

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE TECNOLOGIA  
DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL**

**PORTOS EMPREENDEDORES: PROPOSTA DE UM NOVO  
MODELO DE GESTÃO PORTUÁRIA**

**MAURÍCIO ARAQUAM DE SOUSA**

**ORIENTADOR: JOSÉ AUGUSTO ABREU SÁ FORTES**

**TESE DE DOUTORADO EM TRANSPORTES  
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM TRANSPORTES**

**PUBLICAÇÃO: T. D. – 001 / 2017**

**BRASÍLIA/DF: FEVEREIRO - 2017**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE TECNOLOGIA**  
**DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E AMBIENTAL**

**PORTOS EMPREENDEDORES: PROPOSTA DE UM NOVO MODELO  
DE GESTÃO PORTUÁRIA**

**MAURÍCIO ARAQUAM DE SOUSA**

**TESE SUBMETIDA AO DEPARTAMENTO DE ENGENHARIA CIVIL E  
AMBIENTAL DA FACULDADE DE TECNOLOGIA DA  
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA COMO PARTE DOS REQUISITOS  
NECESSÁRIOS PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE DOUTOR EM  
TRANSPORTES.**

**APROVADA POR:**

**José Augusto Abreu Sá Fortes, PhD (ENC-UnB)  
(Orientador)**

**Paulo César Marques da Silva, PhD (ENC-UnB)  
(Examinador Interno)**

**Fabiana Serra de Arruda, Dra (ENC-UnB)  
(Examinadora Interna)**

**Rafael Costa Freiria, Dr. (FT – Unicamp)  
(Examinador Externo)**

**Alexandre Ditzel Faraco, Dr. (Direito – UFPR)  
(Examinador Externo)**

**BRASÍLIA/DF, 03 DE FEVEREIRO DE 2017**

## FICHA CATALOGRÁFICA

SOUSA, MAURICIO ARAQUAM DE

Portos Empreendedores: Proposta de Um Novo Modelo de Gestão Portuária [Distrito Federal] 2017.

xvii, 126 p., 210 x 297 mm (ENC/FT/UnB, Doutor, Transportes, 2017).

Tese de Doutorado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia.

Departamento de Engenharia Civil e Ambiental.

1. Planejamento de Transportes

2. Economia dos Transportes

3. Política e Planejamento Governamentais

4. Políticas Públicas

5. Administração de Setores Específicos

6. Direito Administrativo

I. ENC/FT/UnB

II. Título (série)

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SOUSA, M. A. (2017). Portos Empreendedores: Proposta de Um Novo Modelo de Gestão Portuária. Tese de doutorado em Transportes, Publicação T. D. – 001 / 2017, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 126 p.

## CESSÃO DE DIREITOS

AUTOR: Maurício Araquam de Sousa

TÍTULO: Portos Empreendedores: Proposta de Um Novo Modelo de Gestão Portuária

GRAU: Doutor

ANO: 2017

É concedida à Universidade de Brasília permissão para reproduzir cópias desta tese de doutorado e para emprestar ou vender tais cópias somente para propósitos acadêmicos e científicos. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte desta tese de doutorado pode ser reproduzida sem autorização por escrito do autor.

---

Mauricio Araquam de Sousa

Programa de Pós Graduação em Transportes, Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Faculdade de Tecnologia, Anexo SG 12, 1º andar, Campus Universitário Darcy Ribeiro, Universidade de Brasília, Brasília, DF.

CEP: 70910-900

mauricio.araquam@gmail.com

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todos os que me auxiliaram nas pesquisas e em sua revisão, em especial aos Doutores José Augusto Abreu Sá Fortes, Rafael Costa Freiria, Alexandre Ditzel Faraco, Fabiana Arruda, Paulo César Augusto Marques, Aldery Silveira Jr. e Evaldo Cesar Cavalcante Rodrigues, professores sem os quais eu não conseguiria concluir o presente trabalho.

Agradeço também aos amigos do Porto de Santos, Porto de Vitória, Porto de Antuérpia e Porto de Roterdã, bem como aos profissionais do Ministério dos Transportes, Antaq, Antt, Ministério da Fazenda e do Planejamento, que tanto me auxiliaram no desenvolvimento desta tese.

Dentre esses profissionais, especial destaque deve ser dado a Antonio Mauricio Ferreira Netto, meu mestre; a Luis C. S. Montenegro, Presidente do Porto de Vitória; a Leônidas Cristino, ex Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos e a Marcellus dos Santos Costa, Auditor Federal do Ministério da Fazenda, amigos que têm sempre algo a me acrescentar, esclarecer, criticar ou aperfeiçoar, tanto em temas logísticos como em assuntos gerais de governança e ética pública. Esse trabalho não poderia ter sido concebido e nem desenvolvido sem o envolvimento direto deles.

Agradeço, por fim, ao apoio incondicional de minha esposa, de meus pais e de minha família, meus grandes incentivadores nesta jornada. Sem eles, eu não chego em lugar nenhum...

## **RESUMO**

### **PORTOS EMPREENDEDORES: PROPOSTA DE UM NOVO MODELO DE GESTÃO PORTUÁRIA**

**Autor: Maurício Araquam de Sousa**

**Orientador: José Augusto Abreu Sá Fortes**

**Programa de Pós-graduação em Transportes – PPGT**

Diversos modelos de gestão portuária existentes no mundo apresentam a possibilidade de a administração portuária celeremente reavaliar as condições inicialmente avençadas com os terminais para a prestação dos serviços de armazenagem e transbordo de cargas, geralmente ensejando simples repactuação de cláusulas contratuais (referentes a prazos, áreas cedidas, valores tarifários etc). Neste sentido, o atual modelo jurídico de arrendamento (uma modalidade de cessão de área pública), hoje predominante no setor portuário brasileiro, por assegurar ao arrendatário um direito de uso exclusivo e praticamente inalterável sobre a área arrendada durante todo o período do contrato, não é o mais adequado para pautar os serviços de movimentação, uma vez que acaba por dificultar ou até mesmo inviabilizar a rápida reavaliação e o célere rearranjo de espaços dentro do porto. É premente a necessidade de estruturação de um modelo jurídico que possibilite à administração do porto público a célere repactuação consensual das condições inicialmente avençadas com os arrendatários, principalmente no que se refere à localização das áreas cedidas, o que contribuiria para a geração da agilidade inerente à gestão portuária (voltada à criação de economias de escala e de escopo), possibilitando um planejamento de expansão e reavaliação ininterruptos das condições de prestação dos serviços portuários, com o foco na otimização, em termos econômicos, do uso dos acessos (terrestres e marítimos) e das áreas cedidas dentro do porto. Apresenta-se no presente trabalho a justificação teórica e a estrutura de um novo modelo de gestão portuária, totalmente aderente à Constituição Federal e às normas infraconstitucionais brasileiras, no intuito de que esse novo modelo seja usado para gerar maior autonomia e eficiência às administrações portuárias públicas, com reflexos positivos nas cadeias logísticas e sistemas de transportes do país.

## **ABSTRACT**

# **ENTREPRENEUR PORTS: PROPOSAL OF A NEW MANAGEMENT MODEL FOR PORT FACILITIES**

**Author: Maurício Araquam de Sousa**

**Supervisor: José Augusto Abreu Sá Fortes**

**Programa de Pós-graduação em Transportes – PPGT**

It is a hallmark of several port models the possibility of the port administration swiftly reevaluate the conditions originally provided with terminals for the provision of storage and transshipment cargo services, usually entailing simple renegotiation of contract terms (regarding deadlines, assigned areas, tariff values etc). In this sense, lease legal model (a form of assignment of public areas), currently prevalent in the Brazilian port sector, once ensures the lessee the right to use the leased area in a virtually unchangeable way during the entire period of the contract, is not the most appropriate model to regulate port services, since it makes it difficult the rapid reassessment and rearrangement of spaces within the harbor, with the aim of optimizing the use of existing assets and attracting loads of greater value. There is a pressing need for structuring a legal model that enables public port administrations to renegotiate contract terms with the tenants in order to allow speedy consensual change of areas initially leased, contributing to generate the necessary agility inherent to port management (focusing on the creation of economies of scale and scope), allowing the continuous reassessment of the conditions for port services, with an optimization, in economic terms, of infrastructure and use of areas within the port. We present in this research the theoretical justification and the complete structure of a new management model for port facilities, fully compliant with the Federal Constitution and Brazilian regulations, hoping that the new model may be used to provide greater autonomy and efficiency for public port administrations, with positive effects on supply chain management and on Brazilian transport systems.

## SUMÁRIO

<b>1.</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
1.1	CONTEXTUALIZAÇÃO: AS REDES DE ACESSO AOS PORTOS .....	3
1.2	IMPACTOS DOS SISTEMAS DE TRANSPORTES SOBRE O PORTO.....	5
1.3	PROBLEMA.....	10
1.4	OBJETIVOS .....	13
1.4.1	OBJETIVO GERAL.....	13
1.4.2	OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	13
1.4.3	ESTRUTURA DO TRABALHO .....	13
<b>2</b>	<b>METODOLOGIA .....</b>	<b>18</b>
2.1	DETALHAMENTO DA METODOLOGIA.....	18
2.1.1	PESQUISA BIBLIOGRÁFICA .....	18
2.1.2	PESQUISA DE CAMPO.....	20
2.1.3	CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO.....	20
2.2	TIPO DE PESQUISA .....	21
<b>3.</b>	<b>A REFORMA DO SETOR PORTUÁRIO .....</b>	<b>22</b>
3.1	MODELOS REGULATÓRIOS PORTUÁRIOS APLICÁVEIS NO BRASIL.....	24
3.2	ESTRUTURA GERAL E CAUSAS DA CRISE DO ANTIGO MODELO.....	27
3.2.1	ERROS DE SINAL ADVINDOS DE UM PLANEJAMENTO DESCOORDENADO 29	
3.2.2	BAIXA EFICIÊNCIA DAS ADMINISTRAÇÕES PORTUÁRIAS .....	33
3.2.3	DESARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL DE AGENTES E AUTORIDADES INTERVENIENTES.....	35
3.2.4	REDUÇÃO DE BARREIRAS À ENTRADA: O REENQUADRAMENTO DOS TUP 37	

<b>4. REFERENCIAL TEÓRICO.....</b>	<b>41</b>
4.1 POSIÇÃO CLÁSSICA DA TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO .....	41
4.2 SUPERAÇÃO DO ENFOQUE DA FIRMA PELA NOÇÃO DE CLUSTER .....	49
4.3 IMPLANTAÇÃO DE CLUSTERS PORTUÁRIOS NO BRASIL.....	52
4.4 VIABILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA .....	56
4.5 NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO DE PLANEJAMENTO.....	58
<b>5 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE COMPETIÇÃO.....</b>	<b>66</b>
5.1 MONOPÓLIO NATURAL E MONOPÓLIO JURÍDICO.....	66
5.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COM ASSIMETRIA DE REGIMES .....	71
<b>6 CRISE E SUPERAÇÃO DO ATUAL MODELO DE ARRENDAMENTO.....</b>	<b>73</b>
6.1 CRÍTICA AO MODELO DE CONCESSÃO DE BEM PÚBLICO .....	74
6.2 NOVA GOVERNANÇA PORTUÁRIA: ADMINISTRAÇÃO EMPREENDEDORA 79	
<b>7 PROPOSTA DE UM NOVO MODELO .....</b>	<b>84</b>
7.1 LINHAS GERAIS DO NOVO MODELO PROPOSTO .....	87
7.2 NOVO MODELO DE AUDITORIA COM FOCO NO SERVIÇO .....	89
7.3 GANHOS NEGOCIAIS E OBSERVÂNCIA DA SUSTENTABILIDADE .....	93
7.4 APLICAÇÃO DO MODELO.....	96
7.4.1 ACÓRDÃO 1.150/2011 (PORTO DE SANTOS/CODESP) - TCU.....	97
7.4.2 ACÓRDÃO 2.989/2011 (PORTO DE SANTOS/CODESP) - TCU .....	100
7.4.3 ACÓRDÃO 1.972/2012 (PORTO DE SANTOS/CODESP) - TCU.....	102
7.4.4 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO N. 42404114-30 (PORTO DE SANTOS/CODESP).....	106
7.4.5 ADPF 316 STF – MUNICÍPIO DE SANTOS .....	109

<b>8</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>113</b>
8.1	PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES DO TRABALHO .....	113
8.2	LIMITAÇÕES CONCEITUAIS ENCONTRADAS.....	117
8.3	SUGESTÕES E RECOMENDAÇÕES PARA TRABALHOS FUTUROS 121	
	REFERÊNCIAS .....	124

## **LISTA DE FIGURAS**

Figura 6.1. - Tipologia das autoridades portuárias.....80

Figura 7.1. - Novo modelo de auditoria com foco no serviço.....92

# 1. INTRODUÇÃO

O Brasil é um país de dimensões continentais, dispondo de abundância de recursos hídricos, ótimos níveis de insolação, pluviosidade adequada e vasta extensão de terras férteis, sendo naturalmente vocacionado ao agronegócio. Neste sentido, existe, segundo os prognósticos constantes do Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP (SEP, 2013), a previsão de um sensível aumento no fluxo de exportações de *commodities* agrícolas nos próximos anos.

Com o objetivo de atender a sua crescente corrente de comércio, o país necessita de um maior nível de investimento em infraestrutura, visando ao aumento da disponibilidade de ativos (portos, ferrovias, rodovias, silos, armazéns etc) que possam atender aos diferentes segmentos logísticos, a fim de gerar a fluidez necessária ao escoamento de suas cargas.

