituição, por ser inerente ao princípio da publicidade e às normas sobre controle da Administração Pública.

1.2. INOBSERVÂNCIA DA LEI DE ACESSO A INFORMAÇÕES

Também têm força vinculante decorrente da Constituição as normas da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18.11.2011), já que, conforme consta de seu preâmbulo, ela *“regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do § 3º do artigo 37 e no § 2º do artigo 216 da Constituição Federal”*.

O artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição assim determina:

“XXXIII – todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

A consulta pública aberta pela SEP/PR pode envolver tanto **interesse coletivo ou geral**, afeto ao Estado do Paraná e aos usuários das atividades portuárias, como **interesse individual** das pessoas que exploram ou têm interesse em explorar os terminais portuários, por meio de autorização ou arrendamento, na forma da Lei de Portos. Todos têm o direito de obter informações sobre os estudos feitos no âmbito da Administração Pública com vistas à definição das áreas do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina. E esse direito pode ser exercido independentemente de qualquer motivação, conforme previsto no artigo 10, § 3º, da Lei nº 12.527/2011, que expressamente veda *“quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público”*.

A hipótese prevista no artigo 5º, XXXIII, da Constituição, que agasalha o direito à informação, foi objeto de regulamentação pela já referida Lei nº 12.527, de 18.11.2011.

Essa lei garante o **“direito à informação”** e prevê o **dever** da Administração de garantir, de ofício, o acesso à informação.

O **direito à informação** é previsto como **direito fundamental** no artigo 3º. O dispositivo determina que os procedimentos previstos na Lei *“destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo*

como exceção; II – divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública.”

O **dever** da Administração de garantir a informação, independente de solicitação, além de inserido no inciso II do artigo 3º, entre as diretrizes a serem observadas nos procedimentos administrativos, ainda é previsto nos artigos 5º e 8º da lei. O primeiro estabelece que “*é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão*”. O segundo estabelece de forma ainda mais incisiva que:

“Artigo 8º - É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.”

O § 1º do mesmo dispositivo indica os dados que devem constar da informação, dentre eles “*dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades*” (inciso IV).

Por sua vez, o § 2º exige que, para cumprimento do disposto no *caput*, os órgãos e entidades públicas utilizem “*todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet)*”.

Finalmente, o § 3º estabelece os requisitos que devem observar os sítios de que trata o § 2º, dentre os quais, “*ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão*”.

Vale dizer que a SEP/PR nem garantiu o **direito de acesso** (uma vez que deixou de atender ao pedido formulado pela ABRATEC), nem cumpriu o **dever de propiciar o acesso**, na medida em que se omitiu na adoção das providências previstas para esse fim na Lei de Acesso à Informação.

É importante realçar que a Lei de Acesso à Informação, ao mesmo tempo em que resguarda o direito de acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais (art. 21), também protege as hipóteses

de sigilo (art. 22). A mesma lei ainda estabelece o procedimento de acesso à informação, abrangendo o pedido e os recursos cabíveis (arts. 10 a 19), com previsão de que os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público informarão ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente, as decisões que, em grau de recurso, negarem acesso a informações de interesse público.

Pelo artigo 21, “*não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais*”. E não há dúvida de que o direito de acesso a informações foi previsto na Constituição entre os direitos fundamentais (art. 5º, XXXIII), tal como reconhecido e proclamado pelo artigo 3º da Lei nº 12.527/2011.

Note-se, também, que a declaração de sigilo não constitui decisão discricionária tomada pela autoridade administrativa no momento em que recebe pedido de informação. A definição do que se considere sigilo indispensável à segurança da sociedade e do Estado deve ser feita pela autoridade competente, conforme previsto no artigo 27 da lei, podendo ser feita a classificação da informação como *ultrassecreta*, *secreta* ou *reservada*, nos termos do artigo 23. O procedimento para essa classificação, reclassificação e desclassificação do sigilo das informações também é definido pela lei, com indicação das autoridades competentes, exigindo, dentre outros requisitos, o fundamento da classificação (arts. 27 e 28). Trata-se de mais uma aplicação do princípio da motivação.

Se determinado tipo de informação não foi classificada como sigilosa pela autoridade competente, não há fundamento para que a mesma seja negada, sob pena de incidência em conduta ilícita, tal como previsto no artigo 32 da Lei. Esse dispositivo define as condutas ilícitas que ensejam responsabilidade do agente público, dentre elas, logo no inciso I: “*recusar-se a fornecer informação requerida nos termos desta lei, retardar deliberadamente o seu fornecimento ou fornecê-la intencionalmente de forma incorreta, incompleta ou imprecisa*”. Pelo § 2º do mesmo dispositivo, o agente público que incidir em uma das condutas descritas no *caput* pode responder administrativamente e também por improbidade administrativa, com fundamento na Lei nº 8.429, de 2.6.92.

É difícil imaginar alguma razão justificável pela qual se negue às pessoas interessadas em participar de consulta pública aberta pela SEP/PR o acesso a informações relevantes, expressamente referidas na notícia de abertura do procedimento. Não houve qualquer declaração de sigilo a justificar a omissão da

SEP em propiciar o acesso às informações necessárias à apresentação de alegações escritas.

Se houver recusa de acesso à informação, cabe recurso à autoridade imediatamente superior. Em caso de persistir a recusa, cabe recurso à Controladoria-Geral da União (art. 16 da Lei 12.527). Também é possível o recurso às vias judiciais para garantir o acesso à informação. Essa providência pode ser útil na medida em que, perante os órgãos de controle nenhuma informação poderá ser recusada.

1.3. CONCLUSÕES DA PARTE I DO PARECER

A conclusão, quanto à Parte I deste parecer é a de que a consulta pública foi realizada com descumprimento das normas da Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo) e da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), uma e outra com força vinculante decorrente da própria Constituição.

Não há qualquer notícia sobre a existência de ato administrativo praticado por autoridade competente e divulgado pelos meios oficiais para dar início à consulta pública.

Ainda que essa exigência, que consta do artigo 31 da Lei de Processo Administrativo, tivesse sido atendida, ela veio desacompanhada dos elementos indispensáveis para possibilitar o exame dos autos pelos interessados (conforme previsto no § 1º do mesmo dispositivo), além de ter fixado prazo exíguo para apresentação de alegações escritas (com inobservância do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição).