O PNLP (SEP, 2013) aponta ainda que os portos marítimos nacionais, em sua maioria, estão operando sem a necessária capacidade e com baixa produtividade, devido a baixos níveis de investimento tanto na expansão da infraestrutura e superestrutura, quanto na otimização e melhoria dos ativos já existentes. Como decorrência, o Fórum Econômico Mundial (*World Economic Forum* – WEF) classificou o país na 122<sup>a</sup> posição quanto a qualidade de infraestrutura portuária, em um total de 144 países analisados (WEF, 2014).

No mesmo sentido, o Plano Nacional de Logística de Transporte – PNLT (MT, 2011) aponta que, no tocante ao mercado interno brasileiro, a competitividade interregional também é prejudicada pelos elevados custos logísticos, o que afeta o crescimento econômico das regiões menos desenvolvidas ou situadas nas novas fronteiras agrícolas (Norte e Nordeste).

Como foi exposto no comparativo das metodologias adotadas no PNLT e PNLP e seus reflexos no planejamento do setor de transportes, publicado nos Anais do XVIII *Congresso Panamericano de Transporte y Logística* (SOUSA, 2014), embora partam de metodologias diversas, por visarem a diferentes fins, tanto o PNLP (SEP, 2013) quanto o PNLT (MT, 2011), no geral, apontam para a premente necessidade de investimento em infraestrutura de transportes.

Visando a aumentar a capacidade instalada e a reduzir custos logísticos, o governo federal editou a MP 595/2012, convertida na Lei 12.815/2013, com uma proposta de reestruturação do setor portuário, por meio da implantação de novos instrumentos de gestão, ao mesmo tempo em que busca atrair novos investimentos privados para o setor, por meio de um amplo programa

de arrendamento de áreas nos portos públicos, assim como a liberação dos Terminais de Uso Privado – TUP para a movimentação de qualquer tipo de carga, sem restrição.

O novo ambiente utilizou a chamada técnica de “regulação assimétrica”, tendo em vista o critério de acesso a mercado pelo arrendatário de área em porto público ser a licitação e pelo titular de TUP fora do porto ser a autorização, precedida de chamada pública (e processo seletivo público, quando for o caso).

Existem dentro dos portos duas funções típicas: o serviço de administração (ou seja, o controle de acessos terrestres e marítimos e ainda a supervisão, otimização e controle das áreas cedidas para movimentação) e o serviço de operação (caracterizado pela armazenagem temporária e efetiva movimentação de cargas, incluindo-se o transbordo).

O serviço de administração tem sido prestado, de regra, pelas Companhias Docas Federais (no regime de direito público) dentro dos portos organizados e de forma desregulamentada (no regime de direito privado) junto aos TUP.

Já a operação é sempre privada, seja ela feita pelos arrendatários dentro dos portos, pelos operadores qualificados ou pelos autorizatários de TUP fora dos portos públicos.

A administração portuária é pública (modelo *landlord*) nos portos organizados de maior relevância do mundo, funcionando como provedora de infraestrutura aos operadores de terminais, atendendo à necessidade de controle de acessos marítimos de forma isonômica para todos os membros do condomínio portuário.

No Brasil, o efetivo serviço de armazenagem e transbordo de cargas (ou operação portuária) já é privado desde o advento da Lei 8.630/93 (antiga Lei dos Portos), sendo prestado por empresas privadas tanto por meio do regime jurídico de arrendamento (precedido de licitação) quanto por operadores livres, cadastrados junto às administrações portuárias, mas não titulares de áreas arrendadas dentro dos portos públicos.

O presente trabalho se concentra no avanço do ambiente jurídico-institucional do setor portuário, a fim de permitir a construção de um modelo com maior agilidade de gestão às administrações portuárias, com reflexos positivos nos sistemas de transportes que acessam os portos públicos do país.

## 1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO: AS REDES DE ACESSO AOS PORTOS

Os portos podem ser acessados pelos modais ferroviário, rodoviário, hidroviário e dutoviário, integrantes dos sistemas de transporte de um país.

A ferrovia é basicamente um transportador de longo curso e de baixa velocidade para matérias-primas (carvão, madeira, produtos químicos) e para produtos manufaturados de baixo custo (alimentos, papel e produtos florestais), em distâncias em geral maiores que as cargas rodoviárias (viagem média de 712 milhas nos EUA, à velocidade média de 20 milhas por hora) (BALLOU, 2006).

Mesmo levando um volume menor de cargas, em geral também de menor peso, as vantagens do transporte rodoviário são a frequência e disponibilidade do serviço, a velocidade e a comodidade do serviço porta a porta, sem necessidade de carga ou descarga entre origem e destino, transbordo esse inevitável no modal ferroviário (BALLOU, 2006).

O transporte hidroviário pode ser realizado em hidrovias internas ou entre portos fluviais do país (navegação de interior), como no caso do escoamento de safra agrícola por barcaças, em direção a portos concentradores, geralmente na região norte do país.

Pode ainda ser realizado entre portos (ou pontos) do território brasileiro, utilizando a via marítima, ou esta e as vias navegáveis interiores, quando assume então feições de navegação de cabotagem.

Embora apresentando baixa velocidade média, o modal hidroviário é o de mais baixos custos, tendo em vista as elevadas economias de escala que apresentam, e que são cada vez maiores, em razão do fenômeno mundial de agigantamento das embarcações, o que reduz cada vez mais os custos unitários de transporte das cargas embarcadas.

Já as dutovias estão voltadas ao transportes de óleo, gás e derivados, geralmente das zonas de refino em direção ao interior do país (no caso de derivados do petróleo), ou ainda das zonas de produção (no mar – *offshore* - ou em terra - *onshore*) para os centros de consumo (grandes cidades ou usinas termelétricas), no caso do gás natural.

Tendo em vista as economias de escala que gera e o funcionamento praticamente ininterrupto que apresenta, a dutovia tem sido um modal cada vez com maior utilização no país, como no caso de novos minerodutos ou mesmo alcoodutos já instalados ou em fase de instalação.

Os portos em geral recebem cargas de todos os modais, concentrando-as e transbordando-as para grandes navios graneleiros (de categoria Handysize, Panamax ou superiores) ou porta-contêineres (como os do tipo Maersk Size), com destino a portos de todo o mundo.

Ou, no sentido inverso, os terminais portuários recebem embarcações de longo curso, recebem, inspecionam e acondicionam suas cargas, a serem posteriormente transbordadas em todos os modais, sendo distribuídas para toda sua zona de influência.

Embora não sendo sua atividade principal, os portos também podem receber navios de cruzeiro, devendo, neste caso, apresentar infraestrutura adequada (restaurantes, hotéis, estacionamentos etc) à recepção segura, rápida e confortável dos passageiros em trânsito.

Embora o ideal seja um equilíbrio no uso de todos os modais, com estações de transbordo entre todos eles (intermodalidade) e opções logísticas tomadas conforme volume, valor e peso das cargas e distâncias a serem percorridas, o fato é que as políticas públicas utilizadas no processo de expansão das rodovias acabou levando ao sucateamento da maior parte da malha ferroviária e à subutilização de grande parte das rotas de navegação já implantadas no Brasil, havendo uma excessiva concentração do sistema de transportes no modo rodoviário, em detrimento dos demais.

Sendo o Brasil um grande exportador de *commodities* agrícolas (soja, açúcar, carnes, frutas, óleos etc) e minerais, a excessiva prevalência do modal rodoviário sobre os demais acaba sendo a origem de diversos problemas sociais (acidentes nas estradas, prostituição), ambientais (excessiva queima de combustíveis fósseis, dispersão de grãos, farelos e matérias tóxicas sobre as vias) e econômicos (degradação mais rápida das vias terrestres, ante o peso transportado; valores excessivos dos fretes etc) do país.

Esses problemas, oriundos de um sistema de transportes focado na rodovia (em um cenário de escoamento rodoviário de cargas de grande peso e baixo valor, como os grãos agrícolas e minerais, em grandes distâncias), acabam também impactando os portos do país, que em geral não possuem infraestruturas adequadas (rodovias de acesso, estacionamentos e pátios de transbordo) para a recepção simultânea de milhares de caminhões nos períodos de embarque.

Esses fatores, aliados ao baixo nível de funcionamento dos portos públicos, acabam por gerar impactos negativos ainda maiores nos sistemas de transportes do país, como passamos a expor.

## 1.2 IMPACTOS DOS SISTEMAS DE TRANSPORTES SOBRE O PORTO

O Brasil possui 37 portos públicos, também chamados “portos organizados”. Nesses portos (sejam eles delegados a Estados, municípios ou consórcios públicos, ou ainda administrados pela União, por meio das Companhias Docas federais) o serviço de movimentação de cargas é precipuamente realizado por meio de empresas privadas, arrendatárias de áreas públicas, mediante prévio procedimento licitatório.

Ao lado desses serviços privados de efetivo transbordo e movimentação de cargas, também existe a função de “sídica” do condomínio de empresas que compõe os portos públicos. Essa função, também chamada de administração portuária, é desempenhada por empresas públicas ou sociedades de economia mista intituladas “autoridades portuárias”, nos portos de todo o país.

São essas autoridades que disciplinam a ordem de chegada e atracação dos navios, ou seja, gerenciam o fluxo de embarcações que acessam os canais de acesso. Paralelamente, as autoridades portuárias públicas também gerenciam a ordem de chegada de caminhões e trens junto aos terminais privados, função a que se convencionou chamar “controle de acessos terrestres”.

As autoridades portuárias públicas realizam também o gerenciamento das áreas a serem cedidas à iniciativa privada para a movimentação das diferentes modalidades de carga existentes, quais sejam: graneis sólidos, líquidos e carga geral, containerizada ou não.

Para o exercício dessa função, os planejadores portuários prevêm (nos Planos de Desenvolvimento e Zoneamento e também nos Planos Mestres de cada um dos portos) os melhores usos a serem dados a cada uma das áreas a serem cedidas, em um movimento, sempre crescente, de otimização no uso dessas áreas.

Essa otimização permanente no uso das áreas arrendadas é necessária devido às características de monopólio natural de que se revestem.

Com efeito, o porto é o elemento final de uma rede de transportes, composta por infraestruturas de dutos, rodovias, ferrovias e hidrovias, que muitas vezes percorrem centenas (senão milhares) de quilômetros, até chegarem nos terminais, nós de conexão das redes de transportes internas do país (acessantes da *hinterland*) com as redes de transportes internacionais (acessantes da *foreland*, a partir dos portos de outros países).

Como milhares de quilômetros de infraestruturas de acesso (rodoviárias, ferroviárias, dutoviárias e hidrovias) conduzem a pequenas (em termos proporcionais) áreas de transbordo, as áreas portuárias são bens escassos e que devem, por isso, terem sua utilização otimizada, gerando a eficiência necessária (quanto a tempos e movimentos) a complexas operações de movimentação de carga, geralmente em grandes volumes e prazos curtos.

Caso isso não ocorra, eventualmente pela falta de capacidade, ausência de sincronismo ou por falhas de equipamentos, corre-se o risco, por exemplo, de centenas de caminhões que atuem no embarque de um navio graneleiro dificultarem ou mesmo inviabilizarem outros movimentos de transbordo paralelos requeridos por terminais vizinhos, que movimentem gases, líquidos ou contêineres, por exemplo.

Isso sem falar nos congestionamentos que podem se instaurar repentinamente nessas ocasiões, junto às cidades portuárias, contribuindo ainda mais para a degradação da infraestrutura de transportes instalada.

Sendo assim, as rodovias, ferrovias, hidrovias e demais infraestruturas de acesso aos portos sofrem efeitos diretos decorrentes do planejamento de expansão e de operação realizado pelas autoridades portuárias públicas, no sentido de calibragem e normalização de fluxos de cargas, o que muitas vezes acaba implicando a necessidade da própria reconfiguração das vias terrestres de acesso ou mesmo das ferrovias internas aos portos, a fim de gerar-se ganho sistêmico na operação dos terminais.

Embora a necessidade de sincronização e cadenciamento típica das atividades logísticas deva ser observada não apenas na operação, mas também nos movimentos de expansão dos terminais, isso nem sempre é possível.

Com efeito, o ritmo de expansão dos terminais (por decorrência de licitação, renovação de contratos de arrendamento, aditivos, cessão de uso ou quaisquer outros formatos jurídicos utilizados na adaptação estrutural dos terminais a novas cargas, ou ainda para ganhos de capacidade para as cargas já movimentadas), por obedecer à lógica comercial de cada uma das empresas privadas componentes do condomínio portuário, nem sempre obedece à governabilidade direta da autoridade portuária.

Assim, por exemplo, a construção de uma pêra ferroviária por um terminal, de regra, vem a gerar eficiência no transbordo das cargas desse terminal.

No entanto, o ganho de eficiência (decorrente do ganho de capacidade) deste terminal poderá vir a impactar negativamente outros terminais do porto, seja porque passará a haver mais composições ferroviárias acessando o porto, com destino a esse terminal (por decorrência da redução dos tempos de transbordo ocasionados pela inovação), seja porque o tamanho das composições ferroviárias aumentará, dificultando a fluidez do trânsito, contribuindo para o aumento das filas de caminhões nos cruzamentos de vias e passagens de nível.

Em razão dessa interdependência operacional entre os diversos terminais (e entre esses e a municipalidade que abriga o porto), a remodelação estrutural de um terminal, de regra, acaba gerando efeitos não só internamente ao porto, mas também a todas as vias de acesso a ele, muitas vezes sobrecarregando pontes, viadutos, estacionamentos, postos de combustível e o próprio leito das rodovias existentes nos sistemas de acesso aos portos organizados.

Em outras palavras, apesar de o projeto de investimento de um terminal (p. ex. na compra de um novo equipamento ou na reconfiguração de seu *lay out*) possa vir a gerar ganhos operacionais para esse terminal (que passa a “puxar” mais caminhões, trens e navios, de maior capacidade e em prazos menores), isso não significa que o ganho desse terminal seja sistêmico.

Aliás, o que geralmente ocorre é justamente o inverso, com o aumento de funcionalidade de um terminal passando a gerar perdas de eficiência para outros terminais, que utilizem as mesmas vias de acesso (terrestres, fluviais ou marítimas), havendo também perda de eficiência para os sistemas de transportes externos ao porto, mas que a ele se conectam.

Assim navios maiores exigirão um maior tempo de uso dos canais de acesso aos berços, muitas vezes impedindo operações de embarcações menores; moegas mais eficientes ou a construção de desvios ferroviários estimularão a vinda de composições maiores; a instalação de novos *ship loaders* de maior capacidade (para embarques de graneis) ou a dragagem de canais e berços estimularão a vinda de embarcações maiores, que tenderão, por sua vez, a demandarem carga de mais caminhões, sobrecarregando as rodovias de acesso ao porto; e assim por diante...

Como a busca por ganhos de eficiência é uma atividade ininterrupta dos terminais (seja por compra de novos equipamentos, de maior capacidade, seja por pedidos de expansão de retroáreas, para estocagem provisória de um volume maior de cargas), as vias terrestres e marítimas componentes dos sistemas de transporte que acessam os portos sofrem ininterruptamente os efeitos dos ganhos de escala e escopo buscados pelos operadores.

E esses ganhos de escala levam à permanente necessidade de reavaliação da capacidade destas vias, ou ainda, da necessidade do estudo da remodelagem do *lay out* do próprio porto, procurando-se evitar o *stress* destas estruturas ou a descalibração nos novos fluxos de carga.

Por decorrência da própria dinâmica das operações portuárias, que exigem sucessivos redimensionamentos de fluxos nos modais utilizados nas operações de embarque e desembarque, as autoridades portuárias necessitam de um modelo de gestão também ágil e dinâmico, que viabilize não só esses redimensionamentos operacionais, mas eventualmente também a célere reconfiguração das próprias áreas cedidas, a fim de adequadamente adaptar-se o condomínio portuário para as novas operações e projetos planejados por qualquer um dos terminais.

Tendo em vista a crescente escassez de recursos públicos para novos projetos de infraestrutura e a disponibilidade de recursos privados para esses projetos, desde que financeiramente viáveis, o ideal seria que o regime jurídico portuário permitisse que a construção de novas utilidades voltadas ao aumento das funcionalidades do porto viesse a ser feita por meio do investimento direto dos próprios terminais privados, por serem eles, de regra, os principais interessados nessa melhoria (de acessos marítimos e terrestres, como reforço de pontes, ampliação de túneis, remodelação de rodovias etc).

O investimento privado em vias de acesso públicas poderia vir a ser estimulado não só para as vias terrestres (rodoviárias, dutoviárias e ferroviárias) mas também para as marítimas, na dragagem dos canais de acesso, aumento dos berços públicos ou dos terminais arrendados e assim por diante.

O modelo jurídico-institucional portuário deveria também permitir que esses investimentos pudessem ser rapidamente compensados por meio do elastecimento de prazos ou redução de tarifas pagas pelos arrendatários, evitando-se os morosos procedimentos de reequilíbrio econômico financeiro atualmente praticados.

Para estímulo a esses investimentos, voltados a funcionalização de espaços e melhorias nas estruturas operacionais existentes nos portos públicos, com ganhos para os próprios terminais privados e também para a coletividade, o modelo jurídico aplicado na gestão dos portos deveria também ser, tanto quanto possível, focado em resultados, por meio da eliminação de todos os procedimentos e controles inúteis ou desnecessários aos projetos de desenvolvimento do porto.

Esse tipo de modelo jurídico já funciona adequadamente nos Terminais de Uso Privado – TUP, eis que administrados sob o regime jurídico de direito privado, que prioriza a autonomia da vontade nos atos jurídicos.

Mas assim, infelizmente, não o é no porto público, tendo em vista a atração do regime jurídico de direito público para a gestão dos bens públicos, devendo necessariamente haver concurso público para seleção de colaboradores, licitação para cessão de novas áreas, obediência a normas orçamentárias para o investimento público, análise de complexos reequilíbrios econômicos em caso de novos investimentos privados em infraestrutura pública e assim por diante.

De modo que o modelo atual de arrendamento, calcado em controles típicos do direito público, não é adequado à gestão dos ativos portuários, que exigem uma permanente reavaliação e reconfiguração das infraestruturas existentes nos portos, a fim de otimizar as operações logísticas neles praticadas.

Uma forma possível de desburocratização dos instrumentos de gestão das autoridades portuárias seria a introdução da concessão de serviço como modelo de exploração básico dos portos organizados.

Com efeito, sob esse regime, a partir do momento em que se sagrasse vencedor na licitação inicial para administração dos ativos portuários (*master concession*), estaria o concessionário legitimado a investir e a promover todas as alterações que necessitasse sobre a disposição dos ativos portuários, em moldes privados, sem necessidade de certames posteriores para escolha de seus parceiros no negócio portuário. E também praticamente sem limitações quanto a redimensionamento ou reposicionamento dos ativos cedidos.

Embora não tendo sido a concessão de serviço a opção legal, o fato é que a nova Lei dos Portos previu o instituto da concessão de áreas, modelo que já representaria uma possibilidade de destravamento na gestão das áreas operacionais.

No entanto, esta também não foi, até o momento, a opção de modelo de exploração adotada, permanecendo o arrendamento de instalações portuárias ainda como regra no setor.

### 1.3 PROBLEMA

Apesar de ser um grande exportador de granéis sólidos, como as *commodities* agrícolas e minerais, o Brasil utiliza excessivamente o transporte rodoviário no escoamento dessas cargas (grãos, papel e celulose, chapas de aço, produtos siderúrgicos etc), em detrimento de um uso mais racional dos modais ferroviário e hidroviário, mais adequados para o transportes desses produtos em longos trechos (acima de 500 km).

Adicionalmente, o país se recente de uma estrutura mais adequada de armazenagem de grãos, seja no nível fazenda, seja no nível porto. Essa estocagem poderia servir, por exemplo, como um elemento normalizador no fluxo rodoviário de cargas transportadas periodicamente para embarque junto aos portos organizados, o que já ocorre em outros grandes países produtores e exportadores de alimentos, como os EUA.

Em decorrência do viés rodoviarista da atual matriz de transportes brasileira e também da insuficiência de silos, armazéns e demais estruturas de estocagem, diversos portos do país acabam sendo sobrecarregados em certos períodos do ano, seja em função do aumento exponencial do volume de cargas a serem embarcadas em curtos períodos de tempo (p. ex. no período de safra), seja em razão de dificuldades técnicas e operacionais para esses embarques (p. ex. no embarque de açúcar e cereais em períodos de chuva etc), avaria de equipamentos etc.

A fim de combater esses problemas, diversas administrações portuárias acabam incentivando a construção e operação de estacionamentos rotativos de caminhões próximos aos portos organizados, para que funcionem como pátios reguladores do acesso desses milhares de veículos, normalizando o fluxo rodoviário com destino aos terminais portuários quando dessas grandes operações de transbordo.

Mas nem sempre as administrações portuárias públicas dispõem de recursos orçamentários, e muitas vezes nem mesmo de projetos que possam permitir, em tempo hábil, a construção de equipamentos públicos adequados a uma melhoria nos fluxos de embarque, havendo a necessidade de maior flexibilidade jurídica para que os próprios arrendatários, na condição de membros do condomínio portuário, possam fazer frente a esses novos empreendimentos, melhorando as condições de prestação de seus serviços logísticos.

Especificamente quanto à gestão interna dos portos, os contratos de arrendamento, regrados pela Lei 12.815/2013, continuam a ser o modelo básico de exploração das instalações portuárias públicas no Brasil.

O arrendamento apresenta uma moldura legal que não permite a maleabilidade e adaptabilidade requeridas pelo condomínio portuário para a atividade ininterrupta de readequação de vias de acesso (pontes, túneis, pátios, dutos, pês ferroviárias, armazéns, esteiras, molhes, *truck centers* etc) e estruturas internas do porto para novos projetos de melhoria de infraestrutura logística.

Ao contrário das obras civis (e “obras de arte”) em geral, que, uma vez construídas, devem ter sua utilização protraída no tempo, as infraestruturas em geral de acesso aos portos (cais, berços, estações de transbordo ferroviárias, anéis rodoviários, avenidas perimetrais, garagens etc) são construídas para serem utilizadas por certo tempo, até que outro fim mais nobre indique a construção de outra obra no mesmo local, tendo em vista a alteração no uso da área, para uma finalidade de maior valor (“efeito *landlord*”, ou de maximização de valor de áreas).

O que ocorre, no entanto, é que o atual regime de exploração dos portos públicos impede essa rápida readequação do sítio portuário, estando, de regra, os membros do condomínio portuário (arrendatários e operadores) desautorizados a investir agilmente em infraestrutura pública (viadutos, pontes e túneis, quanto aos acessos terrestres; e dragagens, derrocagens e extensão de berços, quanto aos acessos marítimos), com segurança jurídica quanto ao retorno de seus investimentos, ao mesmo tempo em que as autoridades portuárias públicas não dispõem de recursos orçamentários para tanto.

Sendo o contrato de arrendamento um instrumento típico de cessão de áreas públicas, os órgãos de controle entendem como ilícitas a maioria das tentativas de alteração de áreas posteriores à celebração desses contratos, o que leva a uma ineficaz cristalização no *lay out* das áreas cedidas, em um horizonte médio de 25 anos (prazo geral dos contratos), em descompasso com a realidade do setor, que exige a possibilidade jurídica de reavaliação permanente dos ativos cedidos.

Sem essa possibilidade legal de readequação de áreas portuárias no curso dos contratos, ou mesmo de unificação de contratos celebrados com as mesmas partes e para os mesmos fins, o planejamento setorial deve, de regra, aguardar o vencimento de cada um dos contratos de arrendamento, para, somente aí, prever-se a expansão do terminal (geralmente chamado

“adensamento de áreas”), canais e berços, para fazer frente, por exemplo, à captura de novas rotas dos armadores, operadas com navios de maiores dimensões e calado.

O sucateamento de infraestrutura e a má gestão dos portos públicos brasileiros não são, portanto, decorrentes de problemas econômicos, mesmo porque, de regra, na ausência de recursos públicos, sempre podem ser encontrados investidores privados interessados nas novas obras, desde que haja viabilidade financeira e segurança jurídica bastante para esses investimentos.

E os problemas técnicos (explosões, incêndios etc) de um modo geral não estão relacionados com soluções de engenharia. Mesmo porque, de regra, podem ser concebidos novos projetos de engenharia ou inovações técnicas que venham a solucionar praticamente todos os problemas que venham a surgir dentro do universo da logística portuária.

Os problemas técnicos que surgem dentro dos portos públicos brasileiros estão, de regra, relacionados com falta de manutenção de equipamentos, geralmente por falta de recursos públicos, mesmo em havendo recursos privados para tanto.

Mas os arrendatários e operadores privados também não investem (em armazéns, silos, portêineres e outros equipamentos públicos portuários), por não terem a adequada segurança jurídica necessária à amortização desses investimentos.

O problema primordial do porto público brasileiro não é, portanto, de ordem econômica ou técnica, mas jurídica. É o modelo jurídico inflexível e não negocial, hoje aplicado aos portos organizados do país, que acaba contribuindo, de forma inafastável, aos baixos índices de gestão hoje verificados no setor.

E, como já exposto, uma gestão ineficiente dos equipamentos públicos portuários leva ao mau funcionamento (ou mesmo ao comprometimento, no longo prazo) não só dos portos públicos do país, mas também de todos os sistemas de transportes que os acessam, com prejuízos para toda a sociedade.

Por decorrência, é premente a necessidade de construção de um modelo jurídico para os portos públicos operacionalmente mais adequado que o atual, de forma a permitir que as administrações portuárias públicas possam efetivamente concorrer com os TUP (geridos praticamente sem travas, no regime jurídico de direito privado) na prestação de serviços logísticos portuários, mesmo em um cenário de assimetria de regimes jurídicos.

## **1.4 OBJETIVOS**

Passa-se à análise do objetivo geral e dos objetivos específicos da pesquisa.

### **1.4.1 OBJETIVO GERAL**

O objetivo geral da pesquisa é a construção de um novo modelo jurídico voltado a estimular um aumento do nível de eficiência na gestão dos portos públicos brasileiros, possibilitando também o investimento direto privado nos sistemas de transporte que dão acesso ao porto.

### **1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

A pesquisa tem como objetivos específicos:

- construir o *benchmark* referente à gestão de *clusters* portuários de padrão mundial, demonstrando-se a necessidade de maleabilidade na gestão de empreendimentos portuários;
- sistematizar as críticas realizadas por autores de renome, e também expostas em relatórios de auditoria do TCU, quanto a inadequação do atual regime jurídico de gestão dos portos públicos, ante a complexidade e rigidez que apresenta para a reconfiguração das instalações portuárias, o que é uma necessidade para esse setor (“função *landlord*”);
- apresentar a estrutura geral e forma de implantação de um novo modelo jurídico mais adequado à realidade do setor, ilustrando-se os ganhos que ele pode proporcionar aos portos públicos brasileiros, empoderando seus gestores para investimentos privados diretos e céleres em novos projetos ferroviários, rodoviários, dutoviários e hidroviários, tanto para a melhoria dos sistemas de transportes de acesso, quanto para a própria governança interna dos portos públicos do país.