Acresce que a SEP não assegurou o ***direito de acesso*** aos documentos e informações apenas referidos em seu sítio eletrônico e não observou o ***dever*** de providenciar, de ofício, a divulgação desses documentos, com ofensa ao artigo 37 da Lei de Processo Administrativo e ao artigo 8º da Lei de Acesso a Informações.

Em última instância, a SEP infringiu o artigo 37, *caput*, e o artigo 5º, incisos XXXIII e LXXVIII, da Constituição.

A consequência é a nulidade do procedimento. Os resultados serão imprestáveis para servir de ***motivação*** para a proposta de alteração das

poligonais, a ser apresentada à Presidência da República. Ainda que haja colaboração de possíveis interessados, as mesmas estarão prejudicadas pela falta de informação quanto a fundamentos técnicos, econômicos ou jurídicos que teriam embasado a proposta submetida a consulta, nem comprovação acerca da efetiva ocorrência das supostas discussões prévias.

A nulidade do procedimento acabará por contaminar o eventual ato da Presidência da República que venha a ser praticado com base em proposta da SEP. O artigo 15 prevê a delimitação da área do porto organizado como um ato complexo, constituído pela proposta da SEP e o ato presidencial. A invalidade da proposta invalida o ato que com base nela seja praticado.

PARTE II

2. DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DAS POLIGONAIS DOS PORTOS ORGANIZADOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA

A Consulente - Justen, Pereira, Oliveira & Talamini - em sua consulta, aponta dois grandes argumentos contrários à validade da proposta de nova poligonal dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina:

- a) falta de comprovação de que estão sendo observados os parâmetros da Lei nº 12.815/2013;
- b) falta de comprovação de que a proposta submetida à consulta pública está observando o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado (PDZPO) e o Plano Master, os quais traçam as diretrizes do planejamento portuário.

As razões invocadas pela consulente são inteiramente procedentes, conforme se passará a demonstrar.

2.1. DA INOBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS DA LEI Nº 12.825/13

Dois dispositivos da Lei de Portos são especialmente relevantes para a delimitação das áreas dos portos organizados: os artigos 15 e 68, assim redigidos:

“Artigo 15 – Ato do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, a partir de proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República.

Parágrafo único – A delimitação da área deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes.”

“Artigo 68 – As poligonais de áreas de portos organizados que não atendam ao disposto no artigo 15 deverão ser adaptadas no prazo de 1 (um) ano.”

Da interpretação conjunta dos dois dispositivos resultam as seguintes conclusões:

- a) a definição da área dos portos organizados é de competência do Presidente da República e deve basear-se em proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República (art. 15, *caput*);
- b) os parâmetros a serem considerados na delimitação da área do porto organizado são: a ***adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade*** decorrente da escala das operações e as ***instalações portuárias já existentes***;
- c) não atendidos esses parâmetros pelas poligonais de áreas de portos organizados, deve ser feita a sua adaptação no prazo de um ano (disposição transitória); a *contrário sensu*, se os parâmetros estão sendo observados, não há fundamento legal para a alteração das poligonais.

A consulente entende que:

*“(.....) as poligonais dos portos públicos não podem ser adaptadas fora das hipóteses do art. 68. Isso porque tal dispositivo estabelece que as poligonais **‘que não atendam ao disposto no art. 15’** deverão ser adaptadas. O art. 15, por sua vez, estabelece parâmetros mínimos, e não máximos, do porto organizado. Na prática, isso significa que a **alteração das poligonais é a exceção** possível se e quando as poligonais existentes, reconhecidas pelo art. 68, não atenderem a tais requisitos. Tanto é assim que a própria Portaria da APPA que criou o Grupo de Trabalho mencionado*

acima indica expressamente a necessidade de observância dos parâmetros do art. 15 da Lei nº 12.815.” (grifamos)

Por sua vez, a SEP já teve oportunidade de contestar esse tipo de alegação, quando a ABRATEC, em atendimento a anterior consulta pública referente a 17 propostas de revisão das delimitações de portos organizados, manifestou-se também no sentido de que a revisão das poligonais constitui *exceção*, só possível nas hipóteses dos artigos 15 e 58 da Lei. A resposta da SEP, quanto a esse aspecto, foi no seguinte sentido:

“As poligonais acompanham a evolução do planejamento portuário. A portaria SEP nº 03, de 7 de janeiro de 2014, prevê revisões bianuais para os PDZ’s e para os Planos Mestres que poderão ensejar novas alterações nas poligonais dos portos em questão. Portanto, entendemos que a revisão e alteração de poligonais não se configura como uma ‘exceção’ decorrente da leitura conjunta dos artigos 68 e 15 da Lei 12.815/2013, como afirmado na contribuição, mas sim uma prerrogativa da SEP a partir dos instrumentos de planejamento portuário.”

Em nosso entender, não parece possível que tenha sido intenção do legislador deixar ao juízo da Administração Pública a revisão periódica da área dos portos organizados, sem que estejam sendo descumpridos os parâmetros estabelecidos pelo artigo 15, parágrafo único, da Lei nº 12.815, até pela ***insegurança jurídica*** que tais revisões provocariam.

Atualmente, as áreas dos Portos de Paranaguá e Antonina estão delimitadas pelo Decreto nº 4.558, de 30.12.2002, que encontra fundamento no artigo 5º da Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.91¹⁰, expressamente referido no preâmbulo. Esse Decreto definiu as áreas dos Portos Organizados de Paranaguá (art. 1º) e Antonina (art. 2º), inserindo nos dois artigos um parágrafo idêntico, estabelecendo que *“a administração dos Portos de Paranaguá e Antonina fará a demarcação em planta da área definida neste artigo”*. A delimitação contida nesse Decreto e reproduzida nos respectivos mapas é a que está em vigor até hoje.

Quando baixado esse Decreto, o conceito de porto organizado vigente era o contido na Lei nº 8.630, de 25.2.93, que era a anterior lei de portos. O artigo 1º,

¹⁰ O artigo 5º da Medida Provisória 2217-3 continha dispositivo análogo ao artigo 15 da nova Lei de Portos, com diferença apenas quanto à autoridade competente para apresentar a proposta à Presidência da República. Ele assim estabelecia: *“Decreto do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, por proposta do Ministério dos Transportes, ouvida a ANTAQ.”*

§ 1º, I, definia o **porto organizado** como “o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação e de movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária”. A Lei nº 11.314/06 alterou o dispositivo para incluir a referência à “movimentação de passageiros”.

Por sua vez, a **área do porto organizado** era definida como “a compreendida pelas instalações portuárias (.....) mantidas pela Administração do Porto”, assim entendida a “exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária do porto organizado” (conforme art. 33 da Lei 8.630).

Não havia qualquer norma definindo a área do porto organizado como bem público. No entanto, essa natureza de bem público já decorria implicitamente das normas legais em vigor, por pelo menos duas razões:

- 1) Em primeiro lugar, porque, sendo o **arrendamento** o instrumento adequado para a outorga, a terceiros, da exploração de instalações portuárias (conforme art. 4º, I, da Lei nº 8.630/93), tinha-se que presumir que se tratava de bem público, porque ninguém pode outorgar o uso e exploração de bens que não lhe pertencem; por outras palavras, se não se tratasse de bens públicos, não seria dado à União fazer a outorga de uso e exploração de bens de propriedade privada, mediante arrendamento. Tanto assim que, se houvesse, dentro da área do porto organizado, bens do domínio útil de particulares, o instrumento seria a **autorização** (que diz respeito à atividade de exploração de instalações portuárias) e não o **arrendamento** (que envolve o uso de bem público e a respectiva exploração). É o que determinava o artigo 4º, inciso II, da Lei nº 8.630/93.¹¹
- 2) Em segundo lugar, o Decreto nº 4.558/2002, ao delimitar as áreas dos Portos Organizados de Paranaguá e Antonina, incluía, no artigo 1º, inciso I, as instalações portuárias terrestres existentes na Baía de Paranaguá (.....) **pertencentes à União**, incorporadas ou não ao Porto de Paranaguá ou sob sua guarda e responsabilidade”. A mesma referência encontra-se no artigo 2º, I, referente ao Porto de Antonina. Vale dizer que **o próprio Decreto declarava o domínio da União sobre**

¹¹ Na atual Lei de Portos, de nº 12.815/13, como se verá adiante, ficou claro que o porto organizado é bem público e que dentro da área do porto organizado o único instrumento possível é o arrendamento, com ressalva apenas para as instalações de uso privado já existentes, nos termos do artigo 59; não podem ser outorgadas novas autorizações dentro da área do porto organizado.

as áreas dos portos organizados de Paranaguá e Antonina. Tratava-se, portanto, de bens públicos.

A Lei nº 8.630 não afastava a possibilidade de existirem bens situados dentro da área do porto organizado, que estivessem no **domínio útil** de particular. Note-se que, mesmo estas não deixam de ser consideradas como bens públicos, já que situadas em terreno de marinha (de propriedade da União, consoante artigo 20, inciso VII, da Constituição). É o que se deduz da expressão **domínio útil**, utilizada em oposição a **domínio direto**. O domínio útil é de titularidade privada, enquanto o domínio direto é de titularidade da União. Se o bem não estivesse no domínio útil de particular, presumir-se-ia que pertencia à União, por se tratar de terreno de marinha.

De qualquer forma, havia uma distinção quanto aos instrumentos de outorga: dentro da área do porto organizado, utilizava-se o **arrendamento**; fora da área do porto organizado, utilizava-se a **autorização**. Esta última era também o instrumento utilizado quando, mesmo dentro da área do porto organizado, o domínio útil pertencesse a particular.

A nova Lei de Portos, de nº 12.815/13, inovou ao definir o porto organizado como **bem público**, no artigo 2º, inciso I, pondo fim a qualquer dúvida que pudesse haver na vigência da lei anterior, (a qual, como visto, não continha expressamente tal definição). Veja-se o que estabelece o artigo 2º, incisos I, II e III:

“Artigo 2º - Para os fins desta Lei, consideram-se:

*I – porto organizado: **bem público** construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária.”*

*II – área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as **instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado**;*

*III – instalação portuária: instalação localizada **dentro ou fora do porto organizado** e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.”*

Desses dispositivos resulta que a **área do porto organizado** compreende **instalações portuárias** e **infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado** (como já constava do Decreto nº 4.558/02). Por sua vez, as instalações portuárias podem estar **localizadas dentro ou fora da área do porto organizado**. Se estiverem dentro da área do porto organizado, a sua exploração por terceiros se faz por arrendamento; se estiverem fora da área do porto organizado, a sua exploração se faz por autorização.

Com efeito, se as instalações portuárias estiverem dentro da área do porto organizado, a sua exploração se faz por **arrendamento**, definido pelo artigo 2º, inciso XI, como a "**cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para a exploração por prazo determinado**". Note-se que o dispositivo fala em "**cessão onerosa de área e infraestrutura públicas**" (o que só é possível em relação a bens públicos, já que não poderia a União fazer a cessão de bens que não lhe pertencem) e em "**exploração por prazo determinado**". Ou seja, o arrendamento envolve o uso de bem público e a exploração desse bem para execução de atividade portuária.

Se as instalações portuárias estiverem fora da área do porto organizado, a sua exploração se faz por **autorização**, definida, pelo artigo 2º, inciso XII, como a "**outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão**". Note-se que o dispositivo não fala em cessão de uso de bem, mas em "**outorga de direito à exploração de instalação portuária**". A diferença se justifica precisamente porque o bem é de domínio privado, não dependendo de outorga de uso pelo poder público; o objeto da autorização é apenas a exploração de instalação portuária.

São relevantes, para a distinção quanto ao objeto do arrendamento e da autorização, as normas constantes do artigo 1º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.815/13. O *caput* estabelece que a lei "**regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários**". O dispositivo deixa claro que a exploração de instalações portuárias pode ser feita **diretamente pela União**, ou **indiretamente**, por terceiros.

O § 1º determina que "**a exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público**".

O § 2º, por sua vez, determina que “a exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei”.

No primeiro parágrafo, fala-se expressamente em arrendamento de bem público, expressão que não se repete no segundo parágrafo, que trata de autorização.

Também o artigo 4º da lei fala em “concessão e arrendamento de bem público”, ao determinar que tais ajustes “serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento”.

Os regimes jurídicos do arrendamento e da autorização são inteiramente diversos.