### **1.4.3 ESTRUTURA DO TRABALHO**

Após a apresentação dos objetivos e da metodologia do presente estudo, o Capítulo 3 traz os principais motivos ensejadores da reforma do setor portuário realizada pela Lei 8.630/93, antiga Lei dos Portos, que efetivamente privatizou as atividades de operação portuária no Brasil. Esse tema é retomado no Capítulo 6, que aprofunda a análise dos problemas de gestão observados mesmo após o advento da reforma portuária de 1993, e que levaram à nova reforma do setor, a partir do advento da Nova Lei dos Portos (Lei 12.815/2013), vinte anos depois.

A análise empírica da antiga e da recente reformas portuárias se baseia nos fundamentos teóricos expostos nos Capítulos 4 e 5, que tratam dos novos referenciais teóricos aplicáveis à regulação portuária, principalmente no que se refere à superação do enfoque da firma pela noção de *cluster* portuário, e da prestação de serviço público em regime competitivo. Com efeito, a estruturação de *clusters* logísticos e industriais situados na proximidade dos portos tem sido utilizada há vários anos como estratégia de desenvolvimento de diversos países, dentre os quais a Holanda, Bélgica, Japão, China, Coreia, Taiwan e Cingapura.

O Brasil também poderia utilizar esse conceito como estratégia desenvolvimento industrial (com foco em novos mercados no exterior), tendo em vista o fato de já haver regimes jurídicos (como os portos secos e as zonas de processamento de exportação) adequados à atração de novas cadeias logísticas para a hinterlândia dos portos organizados.

O item 5 continua o aprofundamento teórico da atual estrutura regulatória portuária do país, aprofundando a temática da regulação de monopólios, uma vez que o porto pode, sob certos aspectos, ser visto como um monopólio natural, tendo em vista o alto custo de implantação de infraestrutura para seus acessos terrestres (como ferrovias, rodovias e dutovias) e marítimos (dragagem de canal de acesso e berços), o que os torna bens escassos e que devem ter sua utilização otimizada, em termos de eficiência econômica (por exemplo, economias de escala e escopo), a fim de remunerar-se o alto investimento realizado.

No entanto, havendo a Lei 12.815/2013 liberado a criação de Terminais de Uso Privado -TUP praticamente sem qualquer tipo de análise quanto à aderência de novos ganhos de capacidade à demanda prevista no planejamento setorial, resta então a necessidade de melhoria na governança dos portos públicos, a fim de que possam esses entes adequadamente conseguir concorrer com os novos TUP a serem criados, ante o novo regime concorrencial implantado.

Ao aprofundar-se o tema da governança portuária, vê-se, no Capítulo 6, que a implantação do conceito de serviço público portuário teria sido mais adequada que a regulação patrimonialista criada, uma vez ser esta focada nas áreas cedidas, e não propriamente no desempenho esperado na prestação dos serviços delegados.

Nesse sentido, interessantes são as críticas colacionadas por Justen Filho (2011) especificamente contra o regime de arrendamentos, tendo em vista a ilegalidade (senão inconstitucionalidade) de delegar a prestação de serviço público por meio da cessão de área pública, o que não seria tecnicamente correto.

A partir de diversas constatações deste autor e também de Schirato (2011), que justifica a possibilidade de prestação de serviços públicos em regime competitivo (mesmo com assimetria de regimes jurídicos), também se defende no Capítulo 6 ser o modelo de concessão de serviço (especificamente do serviço de administração e do serviço de operação portuária) e não o modelo de concessão de área (cessão do porto organizado) ou arrendamento (cessão de áreas internas aos portos) a arquitetura legal mais adequada para a gestão dos ativos portuários, uma vez que destravaria operacionalmente a gestão desses ativos, com o foco nos fins (no serviço, no desempenho) e não nos meios (áreas e instalações) utilizadas para o desenvolvimento desses serviços.

Com base nessas constatações e uma vez que não é mais possível implantar-se o conceito de concessão de serviço sob a égida da atual Lei dos Portos (que tratou da concessão como cessão de ativos portuários, de forma paralela ao regime de arrendamento), o Capítulo 7 traz a proposta de um novo modelo de arrendamento, que, mesmo sem a necessidade de alteração legal (mas apenas de ajustes regulatórios infralegais), permitiria uma profunda alteração na atual estrutura de governança e administração dos portos públicos, uma vez que aproximaria o novo regime de arrendamento ao de concessão de serviço público, com toda a maleabilidade e flexibilidade inerentes a esse modelo.

Aprofundando a operacionalidade do novo instituto (novo regime de arrendamento portuário), o item 7.3 traz os principais impactos regulatórios e de controle a serem observados a partir da mudança proposta, uma vez que o setor portuário, por ser altamente sensível às sazonalidades da economia, necessita de um modelo legal que permita a rápida readaptação dos ativos portuários (áreas e instalações), a fim de que os operadores possam celeremente capturar novas demandas e novos projetos logísticos inviabilizados pela configuração anterior dessas mesmas instalações, tornando as administrações portuárias mais competitivas.

A maioria das consequências esperadas pela nova estrutura regulatória proposta podem ser obtidas por mera dedução, uma vez que passarão a ser possíveis novas técnicas de gestão e novas estratégias de desenvolvimento portuário inviáveis no modelo atual, que não permite a célere realocação das áreas arrendadas segundo as necessidades que se apresentem a operadores e administradores portuários.

A fim de demonstrar-se os efeitos permitidos pelo novo arranjo, no item 7.4 são colacionadas decisões do TCU que teriam sentido diverso, caso proferidas sob a égide do novo modelo.

Com efeito, o modelo jurídico atual entende o arrendamento como a cessão de determinada área a determinado operador, o que leva à ilegalidade dos atos voltados à alteração das áreas inicialmente cedidas, ao argumento de violação ao certame licitatório por mudança do objeto.

Já no novo formato proposto, sintetizado no item 7.1, o procedimento licitatório passa a ser visto como o certame necessário para legitimar a entrada de determinada empresa no negócio (condomínio) portuário, inicialmente em determinada área.

Neste novo modelo, passa a ser mais relevante não simplesmente a manutenção do arrendatário em determinada área operada, mas sim a permanente otimização (ou maximização de valor) no uso dos bens públicos cedidos, sendo esta a função precípua da administração portuária no modelo *landlord port*, ao qual formalmente o país se filiou.

Pelo novo modelo a administração do porto passará a ter condições de estimular permanentemente a busca de novas cargas e de novos projetos logísticos de maior valor pelos arrendatários, de forma oposta ao modelo atual, onde as áreas cedidas devem ser mantidas preferencialmente inalteradas por todo o período do contrato, sob pena de sanções aos administradores e arrendatários que procurem implementar a reconfiguração dos ativos públicos cedidos.

O modelo também é voltado a gerar uma melhoria no interrelacionamento entre as administrações portuárias e o meio urbano que as envolve, pois o porto exerce influência sobre as cidades e comunidades que o circundam, principalmente nos aspectos ambiental (geração de ruído e resíduos), paisagístico, urbanístico (impacto nas vias de circulação, com aumento no tráfego de veículos) e turístico, conforme a atividade prestada nos terminais (movimentação de granéis poluentes, cargas perigosas, recepção de passageiros de navios de cruzeiro etc).

De forma que, no desempenho das atividades portuárias, há sempre envolvido um *trade off* entre a atividade econômica desempenhada e seus efeitos sobre a comunidade lindeira aos terminais, sendo necessária uma permanente arbitragem para solução dos conflitos gerados por atividades logísticas desempenhadas muito próximas a núcleos urbanos já instalados.

Como exposto no item 6.4 e retomado no Capítulo 10, a introdução do modelo proposto visa à implantação do conceito de administração portuária empreendedora (ESPO, 2011) no regime jurídico brasileiro, abrindo-se um permanente diálogo entre a autoridade portuária e terminais,

e destes com a comunidade circunvizinha ao porto, sendo este um modelo já implantado com sucesso há vários anos nos portos mais relevantes do mundo.

## **2 METODOLOGIA**

A presente pesquisa utiliza elaboração teórica realizada sobre modelos conceituais e legais, a fim de propor um novo modelo de gestão portuária, aprimorando-se o modelo jurídico básico utilizado para a exploração de instalações portuárias existentes junto aos portos organizados.

Apesar de se basear na teoria econômica e em modelos já consagrados de gestão de portos internacionais (na modalidade *landlord port*), a tese é original, no sentido de identificar falhas e propor soluções técnico-jurídicas para os problemas verificados no atual modelo de exploração portuária do país, em uma abordagem pioneira sobre o assunto no país.

A pesquisa foi realizada em três fases distintas, quais sejam: pesquisa bibliográfica, discussão com especialistas e efetiva criação de um novo modelo de exploração.

A fim de melhor estudar o objeto, a abordagem utilizada foi interdisciplinar, envolvendo elementos de Planejamento de Transportes (e regulação de monopólios), de Ciências Econômicas (superando o enfoque regulatório tradicionalmente dado à firma, passando a um enfoque que dá maior relevância ao condomínio de firmas, ou *cluster*, como unidade de análise), utilizando ainda conceitos do direito constitucional e do direito administrativo, com especial relevo à defesa da concorrência e à nova noção de prestação de serviço público em regime de colaboração com os administrados.

Para ilustrar a utilidade prática do modelo proposto, o estudo também traz um elenco de casos já analisados pelo TCU, com decisões no sentido da inviabilidade de alteração de áreas sob o regime de arrendamento disposto na antiga Lei dos Portos (e que foi praticamente transposto para a Nova Lei), modificações essas que seriam possíveis sob a égide da proposta veiculada na presente tese, estimulando mais investimentos privados no porto e a geração de economias de escala e escopo nas atividades portuárias.

### **2.1 DETALHAMENTO DA METODOLOGIA**

Apresenta-se, a seguir, o detalhamento resumido de cada uma das três fases do estudo:

#### **2.1.1 PESQUISA BIBLIOGRÁFICA**

Destinada ao acesso à produção científica elaborada pelos pensadores da Teoria dos Custos de Transação no que se refere aos efeitos econômicos proporcionados pela mudança do regime de regulação de monopólios para o de livre competição (tendo sido realizado um estudo, por

exemplo, quanto a alguns efeitos do uso do leilão de *Chadwick-Demsetz* pelo critério de menor tarifa no setor portuário e quanto à viabilidade ou não do combate à integração vertical praticada entre armadores e operadores).

Na etapa seguinte, esse estudo foi acoplado à pesquisa do estado da arte do modelo *landlord port* (holandês) e *fully privatized port* (inglês), sendo ambos exemplos de regulação portuária existentes no Brasil, nos portos públicos e terminais privados, respectivamente, tendo em vista serem estes últimos liberados, a partir da Nova Lei dos Portos, a operar qualquer tipo de carga, em qualquer proporção.

Especificamente quanto a esta tipologia elaborada pelo Banco Mundial (2007), firmou-se entendimento no sentido de ser ela incompleta e inadequada para a plena compreensão dos diferentes arranjos regulatórios portuários, por não captarem completamente o desenho das estruturas de governança envolvidas, devendo ser utilizados esses modelos apenas para efeitos de simplificação e comparação (ou seja, para fins didáticos).

De forma que os portos públicos brasileiros, apesar de formalmente filiareem-se ao modelo *landlord*, assim não o são de fato, por não ser possível no Brasil a consecução das funções de maximização de valor de áreas típicas desse modelo (“função *landlord*”).

A revisão bibliográfica abriu espaço para a compreensão do entendimento de uma logística focada no porto (conforme TALLEY, 2009 e ADOLF *et alii*, 2014) e do contato com novíssimas obras que tratam o porto como centro de negócios (SORGENFREI, 2013), ou ainda de técnicas para agregação (e geração) de valor aos serviços logísticos, por meio da construção e operação de *clusters* portuários globais (DE LANGEN, 2003).

Nesse contexto, foram também estudadas as possibilidades de desenvolvimento que podem se abrir ao país em caso de uma real conexão de diversas empresas com as chamadas cadeias globais de valor (STURGEON *et alii*, 2013).

Quanto aos aspectos jurídicos, além da crítica formulada por Justen Filho (2011) quanto aos regimes de arrendamento e de concessão de uso de bem público (ao invés de concessão de serviço público), e à legitimação dos atos administrativos com base na supremacia do interesse público (e não nos direitos fundamentais), o presente estudo teve como norte a tese defendida por Schirato junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2011), escolhida como

“tese do ano” naquela faculdade, e que abriu novas formas de compreensão para a possibilidade de prestação de serviço público em regime de competição.

De certa forma, o presente estudo complementa e finaliza aspectos teóricos já tratados em outros momentos, como no comparativo entre o modelo portuário inglês e o novo modelo portuário brasileiro, publicado nos Anais do XVIII Congresso Panamericano de Transporte y Logística (SOUSA *et alii*, 2014) e a proposta de um modelo de concessão de serviço para os portos organizados (SOUSA, 2013).

Na presente análise procurou-se construir um novo modelo que permita um efetivo ganho de eficiência para as administrações portuárias públicas do país, caso seja feita a opção política de permanência das administrações portuárias no regime jurídico de direito público.