No **arrendamento**:

- a) o objeto é a utilização e exploração de bem público situado dentro da área do porto organizado (art. 2º, inciso XI);
- b) a outorga se faz por meio de contrato oneroso (art. 2º, inciso XI);
- c) existe exigência de prévia licitação (art. 4º);
- d) a tarifa, bem como os critérios e procedimentos de revisão e reajuste, são fixados no contrato (art. 5º, IV);
- e) a reversão dos bens afetados à exploração das instalações portuárias é prevista entre as cláusulas obrigatórias (art. 5º, VIII, e § 2º).

Na **autorização**:

- a) o objeto é a exploração de atividade portuária em bem localizado fora da área do porto organizado;
- b) a formalização se faz mediante contrato de adesão que deve conter as cláusulas essenciais previstas no artigo 5º, com exceção dos incisos IV (que trata da tarifa) e VIII (referente à reversão); é o que determina o artigo 8º, § 1º;
- c) em consequência, a fixação das tarifas cobradas dos usuários é livremente fixada pelo titular da autorização;
- d) não se aplica a regra da reversão, ao término do prazo;

- e) ao contrário do arrendamento (que deve ser precedido de licitação, conforme artigo 4º), a lei não exige licitação, bastando o **anúncio público ou a chamada pública**;¹²
- f) a lei admite as seguintes modalidades: I – terminal de uso privado; II – estação de transbordo de carga; III – instalação portuária pública de pequeno porte; IV – instalação portuária de turismo.

Sendo inteiramente diversos os regimes do arrendamento e da autorização e sendo o arrendamento aplicável dentro da área do porto organizado e, a autorização, fora dessa área, não há como entender-se que o legislador teria deixado inteiramente a critério da Administração Pública incluir na área do porto organizado ou dela excluir determinadas instalações portuárias e infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado.

Note-se que dentro da área do porto organizado há dois tipos de bens, quanto à sua natureza: os **bens públicos**, que a própria lei diz que são objeto de arrendamento; e os **bens do domínio útil de particulares**, que são objeto de autorização.

Com relação aos primeiros, não há fundamento legal para que um bem que a própria lei declara como sendo **público**, a ser explorado diretamente pela União ou mediante **arrendamento**, seja excluído da área do porto organizado. Não é por outra razão que o artigo 15, parágrafo único, ao fixar os parâmetros a serem considerados na delimitação da área do porto organizado, determina que se levem em consideração **“as instalações portuárias já existentes”**. Vale dizer que, se a instalação portuária está dentro da área do porto organizado e é considerada bem público, ela não poderá perder essa natureza por meio de ato do Presidente da República. A lei exige que seja preservada a situação hoje existente. A transferência de bem público para fora da área do porto organizado

¹² O anúncio público decorre de iniciativa do interessado em obter autorização e tem por objetivo **“identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes”** (art. 9º, § 1º, inciso II). A **chamada pública** é de iniciativa do poder concedente e tem por objetivo **“identificar a existência de interessados na obtenção de autorização de instalação portuária”** (art. 10). Se houver só um interessado ou, havendo mais de uma proposta, não houver impedimento locacional à implantação de todas elas de maneira concomitante, serão expedidos atos de autorização, a serem formalizados mediante contrato de adesão (art. 12, § 1º). Em situações em que haja mais de uma proposta e não seja possível outorgar autorização a todas, será feito processo seletivo, realizado em consonância com o regulamento (art. 12, §§ 1º e 2º). Vale dizer que não se aplica a legislação sobre licitação.

constituiria ato de liberalidade do poder público, sem fundamento legal e com a agravante de acarretar as seguintes consequências:

- a) substituição do arrendamento pela autorização;
- b) exclusão da exigência de licitação;
- c) liberação da tarifa;
- d) desnecessidade de reversão do bem ao poder concedente ao término do prazo da outorga.

Com relação aos bens que estão no domínio útil do particular, já foi visto que, na vigência da anterior lei de portos, eram explorados mediante autorização, embora localizados dentro da área do porto organizado. A nova lei de portos deixou expressa a manutenção da situação anterior, nos artigos 58 e 59, inseridos no capítulo das disposições finais e transitórias. Esses dispositivos garantem a continuidade dos contratos de adesão e das autorizações de exploração de instalações portuárias situadas *dentro da área do porto organizado*, nos seguintes termos:

Artigo 58 – Os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados ao disposto nesta Lei, em especial ao previsto nos §§ 1º a 4º do artigo 8º, independentemente de chamada pública ou processo seletivo.

Parágrafo único - A Antaq deverá promover a adaptação de que trata o caput no prazo de 1 (um) ano, contado da data de publicação desta Lei.

Artigo 59 – As instalações portuárias enumeradas nos incisos I a IV do caput do artigo 8º, localizadas dentro da área do porto organizado, terão assegurada a continuidade das suas atividades, desde que realizada a adaptação nos termos do artigo 58.

Parágrafo único – Os pedidos de autorização de instalações portuárias enumeradas nos incisos I a IV do artigo 8º, localizadas dentro da área do porto organizado, protocolados na Antaq até dezembro de 2012, poderão ser deferidos pelo poder concedente, desde que tenha sido comprovado até a referida data o domínio útil da área.

Vale dizer que, embora a nova Lei de Portos defina que o arrendamento é utilizado dentro da área do porto organizado e, a autorização, fora dessa área, ela respeitou as situações já concretizadas, desde que a autorização tenha sido

outorgada na vigência da lei anterior e sejam adaptadas ao disposto na nova lei, conforme o exige o artigo 58; como o artigo 59 garante a “*continuidade de suas atividades*”, é necessário que haja atividades em funcionamento. Além disso, o parágrafo único do artigo 59 permite que as autorizações para exploração de instalações portuárias situadas dentro da área do porto organizado, solicitadas até dezembro de 2012, sejam deferidas, desde que tenha sido comprovado o domínio útil até a mesma data; note-se que se trata de outorga possível, desde que a exploração pretendida seja compatível com o planejamento portuário; não se trata de ato vinculado, uma vez que o dispositivo legal apenas permite o deferimento da solicitação.

Em consequência, continuam a existir, dentro da área do porto organizado, bens públicos cujo uso e exploração por terceiros é feito por arrendamento, e bens do domínio útil de particulares, que são objeto de autorização, estes últimos nas condições do artigo 59 da Lei nº 12.815. Todos devem observar os parâmetros do artigo 15, parágrafo único. Caso contrário, devem ser adaptados com fundamento no artigo 68. Os que estejam em consonância com referidos parâmetros, devem ser mantidos.