### **2.1.2 PESQUISA DE CAMPO**

Foi realizada a partir do contato direto com autoridades e especialistas em regulação portuária, em nossa atividade profissional junto ao Departamento de Revitalização e Modernização Portuária da Secretaria de Portos – SEP/PR, poder concedente à época, junto ao Laboratório de Transportes e Logística – Labtrans/UFSC e, posteriormente, junto ao Porto de Santos, com participação em diversos eventos e viagens técnicas no Brasil e exterior.

Elaborou-se também um estudo sobre mais de oitenta relatórios de auditoria elaborados pelo TCU junto aos portos organizados, a fim de se entender as principais falhas existentes no atual modelo de exploração.

Nesse sentido, foram aprofundados em nossa pesquisa os problemas levantados e as conclusões dos acórdãos mais ilustrativos da questão da inviabilidade jurídica de alteração das áreas dispostas nos atuais contratos de arrendamento.

### **2.1.3 CONSTRUÇÃO DO NOVO MODELO**

A partir da revisão bibliográfica e da visualização de diversas experiências de governança aplicadas em portos de classe mundial, verificou-se que a principal deficiência do modelo de exploração portuário recaía sobre o regime de arrendamento, voltado precipuamente à cessão de áreas e não à regulação de serviços, resultando em um travamento das funções operacionais típicas das autoridades portuárias (reavaliação de espaços, realocações etc).

A partir desta constatação, iniciou-se então a construção jurídica de um novo modelo de arrendamento portuário mais flexível e dinâmico, trabalho que envolveu discussões realizadas com especialistas no assunto, do Brasil e exterior.

## **2.2 TIPO DE PESQUISA**

Considerando-se o critério de classificação de pesquisa proposto por Vergara (2000), o tipo de pesquisa realizada pode ser considerada, quanto aos fins, como aplicada e metodológica; e quanto aos meios de investigação, como de campo, bibliográfica e documental.

Em síntese, o trabalho propõe uma nova dinâmica nas estruturas de governança pública por meio da criação de um novo modelo jurídico de exploração de serviços portuários, após identificar-se um conjunto de alternativas passíveis de serem implementadas, voltadas a superar os entraves e limitações observados, de forma a reorientar e a reposicionar estrategicamente a administração dos portos públicos do país, com efeitos positivos sobre todo o sistema de transportes do país.

### 3. A REFORMA DO SETOR PORTUÁRIO

Desde a reforma do setor portuário ocorrida em 1993, a partir da edição da Lei nº 8.630/93, o Estado entregou a gestão dos terminais à iniciativa privada, mediante contratos de arrendamento, concentrando-se na administração do porto por meio das Companhias Docas, detentoras do papel de autoridades portuárias.

Devido à necessidade de maciço aporte de recursos para o incremento e a dinamização dos portos, em montantes superiores à capacidade do Estado, entendeu-se que o marco regulatório do setor deveria ser revigorado mediante uma evolução de sua base legal, sem ruptura de acordos em vigor, mas com uma progressiva e contínua migração para um modelo baseado no planejamento público e gestão privada na prestação de serviços portuários.

A nova proposta, veiculada pelo governo federal por meio da Lei n. 12.815/2013 e Decreto 8.033/2013 buscou uma modelagem que compatibilizasse os fins buscados pela regulação setorial, obediente a critérios de prestação de serviços de qualidade, em regime competitivo e a preços razoáveis, com o legítimo interesse tanto dos agentes já presentes quanto daqueles interessados em ingressar no setor, gerando mais competição e maior disponibilidade de serviços, com os conseqüentes benefícios para toda a cadeia produtiva.

O novo modelo assumiu um formato híbrido, que procurou aproveitar pontos de propostas anteriores (melhoria da gestão pública no porto e implantação efetiva de um regime de concessões), mas com um foco especial na redução de burocracia e remoção das barreiras à entrada para novos terminais privados, que não mais precisam demonstrar a movimentação de carga própria.

Na realidade, o modelo *private port* já existia sob a égide da Lei 8.630/93, sendo os terminais privativos então autorizados para a movimentação de carga própria (na modalidade de TUP Exclusivos), podendo ainda, nos casos dos TUP Mistos, haver a movimentação, em caráter subsidiário, de cargas de terceiros.

No entanto, tendo em vista a demanda reprimida por serviços portuários, assim como o burocrático procedimento de licitação de arrendamentos (envolvendo instâncias sobrepostas para análise dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental – EVTEA), acabou-se

por implementar um modelo onde os terminais privativos, inicialmente voltados para a movimentação prioritária de carga própria, passaram a ser construídos para a movimentação precípua de cargas de terceiros.

A fim de corrigir essa distorção (prestação de serviço público a terceiros sem licitação prévia), a Lei n. 12.815/2013 instituiu a figura do “terminal privado”, que pode movimentar qualquer tipo de carga, em qualquer proporção, o que significa a abolição da antiga diferenciação entre carga própria e carga de terceiros, de difícil conceituação e aferição na prática.

Observe-se, no entanto, que o modelo de porto privado, que movimenta tanto carga própria quanto carga de terceiros, já estava implementado e em funcionamento no Brasil, passando a haver com a nova lei apenas uma adequação legal do modelo, por meio do procedimento de chamada e processo de seleção pública, a fim de se gerar a segurança jurídica necessária ao novo instituto, sujeitando-o à necessária obediência às regras de isonomia quando da prestação de serviço regulado.

Em um primeiro momento, a reforma portuária se concentrou na tentativa de geração de eficiências dentro do porto público, ou seja, à melhoria do modelo *landlord* formalmente já implantado no país.

Posteriormente, após ser descartada a proposta de ressurgimento de uma empresa pública nacional para coordenação das atividades portuárias (uma espécie de “nova Portobrás”), atenção foi dada a outros meios de atração de investimentos privados e destravamento operacional dos portos públicos, tendo sido estudadas propostas tanto do poder concedente quanto da ANTAQ no sentido de implantação de regimes diversos de concessão junto aos portos organizados.

Ao final, acabou-se por implementar um modelo elástico o suficiente para abarcar propostas voltadas à melhoria dos portos públicos e também para a atração de investimentos privados para o setor, seja por meio da tentativa de revitalização das atuais Companhias Docas, seja pela implantação de um novo modelo de concessão, ou ainda por meio da autorização de novos terminais privados sem distinção quanto à carga movimentada, sendo todas esses modelos juridicamente adequados para a prestação dos serviços portuários.

O fortalecimento de um órgão central portuário (hoje o Ministério dos Transportes, em sucessão à SEP/PR) foi justificado pela necessidade de regulação de um setor de monopólio, sendo também adequado um ente planejador (que veio a ser a Empresa de Planejamento e Logística - EPL) que orientasse a expansão equilibrada de todo o sistema portuário do país, em conjunto com a rede de transportes (envolvendo os modais ferroviário, rodoviário e hidroviário).

Mas, ao lado da retirada de competências das administrações portuárias quanto ao planejamento de expansão (cálculos de capacidade fornecidos pelos *master plans* e certames uniformizados, que passaram a ser licitados de forma padronizada pela ANTAQ), outro vetor da reforma foi a tentativa de aumento de eficiência a essas autoridades portuárias locais, o que seria feito por meio de novos instrumentos de gestão (como, por exemplo, novos regimes mais céleres de licitação), ou ainda por meio de concessão de algumas administrações portuárias, que passariam a utilizar o regime jurídico de direito privado, menos burocrático, em sua gestão.

O modelo de concessão, aliás, pressupõe justamente esses dois movimentos: o planejamento integrado da expansão do setor, por um órgão central (poder concedente); e o destravamento operacional dos entes regulados, que devem se tornar livres para o investimento privado e a busca de eficiência, a fim de perseguirem não só as metas dispostas nos contratos de concessão, mas também o lucro para os seus acionistas e investidores.

Passados mais de três anos a partir da reforma, o que se constata, no entanto, é um desvio dos objetivos buscados pela Nova Lei, uma vez que, além de o regime jurídico das autoridades portuárias continuar operacionalmente burocrático (no regime de direito público), não houve efetivamente medidas de destravamento que gerassem efeitos na gestão das Companhias Docas.

Pelo contrário, acabou por haver uma concentração nos órgãos centrais (Ministério dos Transportes e ANTAQ) também de diversas atividades de gestão (de forma paralela à concentração das atividades de planejamento), o que contribuiu para a redução da autonomia dos entes regulados, causando uma ineficiência ainda maior das administrações portuárias do país.

### **3.1 MODELOS REGULATÓRIOS PORTUÁRIOS APLICÁVEIS NO BRASIL**

O Banco Mundial (2007) classifica os modelos regulatórios portuários da forma seguinte:

- *service port* – porto visto como serviço público, não voltado ao lucro. Nesse modelo, cada vez mais em desuso no mundo, a propriedade da terra e dos ativos portuários é pública, sendo criadas empresas públicas para os investimentos e a gestão portuária (incluindo a operação), sendo essas empresas geridas por servidores públicos. Não há distinção na prática entre os serviços de administração e os de operação portuária. Era o modelo preponderante no Brasil, até a edição da Lei 8.630/93, quando o Estado se retirou das atividades de operação, que passaram à iniciativa privada.

- *tool port* – a propriedade das terras e dos ativos portuários também é pública. Diferencia-se do *service port* pelo fato de a operação ser privada. Ou seja, a partir desse modelo passou-se a diferenciar as atividades de administração (controle de acessos terrestres e marítimos, bem como o suporte e a coordenação geral das atividades de movimentação realizadas no condomínio portuário) das atividades de operação portuária (efetivo armazenamento temporário, movimentação e transbordo de mercadorias).

Também foi um modelo implantado no Brasil, naqueles portos onde tanto o investimento em infraestrutura quanto em superestrutura e equipamentos eram de responsabilidade de empresas públicas (na realidade sociedades de economia mista, em sua maioria).

- *landlord port* – de origem européia, é hoje o modelo mais disseminado no mundo, havendo uma divisão quanto aos investimentos, sendo de responsabilidade do Estado a administração do porto, o planejamento com foco na otimização das áreas cedidas e o investimento em infraestrutura portuária, ficando a cargo da iniciativa privada as atividades de operação e os investimentos nos equipamentos (superestrutura) utilizados nas operações de transbordo de carga.

Passou a ser adotado nos portos públicos brasileiros a partir da Lei 8.630/93, cabendo às Companhias Docas (de regra, sociedades de economia mista federais) os investimentos em infraestrutura e também a administração dos portos públicos, sendo estes os papéis das autoridades portuárias.

Esse formato permanece existente após a publicação da Lei n. 12.815/2013, embora com adaptações, como, por exemplo, a transferência a um órgão central, a agência

reguladora, da função de licitar os novos arrendamentos e de fiscalizar o cumprimento das metas dispostas em contrato.

- *private landlord port* – modelo ainda de existência apenas teórica sob a égide do regime jurídico implantado pela Nova Lei dos Portos, onde, apesar de a propriedade das terras e dos ativos continuar pública, os investimentos em infraestrutura também passam a ser de responsabilidade de administradores privados, que farão a gestão dos ativos públicos por determinado período de tempo, até a amortização de seus investimentos, com o auferimento de um lucro razoável no negócio, mas segundo regras tarifárias, metas de desempenho, prazos e demais condições do serviço dispostos em contrato.

É o modelo que se pretende implantar no Brasil a partir das novas licitações de concessão, que poderão ser de todo o porto organizado (no modelo chamado *master concession* ou “concessão cheia”) ou apenas de parte dele, de acordo com a tipologia das cargas armazenadas e movimentadas (basicamente granéis sólidos, líquidos, carga geral e contêineres), podendo haver ainda a cisão entre a concessão da atividade de administração do porto e das atividades de operação, no que se convencionou chamar de “concessão fracionada”.

Nesse modelo ainda, como o concessionário privado administrará (e eventualmente também operará) o porto por sua conta e risco, mas em ativos públicos, haverá a reversão de bens ao Estado ao final do contrato, podendo haver, portanto, o pedido de indenização do concessionário pelos investimentos não amortizados (embora haja a orientação, no entanto, para que os concessionários privados se remunerem, preferencialmente, no próprio negócio, podendo haver reequilíbrio econômico-financeiro em virtude dos investimentos ainda não amortizados).

- *fully privatized port* (ou simplesmente *private port*) - é o modelo portuário implantado na Inglaterra e também na Nova Zelândia a partir de programas de privatização, onde tanto a administração quanto a operação portuária são privadas, cabendo aos proprietários do porto privado todos os investimentos em infra e superestrutura.

Diferencia-se do modelo anterior pelo fato de a propriedade da terra e dos ativos ser privada. Ou seja, o administrador/operador não desempenha a função portuária seguindo as

diretrizes expostas em contratos de concessão, uma vez que os ativos onde implanta seus negócios são privados e não públicos.

Por isso a nova Lei dos Portos prevê que a exploração da atividade portuária, nessa hipótese, seja feita por meio de mera autorização de TUP, não havendo direito a indenização ao final da outorga pelos bens revertidos ao Estado (mesmo porque não haverá reversão). Nada impede, contudo, que em casos excepcionais venha a haver a desapropriação de áreas afetas a operações portuárias, desde que presente o interesse público, de forma devidamente justificada.

Por serem geridos sob o enfoque privado e em regime competitivo, os riscos do negócio, nesse modelo, também são do ente privado, não havendo nenhuma garantia do poder público quanto às previsões de demanda de cargas a serem movimentadas, não podendo o autorizatário, em nenhum momento, reclamar indenização do Estado ante a eventual frustração de receita, ou seja, pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro.