Cabe lembrar que a delimitação prevista no artigo 15 da Lei nº 12.815 já existe e foi feita pelo Decreto nº 4.558, de 30.12.02, com base no artigo 5º da Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.01, e recepcionado pela nova lei de portos. Nele foi feita a delimitação da área do Porto Organizado de Paranaguá, pela indicação das instalações portuárias terrestres existentes na área expressamente definida, pertencentes à União (art. 1º, inciso I), e pela indicação da infraestrutura de proteção e acesso aquaviários, existentes ou que venham a ser construídas e mantidas pela administração do Porto ou por outro órgão do Poder Público (art. 1º, inciso II). O mesmo foi feito no artigo 2º, com relação à área do Porto Organizado de Antonina.

Pois bem, diante do artigo 15 da nova Lei de Portos, o Presidente da República fará a definição da área dos portos organizados, levando em consideração os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do mesmo dispositivo, os quais podem levar ou não à alteração da área definida no Decreto nº 4.558/02. Não há como deixar de respeitar as instalações portuárias e as infraestruturas já existentes, especialmente se as mesmas já estiverem sendo exploradas por meio de contratos de arrendamento ou autorização (mantidos com observância do artigo 59). Reafirme-se que, dentro da área do porto organizado, podem existir áreas inseridas no domínio útil de particulares, as quais

eram objeto de autorização na vigência da Lei nº 8.630 e continuam a vigorar na vigência da nova lei, observados os limites do artigo 59 da Lei 12.815.

Diante do exposto, pode-se afirmar que constituiria burla à lei retirar da área do porto organizado – passando a aplicar-lhe o regime jurídico da autorização – qualquer área que hoje esteja incluída na área do porto organizado, delimitada pelo Decreto nº 4.558/02, sujeita ao regime de arrendamento.

Com relação às áreas do domínio útil de particulares, situadas dentro da área do porto organizado e sujeitas ao regime de autorização, a solução é dada pelo artigo 59 da Lei nº 12.815; a sua exclusão da área do porto organizado não pode ser feita a menos que seja para adequá-las aos parâmetros do artigo 15, parágrafo único. Se a área em questão não cumpre os requisitos do artigo 59 para poder ser explorada mediante autorização, esse descumprimento não constitui fundamento legítimo para sua exclusão da área da poligonal e liberá-la para exploração puramente privada, por várias razões:

- (a) em primeiro lugar, porque, se estão dentro da área do porto organizado, devem atender a fins de interesse público – que constituem a sua vocação natural -, não podendo ser excluídas dessa área para uso exclusivamente privado; nada impede que o poder concedente, futuramente, queira dar a essas áreas uma destinação pública (utilizando o instituto da desapropriação), com o objetivo de ampliar as utilidades públicas em benefício do porto organizado, seja explorando-as diretamente, seja outorgando a terceiros essa exploração, mediante arrendamento; não mais poderão ser objeto de novas autorizações, como ocorria na vigência da lei anterior;
- (b) em segundo lugar, porque, como se verá no item subsequente, a autoridade portuária, em 2014, já se manifestou pela manutenção das poligonais atualmente vigentes;
- (c) finalmente, porque ficou clara a intenção do legislador da Lei nº 12.815 de manter a situação vigente, quer pela regra dos artigos 58 e 59, quer pela regra do artigo 68, que determinou a adaptação das áreas dos portos organizados que não atendam ao disposto no artigo 15.

É por tais razões que assiste razão à ABRATEC quando afirma que a alteração das poligonais constitui *exceção*. Ela não pode ser feita aleatoriamente,

no exclusivo critério da SEP, mas tem que observar os pressupostos do artigo 15 da Lei nº 12.815.

Não é demais repetir o que já foi dito, na Parte I deste parecer, sobre o **princípio da motivação**. A ausência dos parâmetros previstos no artigo 15, parágrafo único, a justificar a adaptação prevista no artigo 68, tem que ser devidamente motivada, com *“indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”*, como exige o artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Processo Administrativo. Sem essa motivação, a alteração da área do porto organizado não terá validade.

2.2. INOBSERVÂNCIA DO PLANO DE DESENVOLVIMENTO E ZONEAMENTO DO PORTO ORGANIZADO E DO PLANO MASTER

O artigo 17 da Lei nº 12.815/13, que trata das competências da administração do porto, determina, no § 2º, que *“a autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto”*.

Por meio da Portaria SEP/PR nº 03, de 7.1.2014, a SEP estabeleceu as diretrizes para a elaboração e revisão dos instrumentos de planejamento do setor portuário – Plano Nacional de Logística – PNL e respectivos Planos Mestres, Planos de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) e Plano Geral de Outorgas.

Consoante artigo 1º dessa Portaria, o Plano Nacional de Logística constitui o *“instrumento de Estado de planejamento estratégico do setor portuário nacional”*. Os Planos Mestres dizem respeito a cada porto, levando em consideração as perspectivas do planejamento estratégico do setor portuário nacional e tem por objetivo *“direcionar as ações, melhorias e investimentos de curto, médio e longo prazo no porto e em seus acessos”*. E o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento procura compatibilizar *“as políticas de desenvolvimento urbano dos municípios, do estado e da região onde se localiza o porto, visando, no horizonte temporal, o estabelecimento de ações e de metas para a expansão racional e a otimização do uso de áreas e instalações do porto, com aderência ao Plano Nacional de Logística Portuária e o Plano Mestre”*.

Segundo a referida Portaria SEP 03/2014, os PDZ's e os Planos Mestres devem passar por revisões bianuais, que poderão ensejar novas alterações nas

poligonais dos portos (razão pela qual a SEP entende que as alterações das poligonais não constituem *exceção*, como entende a ABRATEC, mas uma prerrogativa da SEP a partir dos instrumentos de planejamento portuário, conforme afirmado em resposta à já mencionada alegação escrita da ABRATEC, a respeito de anterior consulta pública referente a 17 propostas de revisão das delimitações de portos organizados apresentadas pela SEP).

Entendemos que a revisão das poligonais constitui *exceção*, não no sentido de que não possam ocorrer quando necessário, mas no sentido de que só podem ocorrer quando as poligonais vigentes não atendam aos parâmetros fixados no artigo 15, parágrafo único, da Lei nº 12.815.

Com efeito, não se nega a possibilidade de alteração das poligonais; o que se entende é que essa alteração, para ser válida, deve ser *devidamente motivada*, com a demonstração de que a proposta da SEP atende aos parâmetros previstos no referido dispositivo da Lei de Portos, bem como às diretrizes traçadas pelos PDZ's e pelo Plano Master pertinente ao Porto Organizado de Paranaguá.

Segundo afirma a Consulente, "o Conselho de Autoridade Portuária – CAP, já constituído de acordo com a Lei nº 12.815,¹³ reuniu-se em 2014 e opinou pela manutenção do PDZPO atual, enunciando que eventuais alterações, inclusive da poligonal, deveriam observar a manutenção do PDZPO. Ademais, ambos os instrumentos estão devidamente atualizados e contemplam a regulação atual da matéria. O Plano Master foi atualizado em 2013 e o PDZPO em novembro de 2014. Há notícia de que a APPA já apresentou tais planos à SEP em data anterior à do início da consulta pública".

Conforme realça a Consulente, a observância dos referidos Planos é obrigatória, não podendo ser aceita qualquer proposta de alteração de poligonais que esteja em desacordo com os mesmos. A força vinculante desses Planos já foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União.

A Consulente aponta algumas consequências desastrosas para o Porto Público de Paranaguá, caso aprovada a proposta da SEP de alteração da poligonal:

¹³ Conforme artigo 20 da Lei 12.815, "será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto". Nos termos do § 1º, "o regulamento disporá sobre as atribuições, o funcionamento e a composição dos conselhos de autoridade portuária, assegurada a participação de representantes da classe empresarial, dos trabalhadores portuários e do poder público."

- a) o Porto não contará com nenhuma área para sua futura expansão e modernização;
- b) haverá perda de receita para a APPA, que não poderá cobrar tarifa dos terminais não localizados dentro da poligonal;
- c) os trabalhadores perderão postos de trabalho e terão suas condições de trabalho prejudicadas;
- d) haverá concorrência assimétrica entre terminais públicos e privados fora das hipóteses previstas na Lei nº 12.815;
- e) os novos terminais privados terão seus acessos rodoviário, ferroviário e aquaviário mantidos integralmente com recursos públicos.

Assiste razão à consulente, quer quanto à obrigatoriedade de observância do PDZ, quer quanto às consequências danosas que resultarão da proposta da SEP.

Qualquer proposta de mudança na delimitação da área do porto organizado tem que levar em conta o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto de Paranaguá, que tem previsão legal no artigo 17, § 2º, da Lei nº 12.815. Esse dispositivo atribui às autoridades portuárias a competência para elaborar e submeter à aprovação da SEP o PDZ.

É o **princípio da razoabilidade** que permite a conclusão de que o PDZ é de observância obrigatória na alteração das poligonais. Esse princípio exige adequação, relação, proporção, entre meios e fins. E, no caso dos Portos, não é qualquer “meio” que atende à finalidade de otimização do porto organizado. Têm que ser levadas em consideração as ações e metas definidas no PDZ pertinente a cada porto.

Conforme consta da própria Portaria SEP 03/2014, a elaboração do PDZ é de **competência das Autoridades Portuárias** (art. 8º), que deverão encaminhá-lo ao Poder Concedente para aprovação (art. 9º)¹⁴. Conforme artigo 14 da Portaria, “*propostas de alteração do PDZ poderão ser encaminhadas pela Administração Portuária, a qualquer tempo, ao Poder Concedente, para aprovação*”. O **objetivo** do PDZ é o “*estabelecimento de ações e de metas para a expansão racional e a otimização do uso de áreas e instalações do porto, com aderência ao Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP e o respectivo Plano Master*”. Pelo artigo 11, o PDZ tem por objetivo geral a promoção da modernização do porto e a

¹⁴ Essa competência está definida também no artigo 17, § 2º, da Lei 12.815, pelo qual “a autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.”

integração com os demais modais de transporte, devendo cumprir os seguintes objetivos específicos para cada horizonte de planejamento:

I – otimizar o uso da infraestrutura já existente no porto;

II – definir a organização espacial da área portuária, considerando a movimentação de cargas e de passageiros;

III – propor alternativas para o uso de áreas portuárias operacionais destinadas à expansão das atividades portuárias, considerando a aptidão e aspectos ambientais de acordo com a legislação, bem como a interação portocidade;

IV – propor alternativas para o uso de áreas portuárias não operacionais;

V – estabelecer um plano que contemple a operacionalização das melhorias de gestão e operacionais e os investimentos portuários e em acessos propostos no Plano Mestre, bem como propor a redefinição da poligonal do porto e da utilização de suas áreas; e

VI – servir como uma das referências para a elaboração do Plano Geral de Outorgas – PGO.”

Conforme decorre dessa Portaria, compete à Administração Portuária **“propor a redefinição da poligonal e da utilização de suas áreas”**. Daí a necessidade de que as propostas de alteração das poligonais observem as diretrizes constantes dos Planos Master e do PDZ. De outro modo, a proposta de alteração será arbitrária. Cabe à SEP demonstrar que a sua proposta de alteração da poligonal está em consonância com referidos Planos. E parece que não está, já que, segundo a Consulente, o Conselho de Autoridade Portuária, em 2014, opinou pela manutenção do PDZ atual.

Como realçamos em outra oportunidade,¹⁵ fácil é deduzir-se a íntima correlação entre os princípios da razoabilidade e da motivação do ato administrativo:

“É imprescindível, para avaliação da razoabilidade, conhecer os motivos que levaram a Administração a adotar determinada medida (objeto do ato administrativo) para alcançar a finalidade que decorre implícita ou explicitamente da lei. Daí a necessidade de motivação; o que se entende necessário é que fiquem documentados, de algum modo, os

¹⁵ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2.012, p. 226.

motivos, para posterior apreciação, seja pela própria Administração, seja pelos demais Poderes do Estado, nos limites de suas competências constitucionais.

A motivação é necessária tanto para verificação da existência ou veracidade dos motivos invocados, como para verificação da adequação entre os motivos e o resultado obtido.