Como, no novo ambiente institucional, os TUP passaram a competir com os terminais privados arrendados, passa a ser necessária uma regulação setorial que assegure condições isonômicas para uma competição efetiva entre os terminais arrendados ou autorizados, por meio de cláusulas assemelhadas referentes ao objeto, modo, forma e condições de prestação dos serviços, direitos e deveres dos usuários etc, sob pena de aumento de ociosidade e de uma aceleração no processo de sucateamento dos portos públicos do país, com elevados prejuízos ao erário público. Passa-se agora a detalhar as novas mudanças.

### **3.2 ESTRUTURA GERAL E CAUSAS DA CRISE DO ANTIGO MODELO**

Após a extinção da Portobrás em 1991, empresa até então responsável pela coordenação das atividades portuárias desempenhadas no país, a Lei 8.630/93 passou à iniciativa privada o segmento de operação, função a partir daí desempenhada tanto por terminais arrendados dentro dos portos quanto por terminais de uso privativo exclusivos ou mistos situados dentro ou fora deles, concentrando no Estado as funções de planejamento, regulação e fiscalização do setor.

Em linhas gerais o modelo da antiga Lei dos Portos se baseou no modelo *landlord* europeu, caracterizado pela existência de uma administração portuária pública (ou autoridade portuária)

em cada porto, responsável pelo planejamento da expansão, pelo controle do tráfego e garantia de isonomia quanto aos acessos terrestres e marítimos, bem como dos procedimentos para a cessão de áreas por arrendamento às empresas do setor, assim como pela coordenação geral das atividades prestadas pelos operadores portuários privados, efetivos prestadores do serviço de transbordo de cargas junto aos portos.

Vê-se então que, neste modelo, a função desempenhada pela autoridade portuária pública (uma em cada porto) de gerenciamento do acesso e de “sídica” do condomínio portuário não se confundia com as atividades de movimentação e transbordo de cargas praticada nos terminais.

Pois bem. Ao retirar o Estado da operação, dividindo o setor portuário em dois segmentos, quais sejam, o do “serviço de administração portuária” (público) e o do “serviço de operação portuária” (privado), a Lei 8.630/93 procurou implantar o modelo *landlord* com algumas adaptações no Brasil, modelo esse com eficiência reconhecida em portos europeus (como os de Roterdã e Valência, por exemplo), tendo em vista a agilidade de gestão que propiciam no desenvolvimento do negócio portuário, sempre obediente às prévias disposições contidas no planejamento público da expansão dos acessos.

Infelizmente, no entanto, esse arranjo não funcionou a contento no Brasil, tanto pela burocracia do procedimento de licitação quanto pela falta de quadros e decorrente incapacidade operacional da maioria das Companhias Docas em licitar novos arrendamentos, o que levou a expansão do setor a se concentrar fora dos portos organizados, na figura dos TUP mistos, originalmente criados para empresas verticalizadas movimentarem carga própria (e carga de terceiros apenas de forma subsidiária).

Posteriormente, por meio da Lei 10.233/01, foi criada a ANTAQ, agência reguladora setorial vinculada ao Ministério dos Transportes, com o objetivo de regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercida pelas empresas do setor, com vistas a garantir a movimentação de pessoas e bens, a harmonizar os interesses dos usuários com os das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, preservando o interesse público, assim como a arbitrar e solucionar eventuais conflitos de interesse no setor.

Seis anos depois, a partir da conversão da MP 369/2007 na Lei 11.518/07, foi criada a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – SEP/PR – posteriormente apenas “Secretaria de Portos”, com a função de participar do planejamento estratégico e de aprovar os planos de outorgas, além de formular políticas e diretrizes para o fomento do setor, incluindo-se a execução de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura portuária. A SEP/PR acabou sendo extinta pela Lei 13.341, de 29 de setembro de 2016, sendo sua estrutura incorporada ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

Embora tenha havido um aumento na movimentação de cargas sob a égide da lei anterior, a Lei n. 12.815/2013 buscou melhorar a eficiência na gestão dos portos públicos (principalmente no que se refere à redução de custos e simplificação de procedimentos), e também de atrair a iniciativa privada para a ampliação dos investimentos necessários à expansão da capacidade e modernização tecnológica, elevando os índices de desempenho do setor portuário.

De fato, ao longo dos quase vinte anos de vigência da Lei 8.630/93, acabou-se observando alguns problemas oriundos da não adaptabilidade plena do modelo *landlord* ao sistema normativo brasileiro, uma vez que o administrador do porto acabava não tendo a agilidade operacional que precisa para gerir o porto, nos mesmos padrões praticados em muitos portos europeus.

Passa-se agora a uma análise mais aprofundada das causas da crise do modelo anterior, que motivaram a nova reforma.

### **3.2.1 ERROS DE SINAL ADVINDOS DE UM PLANEJAMENTO DESCOORDENADO**

Como já informado, no modelo da maioria dos portos continentais europeus (como Valência, Hamburgo, Antuérpia etc) a autoridade portuária assume as funções governamentais de planejamento, regulação e fiscalização da atividade portuária, tendo ela o poder de negociar áreas e valores a serem pagos, a fim de atrair as cargas e serviços que considerar interessantes (em que pese, geralmente, obedecendo a alguns procedimentos simplificados de seleção pública, conforme o caso).

Sendo assim, o sinal a ser dado à atração de cargas, a seu acondicionamento e despacho, em países pequenos como a Holanda ou Bélgica pode realmente ser dado a partir da autoridade

portuária de cada um de seus enormes portos (como o de Roterdã, Antuérpia etc), que, na prática, acabam coordenando toda a logística portuária desses países.

No Brasil, pelo contrário, não há um ou alguns portos, mas um verdadeiro sistema portuário, formado por dezenas de portos públicos e centenas de terminais privados espalhados em mais de 8.000 km de costa marítima, sem contar as centenas de pequenas instalações portuárias fluviais e lacustres (que remontam a mais de duzentas apenas na região amazônica...) espalhados por um território com dimensões equivalentes às do continente europeu.

Tendo em vista o tamanho do território, os redatores da nova reforma portuária estimaram que no Brasil não deveriam ser as autoridades portuárias existentes em cada porto público os entes responsáveis pelo planejamento de longo prazo da expansão de todo o sistema, por não terem essas autoridades a visão do todo.

No Brasil seria adequado um ente central que coordenasse a expansão, dando o sinal de escoamento às cargas a serem atendidas e aos terminais a serem instalados em cada porto, compatibilizando essa expansão de longo prazo com a expansão da malha de acessos (nos modais rodoviário, ferroviário e hidroviário), segundo as vocações logísticas de cada região e segundo a demanda de carga de cada porto.

Sendo assim, apesar de parecer adequado um planejamento de expansão formulado de forma independente pelas administrações portuárias, como procurado na lei anterior, na realidade, no longo prazo, esse tipo de independência presente nos portos europeus (repita-se, geralmente havendo apenas um ou alguns grandes portos em cada país), acabou gerando no Brasil uma descoordenação do fluxo de cargas e do sinal da expansão de longo prazo do setor.

Essa descoordenação é sentida, por exemplo, quando os portos das regiões Sudeste e Sul procuram atrair cargas de grande volume e baixo valor (como os grãos) produzidos na região Centro-Oeste (muitas vezes no modal rodoviário, inadequado para esse tipo de carga a grandes distâncias).

Essas cargas de grande peso e baixo valor poderiam ser escoadas por portos marítimos ou fluviais existentes nas regiões Norte e Nordeste do país, mais profundos, estimulando-se os portos do Sul e Sudeste, regiões mais industrializadas, a migrarem no longo prazo para cargas

de maior valor agregado e menor volume, de que são exemplo as movimentadas por contêineres.

Nos debates da reforma a solução proposta para esse problema, assim como já feito no passado em outros setores regulados, como o elétrico, foi a concentração do planejamento de longo prazo em um órgão, o poder concedente, que, seguindo a orientação geral estabelecida pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte - CONIT (com funções revitalizadas), deveria permitir a adequação do fluxo de cargas aos portos mais convenientes, segundo um planejamento integrado com a expansão da malha de acessos (a ser estabelecida no Plano Nacional de Logística Integrada – PNLI).

A fim de coordenar as ações de planejamento dessas estruturas no novo ambiente foi criada a Empresa de Planejamento e Logística - EPL, responsável pela elaboração de um rol de projetos de logística integrada a serem paulatinamente implementados nos sistemas de transporte do país, acumulando ainda a função de Secretaria Executiva do “novo” CONIT.

Especificamente quanto ao setor portuário, a Lei n. 12.815/2013 procurou criar mecanismos para que os investimentos públicos ou privados pudessem ser doravante planejados sistemicamente, para a geração de eficiência sistêmica, assim como já realizado em outros setores regulados (como o setor elétrico, que conta com o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, a Empresa de Pesquisa Energética - EPE e o Conselho de Monitoramento do Setor Elétrico - CMSE com os objetivos de planejamento e monitoramento operacional, respectivamente), buscando sempre a otimização no uso dos ativos existentes e o aumento de funcionalidade do “sistema portuário nacional”.

Por evidente, esse planejamento (com características macroeconômicas) voltado à otimização de ativos utilizados nos fluxos e acessos logísticos pelos diferentes modais não substitui o planejamento (com características microeconômicas) realizado de forma específica pelas administrações portuárias locais, em sua função essencial de elaboração de estratégias voltadas à maximização de suas áreas, com vistas à atração para sua zona de influência de cargas de maior valor e serviços ancilares a suas atividades.

A duplicidade de modelos de planejamento, nas camadas macro e microeconômica (poder concedente e porto organizado), voltadas a ganhos sinérgicos no gerenciamento de estruturas

de monopólio natural (conexão de rodovias, ferrovias e hidrovias a estações de transbordo e terminais), não deveria ser confundida com enfraquecimento na função de administração portuária, que, pelo contrário, viria a sentir efeitos benéficos a partir da otimização dos fluxos e rotas, permitindo a eliminação de gargalos em vários trechos, com redução de custos logísticos.

Assim, o mais adequado em nosso modelo também não seria a tentativa de geração de independência, mas sim de autonomia funcional às administrações portuárias locais, uma vez que, ao contrário de Roterdã (onde o planejamento logístico do porto significa o planejamento logístico do país), no Brasil as administrações portuárias não são propriamente autoridades públicas, por retirarem seu poder da descentralização administrativa feita pela União, mas sim sociedades anônimas (geralmente na forma de sociedades de economia mista federais) cumpridoras de função regulada.

O mais importante para as administrações portuárias públicas seria a possibilidade de introdução de técnicas voltadas à melhoria de desempenho operacional para o expedito atingimento de seus objetivos estatutários – de que é exemplo um regime jurídico mais célere para contratações públicas - mas tratando sempre as Companhias Docas como entes regulados (e não mais como entes reguladores), sendo também orientadas ao atingimento de suas metas, à eficiência, à atração de investimentos privados e à busca de lucro.

O mais relevante, aliás, era exatamente esse ponto: tornar as Companhias Docas empresas livres e eficientes para a busca sustentada de altos níveis de desempenho, quando do cumprimento de suas funções.

Com esse objetivo, uma possibilidade seria a implantação do regime de concessões junto às administrações portuárias (com o ente privado passando a deter 51% ou mais do capital social dessas empresas, a partir do investimento a ser realizado, mas permanecendo o Estado sócio em até 49% no lucro a ser gerado, no mesmo formato que já vem sendo aplicado às novas concessionárias de serviços aeroportuários), a fim de que elas pudessem se orientar ao mercado de forma realmente autônoma, livres da necessidade de licitação de serviços em sua gestão e também independentes do orçamento público.

A reforma também procurou fortalecer institucionalmente tanto Secretaria de Portos - como ente formulador de políticas do setor portuário à época – como a ANTAQ, que passou a licitar e posteriormente a fiscalizar, de forma padronizada, as metas de desempenho (dispostas nos contratos de arrendamento e concessão) das empresas reguladas.

Como o fortalecimento de um ente central planejador portuário não implica a necessidade de que assuma esse ente central o *status* de ministério, a Lei 13.341/2016 acabou extinguindo a Secretaria de Portos, sendo sua antiga estrutura absorvida junto ao novo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, sem nenhum prejuízo para suas funções institucionais.

A necessidade de planejamento integrado (desenvolvido pelo poder concedente) e de licitação em bloco (pela agência reguladora) se destina ao ganho de eficiência do sistema, por meio de procedimentos padronizados, nivelando as metas de desempenho dos arrendatários de todo o país.

Mas de nada adiantarão essas inovações se as autoridades centrais não dispuserem de condições fáticas (principalmente recursos humanos) para o cumprimento de suas novas competências, ou ainda se os novos arrendatários, efetivamente, não dispuserem de um modelo jurídico menos burocrático, que lhes permita, de fato, atingirem suas metas contratuais.

Em outras palavras, o fortalecimento institucional dos órgãos centrais não foi um fim em si, mas um meio encontrado para o efetivo apoio à gestão das administrações portuárias locais, o que deve agora ser feito, sob pena de desvirtuamento dos objetivos da reforma.

### **3.2.2 BAIXA EFICIÊNCIA DAS ADMINISTRAÇÕES PORTUÁRIAS**

Diversos portos europeus de alto desempenho não estão submetidos a um regime jurídico que exige a todo momento a obediência a regras de isonomia e universalidade na prestação de serviços públicos, não sendo necessários, de regra, complexos procedimentos licitatórios para a maioria dos atos de gestão (nos moldes necessários no Brasil), bastando a demonstração dos ganhos sociais e econômicos provenientes desses atos.