*No direito brasileiro, está consagrada no próprio direito positivo a inclusão do motivo entre os elementos essenciais à validade do ato. O artigo 2º da Lei nº 4.717, de 29.6.65, estabelece serem nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo 1º, nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, **inexistência dos motivos** e desvio de finalidade. E no parágrafo único, alínea “d”, diz que ‘a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou **juridicamente inadequada ao resultado obtido**. O próprio princípio da razoabilidade, como adequação jurídica entre motivo e objeto, tendo em vista a finalidade legal, está contido expressamente na parte final do conceito.”*

O planejamento e desenvolvimento do Porto de Paranaguá deve ocorrer em conformidade com os respectivos PDZ e Plano Master. Estes é que contêm os **pressupostos de fato** (motivos) que darão validade às alterações propostas pela SEP. Note-se que, conforme ressaltado, a elaboração do PDZ não é de competência da SEP, mas da autoridade portuária. Cabe à SEP apenas aprová-lo ou rejeitá-lo. Se rejeitá-lo, tem que motivar a sua decisão. Se apresentar ao Presidente da República proposta de alteração das poligonais em desacordo com referidos Planos, estará se sobrepondo ao órgão competente para a sua elaboração. Em consequência, a proposta decorrerá de decisão arbitrária, fundada em falsos pressupostos de fato e de direito.

Note-se que o Decreto nº 8.033, de 27.6.2013, que regulamenta o disposto na Lei nº 12.815/13, em vários dispositivos faz referência ao PDZ: no artigo 6º, exige a observância das diretrizes do PDZ na realização dos estudos prévios de viabilidade técnica, econômica e ambiental do objeto do arrendamento ou da concessão; no artigo 21, § 1º, inciso I, estabelece que a execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento do PDZ; pelo artigo 25, as áreas não afetadas às operações portuárias e suas destinações serão previstas no

PDZ; o artigo 36, § 1º, inciso II, outorga ao Conselho de Autoridade Portuária a competência para sugerir alterações no PDZ.

Por isso mesmo, assiste razão ao Tribunal de Contas da União nas decisões em que tem afirmado a força vinculante do PDZ.

No Acórdão 2338/2006, proferido pelo Plenário, sendo Relator o Ministro Augusto Nardes, o TCU decidiu, entre outras coisas, que “o programa de arrendamento das áreas e instalações portuárias deve ser elaborado atendendo às suas destinações específicas, de acordo com o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto que contém as áreas objeto de arrendamento, nos termos do Decreto 4.391/02”.

Esse entendimento foi reafirmado no Acórdão proferido no processo TC-008.538/2006-0 (Rel. Ministro Augusto Nardes), em 4.3.2009.

Para validade da proposta de alteração da poligonal do Porto Organizado de Paranaguá, tal como apresentada pela SEP à consulta pública, é indispensável que o órgão demonstre, não só que a alteração é proposta para adequação aos parâmetros definidos no artigo 15, parágrafo único, da Lei 12.815, como também que está em consonância com o PDZ e o Plano Master pertinente ao Porto Organizado de Paranaguá.

No que diz respeito às consequências danosas da alteração das poligonais do Porto Organizado de Paranaguá, tal como realçadas pela Consultante, cabe observar que caracterizam hipótese de *desvio de poder*, na medida em que a proposta da SEP é contrária ao interesse público, representado, no caso, pelos interesses do próprio Porto Organizado (definido como bem público e cuja expansão ficará impedida se aceita a proposta da SEP), da APPA (pela perda de receita), dos trabalhadores (pela perda de seus postos de trabalho). Isto sem falar na liberalidade (inaceitável em relação ao patrimônio público) de permitir que acessos rodoviário, ferroviário e aquaviário sejam mantidos integralmente com recursos públicos, em benefício de terminais de uso privado, se levada a efeito a proposta da SEP.

O desvio de poder ocorre não só quando o ato administrativo é praticado com finalidade diversa da prevista na regra de competência, mas também quando é praticado com inobservância do interesse público. É o entendimento que adotamos.¹⁶ É o ensinamento de Carmen Chinchilla, em sua conhecida obra

¹⁶ In: *Direito administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 254.

sobre desvio de poder.¹⁷ A autora indica as diversas modalidades de desvio de poder, incluindo entre elas o “desvio para fins alheios ao interesse geral”. Segundo a jurista, “trata-se de hipóteses nas quais a Administração exerce o poder orientando-o para a busca de interesses absolutamente estranhos e inclusive contrários ao interesse geral. Isto é, são atuações administrativas impulsionadas por móveis pessoais, como pode ser o interesse privado, os desejos de vingança, as preferências políticas, etc.”¹⁸

No caso da proposta da SEP, se ela, além de desconsiderar o PDZ e o Plano Master, ainda causar as consequências danosas apontadas pela Consulente, qualifica-se como desvio de poder, apresentando mais esse aspecto de ilegalidade.

3. RESPOSTA AOS QUESITOS

Parte I

- a) *A fim de atender o disposto no art. 31, § 1º, da Lei nº 9.784, a SEP/PR deve promover a divulgação da consulta pública pelos meios oficiais?*

RESPOSTA: Sim. A Lei nº 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo federal) faz essa exigência, não só no artigo 31, § 1º, referente à consulta pública, como também no artigo 2º, parágrafo único, inciso V, como formalidade a ser atendida em todos os processos administrativos; além disso, não basta apenas notícia de abertura da consulta pública, sendo necessário despacho motivado, ou seja, ato administrativo praticado pela autoridade competente e acompanhado da respectiva motivação.

- b) *A SEP/PR deverá estabelecer previamente o procedimento que será seguido na consulta pública (por exemplo, com a previsão de publicação das contribuições e de publicidade das análises – arts. 32 e 34 da Lei nº 9.784)?*

¹⁷ *La desviación de poder*. Madrid: Editorial Civitas, 1989, p. 90.

¹⁸ Tradução livre.

RESPOSTA: Sim. Para dar transparência à consulta pública, deveria a SEP, ao divulgar a sua abertura, definir o procedimento a ser adotado, inclusive quanto à realização de audiência pública, até porque o artigo 34 exige que os resultados da consulta pública e audiência pública deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

- c) *Caso algum interessado demonstre fundamentadamente a utilidade da realização de audiência pública para debates das propostas e contribuições em função da relevância do tema, a SEP/PR deverá realizar tal ato para dar cumprimento ao art. 32 da Lei nº 9.784?*

RESPOSTA: Sim. Embora a redação do artigo 32 da Lei nº 9.784/99 dê a impressão de que a decisão é discricionária, a liberdade decisória da autoridade é limitada pelo fato de a lei exigir que a sua realização seja norteada pela “relevância da questão”; em consequência, demonstrada essa relevância, desaparece a discricionariedade da decisão, que se torna vinculada para a autoridade competente.