Mas no Brasil a administração portuária pública não pode selecionar, atrair ou contratar de forma direta esta ou aquela empresa para a movimentação de determinado tipo de carga em um novo terminal a ser construído ou operado no porto, da forma realizada em diversos portos

européus e asiáticos, e muito menos realocar, a qualquer momento, o titular de um terminal já instalado, remanejando-o para outra área, segundo conveniências negociais e a bem do serviço portuário.

Isso não é possível pois, em nosso sistema, as empresas com maioria de capital público (de que são exemplo as Companhias Docas federais) devem sempre obedecer às disposições constitucionais atinentes ao uso de bens públicos e à licitação para prestação de serviços públicos, bem como às regras de isonomia previstas na Lei 8.666/93, Lei de Licitações, sendo necessário o certame adequado para a exploração (construção e/ou operação) de determinado terminal.

Assim, em nosso sistema jurídico, a fim de se gerar maior celeridade nos procedimentos e, conseqüentemente, maior eficiência de gestão às Companhias Docas, três medidas inicialmente foram pensadas, quais sejam:

- a) criação de um regime licitatório especial para os portos, aumentando-se as hipóteses legais de dispensa de licitação, por exemplo;
- b) a implementação de Parcerias Público Privadas - PPP na modalidade administrativa, tal qual expostas na Lei 11.079/2004; ou
- c) concentração das licitações em um único órgão, a fim de gerar-se uma padronização de exigências e uniformização dos procedimentos e documentos a serem apresentados nos certames de todos os portos do país.

As hipóteses escolhidas foram a primeira e a última, por meio da implantação de processos seletivos mais céleres para as atividades portuárias e também do uso da modalidade leilão, inspirada no Regime Diferenciado de Contratações - RDC, seguidas da concentração dos novos certames na ANTAQ, função esta delegada pelo poder concedente, mas sempre em obediência às metas e diretrizes traçadas no planejamento setorial.

Optou-se pela não implementação das PPP administrativas naquele momento, tendo em vista a complexidade de licitação desse modelo de gestão e a baixa experiência vivida no setor quanto a esse instituto.

Mas, sendo o serviço de administração portuária uma atividade passível de concessão, nada impede que venha a ser utilizada no futuro, aplicando-se o mesmo raciocínio também quanto às PPP na modalidade patrocinada.

Sendo ambas modalidades de concessão, trata-se a PPP patrocinada, na realidade, de um mecanismo de garantia da taxa interna de retorno - TIR dos novos empreendimentos, por meio de um Fundo Garantidor estatal, elemento viabilizador de concessões de baixa viabilidade econômica que, de outro modo, não se tornariam atrativas aos investidores privados, ante o risco de investir-se grande volume de recursos em projetos com retorno econômico questionável.

A essas modificações institucionais somou-se a introdução de mecanismos de governança corporativa dentro da estrutura das Companhias Docas, a fim de que elas passassem a ter uma gestão voltada a resultados, por meio do estabelecimento de compromissos de metas e desempenho empresarial com seus dirigentes, na forma do art. 64 da Nova Lei dos Portos.

No entanto, ao invés de ser tornar a tônica o modelo de concessão de serviço público – unificando o regime jurídico tanto para as funções de administração quanto para as de operação, em substituição à figura dos arrendamentos – optou-se pelo modelo de concessão de área, a ser implantado apenas em caráter subsidiário às demais formas de exploração dos portos organizados – inicialmente para empreendimentos *green field*, passando este modelo de concessão a coexistir ao lado dos convênios de delegação (da gestão de portos por outros entes federados) e das novas licitações de arrendamento, institutos esses já previstos no regime anterior.

Nesse contexto, provavelmente serão objeto de concessão novos projetos como o “Porto Sul” na BA, “Porto de Águas Profundas” no ES e o “Porto Novo de Manaus” no AM, dentre outros.

### **3.2.3 DESARTICULAÇÃO INSTITUCIONAL DE AGENTES E AUTORIDADES INTERVENIENTES**

A fim de eliminar (ou pelo menos reduzir) a desarticulação institucional presente no modelo anterior, a partir da nova reforma as funções de planejamento, regulação e fiscalização - que na

prática se concentravam nas autoridades portuárias - passam a coexistir em diferentes camadas, sendo o planejamento realizado em nível ministerial, pelo poder concedente, atualmente o Ministério dos Transportes; a regulação continua a ser realizada em nível nacional pela ANTAQ; e a fiscalização passa a ser realizada pelas administrações portuárias de forma conjunta com a ANTAQ.

Veja-se que no atual modelo de regulação de serviços adotada no Brasil há, de regra, a vinculação (mas não subordinação) da agência reguladora setorial a um ministério respectivo, ficando esse ministério com a função de poder concedente (prevendo as metas de planejamento como de desempenho obrigatório pelos entes regulados, conforme metas objetivamente previstas nos contratos de concessão e arrendamento, firmados após as licitações respectivas) e a agência reguladora com a função de regular o setor e de fiscalizar as metas previstas nos contratos de concessão e arrendamento, bem como nas autorizações firmadas.

No segmento de transportes cabe, no Brasil, à Empresa de Planejamento e Logística – EPL o papel de planejamento de longo prazo da expansão da infraestrutura instalada (de regra sob a gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT), e às agências reguladoras setoriais (ANTAQ, ANTT e ANAC) o papel de regulação e fiscalização dos serviços prestados pelos entes regulados.

A fim de reduzir a desarticulação institucional entre as autoridades intervenientes, foi criada por meio do Decreto 7.861/12, a Comissão Nacional das Autoridades nos Portos – CONAPORTOS, um colegiado que, juntamente com as comissões locais ou CLAP, tornou-se responsável pela harmonização da atividade das autoridades intervenientes nos portos.

Paralelamente, o Decreto 7.860/2012 criou a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem, com o objetivo de elaborar propostas sobre regulação de preços, abrangência das zonas e medidas de aperfeiçoamento relativas ao serviço de praticagem, outra inovação salutar voltada à redução de custos e ao aumento de eficiência também nos serviços de praticagem.

Pode-se assim concluir que o novo modelo gerou uma uniformização de mecanismos de controle, uma concentração da função de planejamento no poder concedente e da função de fiscalização na ANTAQ, assim como uma desconcentração das funções de gestão nos entes privados, procurando também fomentar um regime competitivo a partir do estabelecimento de

regras de desempenho tanto para as administrações portuárias públicas nos portos organizados quanto para os arrendatários privados dentro dos portos.

Mas falta ainda um último passo, operacionalmente o mais importante de todos: a geração efetiva de autonomia e eficiência de gestão dentro dos portos organizados, para que possam as Companhias Docas federais saírem do papel reativo de mero atendimento a pedidos de movimentação de cargas, passando a um papel proativo na busca por cargas e serviços de maior valor, modelo a que alguns autores europeus, como Verhoeven (2011), intitulam “administração portuária empreendedora”.

### **3.2.4 REDUÇÃO DE BARREIRAS À ENTRADA: O REENQUADRAMENTO DOS TUP**

Os antigos Terminais de Uso Privativo, inicialmente voltados para a movimentação de “carga própria” no âmbito da Lei 8.630/93, ante a enorme demanda reprimida existente, acabaram, em grande parte, por terem suas funções extrapoladas, operando um enorme volume de “carga de terceiros”.

Esse fato, como exposto nos autos da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 139, quando em tramitação no Supremo Tribunal Federal - STF, acabou por gerar uma assimetria competitiva pois, apesar de prestarem serviço similar ao dos portos públicos quando da movimentação de cargas de terceiros, os TUP não precisam observar a isonomia de acesso a mercado via rito de licitação, e nem possuir estruturas como o Conselho de Autoridade Portuária - CAP e Organismo Gestor de Mão de Obra, típicas dos portos públicos.

Segundo os termos expostos naquela ação, essa assimetria de estruturas acabou gerando assimetrias concorrenciais, uma vez que as tarifas cobradas poderiam vir a ser menores em função dos menores custos existentes em uma estrutura gerida sob a perspectiva privada.

Embora havendo o argumento em sentido contrário, principalmente devido à necessidade de elevados valores de investimento em infraestrutura (acessos terrestres e marítimos, construção de cais, berços, molhes etc) pelos titulares dos TUP (o que, de regra, não é necessário pelos arrendatários, que já encontram estas estruturas em funcionamento nos portos organizados), o fato é que, em termos jurídicos, de fato havia uma extrapolação no uso da figura do TUP, que

foi originalmente pensado para empresas que movimentam carga própria – e não de terceiros – em caráter principal.

Atenta a essa problemática, a Lei 12.815/2013 procurou corrigir eventuais incongruências do anterior regime dos “TUP Mistos” que movimentavam “carga de terceiros” de forma majoritária, a partir de um novo critério de outorga, vindo o poder concedente a expedir autorização para movimentação e transbordo de cargas a toda empresa interessada, desde que, após procedimento de consulta pública específico, nenhuma outra empresa se mostre interessada na construção e operação de terminal em determinada região, não mais sendo necessária a comprovação da carga própria a ser movimentada.

Mas, caso outros interessados venham a aparecer durante o processo de consulta pública, o poder concedente deverá abrir então um processo seletivo, para observância da isonomia, mas eliminando-se, na prática, qualquer necessidade de diferenciação entre “carga própria” e “carga de terceiro”, uma vez que concessionários, arrendatários e autorizatários passarão a movimentar qualquer tipo de carga, observando apenas a categoria (granel, contêiner etc) e índices de capacidade dispostos em contrato.

Esse modelo de consulta e eventual processo seletivo público dos TUP foi inspirado nas autorizações para Pequenas Centrais Hidráulicas – PCH do setor elétrico, que convivem ao lado da concessão dos serviços de geração e transmissão de energia, havendo agora, da mesma forma, também a previsão da concessão de portos organizados, no caso do setor portuário.

Vê-se assim que a Lei 12.815/2013 pôs fim à celeuma quanto à definição do que seria “carga própria” e “carga de terceiro”, expediente difícilíssimo – senão impossível - na prática, aproximando os novos terminais privados - TUP do conceito de “portos privados” (*private ports*), havendo diferenciação do modelo de outorga (arrendamento ou autorização) tendo em vista apenas a localização dos terminais privados, quando dentro ou fora dos portos organizados.

Dessa forma, ao invés de desestímulo aos autorizatários, como se vê, pela nova modelagem o poder público sinalizou positivamente à iniciativa privada, fomentando novos projetos e também investimentos nas estruturas dos antigos terminais privativos, podendo dessa forma, os autorizatários, após adesão ao novo formato, passarem a movimentar qualquer carga,

concentrando-se apenas na prestação adequada dos serviços, conforme critérios padronizados previstos nos instrumentos de outorga e na respectiva regulação setorial.

Embora o novo modelo tenha procurado estimular a viabilização de novos TUP, que possam funcionar como entes indutores do desenvolvimento de certas regiões do país, o regime de livre competição implantado tem sofrido crítica no sentido da inviabilização da determinabilidade da taxa adequada de expansão do sistema.

O atingimento de uma taxa adequada de expansão do sistema poderia ter sido estimulada a partir da unificação dos modelos de outorga apenas nas figuras de concessão para os serviços de administração ou de operação portuária, com metas contratuais previstas pelo ente público a partir de cálculos de demanda e de capacidade que assegurassem a taxa de retorno dos investimentos realizados pelos novos concessionários em cada zona portuária, permanecendo os TUP com o papel apenas de movimentação de carga própria (TUP E).

Mas, pelo modelo escolhido, que aplicou a chamada assimetria regulatória, os investimentos realizados em novos terminais, sejam eles existentes dentro ou fora dos portos públicos, passaram a sofrer o risco de frustração da demanda projetada para os novos empreendimentos, tendo em vista a possibilidade de existência de novos entrantes em áreas contíguas a esses terminais, a qualquer momento, aproveitando-se das estruturas de acesso terrestres (rodovias e ferrovias) e marítimos (canais de acesso) já construídos, em condutas similares às dos “*free riders*”, estudadas no Direito Concorrencial.

A opção política de liberação dos TUP deveu-se, principalmente, à crônica falta de capacidade apresentada pelos portos públicos do país, com impactos negativos em sua corrente de comércio.

Tendo em vista este quadro de falta de capacidade portuária (e, conseqüentemente, de aumento de custos e redução de eficiência), estima-se que, em um período inicial, efetivamente o novo modelo funcionará como indutor do investimento privado em novos terminais, sejam eles arrendados dentro ou autorizados fora dos portos públicos.

Mas passou a haver o risco de sobrecapacidade (excesso de oferta) por serviços portuários em determinadas regiões, derivada da possibilidade de entrada em operação de novos concorrentes,

a qualquer momento, nas vizinhanças desses terminais, aptos à movimentação dos mesmos tipos de carga.

Esse será um risco que os *players* do setor terão que enfrentar e que, eventualmente, acabará por ensejar manobras colusivas e diversas condutas anticompetitivas entre armadores e operadores, motivadas pela necessidade desses últimos em assegurar demanda para a viabilização de seus projetos.

Em todo caso, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência já tem competência genérica para coibir esse tipo de abuso, no chamado controle de condutas.

## **4. REFERENCIAL TEÓRICO**

É premente a necessidade de redução de custos de transação no setor portuário, bem como a mudança de enfoque da firma para o *cluster*, como unidade de análise.

Esses referenciais já são aplicados há algum tempo em nível internacional, na discussão de modelos regulatórios portuários. Essa forma de abordagem, no entanto, ainda não é comum no país.