- d) *Caso algum interessado demonstre fundamentadamente que o prazo fixado para o encaminhamento de contribuições na consulta pública é incompatível com a complexidade do tema em discussão, a SEP/PR deverá estender o prazo pelo período necessário à obtenção de uma discussão mais qualificada?*

RESPOSTA: Sim. O prazo tem que ser o adequado, o necessário e o proporcional ao fim a que se destina; ou seja, tem que fixado de tal forma que permita aos interessados ter vista dos autos e apresentar suas alegações escritas; é o que decorre do artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, que assegura, nos processos judiciais e administrativos, a razoável duração do processo.

- e) *À luz dos princípios da publicidade e da transparência, do art. 37, inciso XXXIII, da Constituição Federal, dos arts. 3º, 37 e 46 da Lei nº 9.784, e dos arts. 3º, 5º, 6º, 7º, 10 e 21 da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527), a SEP/PR deve fornecer aos interessados as cópias dos documentos, estudos, registros de discussão e aprovação, pareceres e demais informações que foram levados em consideração para a formulação da proposta colocada em consulta pública, bem como os documentos*

comprobatórios da publicação da notícia acerca da consulta pública em veículos oficiais?

RESPOSTA: Sim. A Lei nº 9.784/99 e a Lei nº 12.527/11 preveem o acesso a informações como ***direito do administrado*** e como ***dever da Administração Pública***, a ser cumprido independentemente de solicitação; como consequência, a abertura de consulta pública deve vir acompanhada dos documentos relevantes para que os interessados possam apresentar, com conhecimento, suas alegações escritas; ou deve indicar os autos em que estão inseridos tais documentos, para vista dos interessados em se manifestar.

f) Em caso de resposta positiva ao quesito anterior, eventual ausência de fornecimento das informações pertinentes pela SEP/PR, especialmente se prejudicar a realização pelos interessados de uma análise crítica mais detalhada da proposta colocada em consulta pública, acarretará a invalidade do procedimento?

RESPOSTA: Sim. O acesso à informação é garantido pela legislação citada e retira a sua força vinculante dos artigos 5º, XXXIII, e 37, *caput*, da Constituição; o descumprimento de tais normas acarreta a invalidade do procedimento da consulta pública.

g) Também em caso de resposta positiva, a demora no fornecimento das informações que foram levadas em consideração na formulação da proposta colocada em consulta pública poderá demandar a necessidade de reabertura ou ampliação do prazo fixado para o encaminhamento de contribuições pelos interessados (ressalvada a insuficiência do próprio prazo inicialmente fixado)?

RESPOSTA: Sim. Conforme esclarecido na resposta ao quesito “c”, o prazo tem que ser razoável para permitir o conhecimento das informações e dos documentos lavrados antes da consulta pública, e possibilitar a apresentação de alegações escritas baseadas em pressupostos de fato (motivação) em que se baseou a SEP na elaboração de sua proposta de alteração das poligonais do Porto de Paranaguá.

Parte II

- h) *Eventual alteração das poligonais do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina deverá se ater aos critérios fixados no parágrafo único do art. 15 da Lei nº 12.815, cumulado com o art. 68 da mesma Lei?*

RESPOSTA: Sim. Não há como deixar de cumprir os parâmetros fixados no artigo 15, parágrafo único, para a alteração da poligonal proposta pela SEP/PR.

- i) *A alteração da poligonal com o propósito de se outorgar subsequente autorização para terminais privados nas áreas a serem excluídas da poligonal pode ser considerada uma fraude ao regime de arrendamento, inclusive da licitação, em ofensa ao art. 59 da Lei nº 12.815?*

RESPOSTA: Sim. O artigo 59 da Lei nº 12.815/13 deixa clara a intenção do legislador de respeitar os termos de autorização e os contratos de adesão firmados para exploração de instalações portuárias situadas dentro da área do porto organizado, desde que adaptados em consonância com o artigo 58; se o propósito da alteração da poligonal for o de outorgar subsequente autorização para terminais privados nas áreas a serem excluídas da poligonal, pode realmente ser considerada uma fraude ao regime de arrendamento e à exigência de licitação para sua outorga.

- j) *Eventual alteração da poligonal de um Porto Organizado poderá contrariar as previsões contidas no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZPO) e no Plano Master?*

RESPOSTA: Não. O Plano de Desenvolvimento e Zoneamento e o Plano Master são de observância obrigatória na delimitação e alteração da poligonal de um Porto Organizado, sob pena de sua inutilidade para os fins a que se destinam, em contrariedade ao princípio da razoabilidade; essa vinculação já foi reconhecida pelo Tribunal de Contas da União.

- k) *Caso se demonstre tecnicamente que a proposta de nova poligonal colocada em consulta pública pela SEP/PR contraria o PDZPO e o Plano Master do Porto de Paranaguá, a solução juridicamente adequada consistirá na invalidação da proposta, sem prejuízo de posterior alteração de tais planos em procedimento próprio e regular?*

RESPOSTA: Sim. Uma vez comprovado que a proposta de nova poligonal colocada em consulta pública pela SEP/PR contraria o PDZPO e o Plano Master do porto de Paranaguá, ela não terá validade e não servirá de motivação adequada para que ato da Presidência da República delimite a área do porto organizado de Paranaguá; somente com alteração dos referidos Planos, aos quais se adapte a proposta da SEP/PR, é que a mesma terá validade.

- l) *Dada a obrigatoriedade de realização de consulta pública pela SEP/PR para eventual propositura de alterações nas poligonais, será válido eventual decreto presidencial que acolha proposta resultante de uma consulta pública inválida ou ineficaz?*


RESPOSTA: Não. A validade do Decreto presidencial está condicionada à validade da proposta; se esta foi resultado de uma consulta pública inválida ou ineficaz, o vício contaminará os atos posteriormente praticados.

- m) *Será válido eventual decreto presidencial que fixe nova poligonal em discordância com as previsões legais, com o PDZPO ou com o Plano Master?*

RESPOSTA: Não. O artigo 15 da Lei 1º 12.815/13 prevê a definição da área dos portos organizados como ato complexo, constituído de um ato principal (o ato da Presidência da República) e um ato acessório, que o precede (a proposta da SEP/PR); se a proposta é inválida, por não observar as previsões legais nem o PDZPO e o Plano Master, o ato presidencial padecerá do mesmo vício.

É o parecer.

São Paulo, janeiro de 2015.



MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Advogada – OAB/SP 19.844