### **4.1 POSIÇÃO CLÁSSICA DA TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO**

Ao retirar o Estado da operação, dividindo o setor portuário em dois segmentos, quais sejam, o do serviço de administração portuária (público) e o do serviço de operação portuária (privado), a antiga Lei de Portos (Lei 8.630/93) procurou implantar o modelo *landlord port* no Brasil, modelo esse com eficiência reconhecida em portos europeus (como os de Roterdã, Antuérpia e Hamburgo, por exemplo) e asiáticos (Shanghai, Shenzhen, Busan, Cingapura etc), tendo em vista a agilidade de gestão que propiciam no desenvolvimento do negócio portuário, sempre obediente às prévias disposições contidas no planejamento setorial.

Mas esse modelo acabou não funcionando a contento, pois no Brasil essa modelagem foi implantada a partir da figura do arrendamento, que, por ser espécie de cessão de áreas públicas, acaba não dando a adequada agilidade operacional aos gestores portuários públicos.

Nos processos de licitação de áreas, que incluem os ativos (como os armazéns e silos), a serem arrendados, a administração portuária deve previamente apresentar um detalhado estudo de viabilidade técnico-econômica e ambiental (EVTEA) à agência reguladora, para, só após a aprovação desses estudos, das licenças ambientais e da elaboração dos respectivos editais (pela ANTAQ, ouvidos o MT, SPU/MPOG, TCU etc), o processo ser encaminhado a licitação.

Dessa forma, ante a complexidade do procedimento (exemplo de custos de transação), aliada à falta atual de estrutura governamental para operacionalizá-lo, dentre outros fatores, acabou-se inviabilizando a licitação de novos arrendamentos no ritmo demandado pelo mercado, mesmo após o advento da Lei 8.630/93.

Sendo assim, a fim de compatibilizar o porto público brasileiro com um padrão de governança de nível internacional, torna-se necessário implantar-se um modelo de gestão ágil e eficiente, onde o administrador portuário possa, segundo suas conveniências e nos prazos por ele

traçados, segundo seus projetos de expansão ditados pelas oportunidades de mercado, alocar espaços ou realocar ativos dentro do porto, com celeridade e sem burocracia (havendo, tanto quanto possível, controles apenas no que se refere apenas a aspectos concorrenciais e de desempenho).

Isso poderia ser feito sem nenhuma burla às regras de legalidade e isonomia previstas na Constituição e na nova Lei dos Portos, pois o que se busca é o aumento de funcionalidade no uso do bem público, por meio do aumento das possibilidades de investimento privado em ativos públicos.

O que não poderia ser feito, por evidente, seria o inverso (flexibilização dos controles existentes no caso de investimento público em áreas e em negócios privados), sob pena de fragilização dos controles aplicáveis ao orçamento público, abrindo espaço a ilícitos de diversas espécies.

Na forma buscada no presente estudo, o administrador deveria ter efetivamente a gestão operacional do porto, podendo negociar e decidir remodelagens estruturais em conjunto com os operadores, sem a necessidade da ingerência constante dos órgãos de controle nesses atos, sem a necessidade de licitações posteriores ao certame inicial (que legitima a entrada do ente privado no condomínio portuário), mas sempre com observância das leis, regulamentos e disposições (tarifárias, de segurança e desempenho, por exemplo) já dispostos nos respectivos instrumentos de outorga.

Revisando as discussões realizadas no âmbito da chamada Teoria dos Custos de Transação – com destaque para as obras de Demsetz (1968) e Williamson (1975, 1979 e 1985), teóricos que também analisam a formação de preços e relação entre competidores em estruturas de mercado monopolizadas ou concorrenciais - custo de transação é o custo (aferido em termos monetários ou de tempo gasto) que um agente econômico tem que dispende em função da burocracia (como a preparação de documentos para licenças, autorizações ou licitação de concessões), assimetrias de informação, pagamento de tributos ou tentativa de redução de riscos do negócio.

Os custos de transação se somam aos custos de produção e afetam todos os mercados, incluindo-se os segmentos de infraestrutura, encarecendo, atrasando ou, no limite, até mesmo inviabilizando investimentos em novos projetos.

Segundo Demsetz (1968), eventual aumento de eficiência de um agente econômico decorrente de ganho de escala advindo da aquisição de (ou fusão com) outros competidores não é um mal

em si, pois pode vir a ser gerada economia de escala e aumento de eficiência no processo, o que poderá resultar em inovação de métodos, aumento de competitividade ou ainda em melhoria na prestação de serviços aos usuários (caso o ganho de eficiência implique melhoria de desempenho no serviço ou o repasse dos ganhos econômicos aos usuários).

Para a Teoria dos Custos de Transação, ao lado das falhas de mercado e assimetrias de informação, o tema do monopólio natural é o principal fator determinante da regulação econômica, tendo em vista a necessidade de limitação do lucro do monopolista.

Conforme exposto por Souza Junior e Balbinotto (2005), a existência de economias de escala em níveis de produção equivalentes à dimensão de todo o mercado sugere o atendimento do mesmo por uma única firma, caracterizando a ocorrência de um monopólio natural e justificando-se teoricamente a regulação.

Percebe-se, neste ponto, que as economias de escala seriam determinantes na inviabilização da concorrência dentro dos mercados, suportando a proposta relação teórica entre concentração industrial e competitividade. Contudo, Demsetz (1968) questiona a existência de economias de escala como condicionantes da formação de um monopólio natural, no que se opõe a Williamson (1976) quanto a esse ponto.

Demsetz (1968) informa que o sistema de *franchise bidding* consistiria no estabelecimento da concorrência pelo mercado ao invés da tradicional competição realizada dentro dos próprios mercados, tendo-se em vista a impossibilidade dessa modalidade no caso dos monopólios naturais.

O método de concorrência *for the field* indicado consistiria assim em um mecanismo de leilão cujo critério corresponderia à escolha do melhor conjunto preço-qualidade ofertado, técnica utilizada na Nova Lei dos Portos, inicialmente substituindo-se o antigo critério licitatório de maior lance pelo de menor tarifa, associado à maior movimentação de cargas.

A partir da mudança do regime de monopólio (natural ou legal) regulado para o de livre competição, a partir da liberação dos TUP os agentes econômicos passarão a arquitetar novas estratégias para diferenciação dos serviços oferecidos aos armadores ou possibilidade de aumento de escala (desde que haja área disponível e o modelo legal permita sua expansão), sempre em busca de maior parcela de mercado.

Nesse sentido, Bain (1956) informa que a pressão competitiva em ambiente concorrencial não provém apenas de firmas já existentes em um determinado mercado, mas também dos potenciais entrantes. Ou seja, haverá tanto a concorrência interna quanto a potencial.

Nesse contexto, as condições de entrada são cruciais para a determinação da competição em um mercado, pois fatores como economias de escala, vantagens absolutas de custo, diferenciação de produto e requerimentos de capital são fontes de barreiras à entrada.

Desse modo, além do teto definido por um nível máximo de lucros determinado pelas condições de demanda no mercado (via preços e condições de custo), haveria um outro definido pela margem máxima de lucros que poderia ser praticada sem atrair novos participantes a esse mercado.

Assim, segundo o mesmo autor, a análise das condições de competição em um mercado não deveria considerar apenas as situações de demanda e concorrência já existentes, mas também a concorrência potencial e a limitação da margem de lucro da empresa por essa pressão competitiva gerada pelas firmas.

Nesse contexto, se a reforma portuária reduziu barreiras à entrada por meio da simplificação de procedimentos (redução de custos de transação) para a autorização de terminais privados, agora liberados para a movimentação de qualquer carga, restou a necessidade de redução às barreiras à entrada para novos projetos também dentro dos portos públicos, com aumento de competição, o que pode ser feito a partir da proposta apresentada neste trabalho.

A possibilidade de atração de novos projetos, com aumento da cesta de serviços prestados nos portos públicos (a partir da possibilidade de rápido rearranjo de ativos), ao invés de reduzir os lucros dos operadores já instalados, acabará, eventualmente, por aumentar esses lucros, uma vez que passarão eles a poder, em conjunto com a administração portuária, fomentar a abertura de novos mercados, até então inexistentes em certos portos, otimizando assim o uso do bem público.

Em outras palavras, a partir da “despatrimonialização” do setor portuário, o enfoque passa a não ser mais a área, mas a cesta de serviços oferecidos aos armadores neste ou naquele porto, visando atrair os armadores e demais empresas especializadas em logística.

Assim, ao invés de uma licitação para entrada “em determinado ponto do porto”, passar-se-á a licitar a entrada “no negócio portuário”, inicialmente neste ou naquele ponto do porto, sem

nenhum prejuízo à isonomia (uma vez que todos os interessados terão condições idênticas de competir pelo acesso a esse mercado, no momento da licitação).

E o interesse público estará totalmente preservado, pois interesse público, no caso do setor portuário, não é simplesmente manter, após a licitação, essa ou aquela empresa nessa ou naquela área, mas permitir que o licitante vencedor tenha condições de traçar estratégias que permitam o aumento de seus negócios e, por consequência, a própria cesta de serviços prestada no porto, com a consequente elevação do faturamento da administração portuária, além da eventual capacitação de mão de obra necessária aos novos empreendimentos trazidos para a comunidade onde o porto está inserido.

Em síntese, a nova proposta também busca reduzir os custos de transação, altamente elevados, no setor portuário.

Em sua tese doutoral, De Langen (2003), vai além dos custos de transação e enriquece apropriadamente a discussão, inclusive traçando um paralelo na evolução do conceito de *cluster* portuário a partir da *Diamond School* (que tem como principal expoente Michael Porter, 1990 e 1998, autor que foca sua análise na inovação e diferenciação de serviços), da *New Economic Geography* (definida inicialmente por Krugman, 1991), da *Population Ecology*, de Metcalfe (1998), Hannan e Freeman (1989) e, por fim, da *Industrial District School*, que lançou luzes sobre a construção e operação de distritos industriais, por meio das obras de Harrison (1992) e Becattini (1990).

Na sequência, De Langen (2005) se concentra no estudo dos efeitos benéficos proporcionados pela competição intra porto, ou seja, por terminais situados dentro de um mesmo porto e que movimentam as mesmas categorias de cargas.

A geração desse tipo de efeito deve ser pensada previamente aos procedimentos licitatórios, proibindo-se, por exemplo, a entrada em certo certame de grupo controlador de terminal já em operação em determinado porto organizado, a fim de evitarem-se manobras colusivas, predatórias ou tendentes à cartelização.

Procurou-se também utilizar no presente trabalho as conclusões daquele estudo, após o devido esforço de transposição de análise de efeitos derivados de ambientes institucionais e legais diversos, como os existentes no Brasil e na Holanda (para o qual foram inicialmente direcionados).

Assim, por exemplo, apesar de nas novas licitações de arrendamento os preços públicos e tarifas-teto a serem praticados pelos arrendatários já estarem, em grande parte dos casos, definidos nos próprios certames licitatórios, restará, no entanto, a possibilidade de estímulo indireto pelas autoridades portuárias a uma maior competição entre os terminais, por exemplo, por meio do oferecimento de serviços ancilares às atividades de transbordo, como serviços de estacionamento, *truck centers*, limpeza, reparos e manutenção de cascos e contêineres, dentre outros.

Em artigos mais recentes, De Langen focou no estudo das sinergias derivadas da localização próxima entre estabelecimentos logísticos (2012) e também em uma reavaliação do conceito de porto como um *cluster* de atividades econômicas (2012).

Embora sempre lançando novas luzes sobre velhos pontos, o fato é que esses novos artigos praticamente reafirmam o valor das categorias anteriormente já bem colocadas em sua tese doutoral do ano de 2003, já citada.

Já Nijdam (2010), em tese doutoral também defendida na Universidade Erasmus de Roterdã, acaba realmente indo além das categorias introduzidas pelo professor De Langen, tendo traçado um interessante paralelo entre *clusters* e redes de empresas (*networks*), em sua interrelação com *spillovers* tecnológicos e inovação, temática que procurou-se transpor para a realidade brasileira no item 4.2.

Quanto aos aspectos jurídicos, para Schirato (2011) uma reorientação teórica deve ser dada para a análise dos institutos da concessão e permissão sob os parâmetros da Constituição de 1988 (artigos 173 e 175), permitindo o enquadramento dos serviços públicos como instrumentos para a realização dos direitos fundamentais, abrindo-se caminho também para a prestação dos serviços públicos em um ambiente concorrencial, eventualmente com assimetria de regimes jurídicos (como no caso do setor portuário, onde estão presentes os modelos de concessão, autorização e subconcessão ou arrendamento, para os mesmos serviços).

Sobre a passagem do regime de regulação de monopólio (concessão de serviço público) para o de prestação de atividade econômica em regime competitivo (autorização), Justen Filho (2003) dispõe que se verifica atualmente uma tendência à redução das tarefas atribuídas ao Estado, ou seja, à redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico. Mas isso não significa recusar ao Estado competência para intervenções indiretas e da promoção político-social.

Informa também o autor existirem atividades em que a realização dos valores fundamentais envolve (ou não exclui) a busca do lucro. Quanto a estas últimas, o Estado poderia deixá-las ao desempenho direto dos particulares, mas não poderia abster-se de intervir. (JUSTEN FILHO, 2003)

Dito em outras palavras, se é certo que o Estado passou a ver restringidas suas atividades de gestão, a partir do início do processo de desregulamentação de diversos setores, passando muitos serviços públicos a serem prestados sob o modelo de atividade econômica privada ou público/privada, também é certo que, para adequadamente permitir essa passagem de serviços para a iniciativa privada (desestatização), diversos países tiveram que promover uma revitalização (ou mesmo criação) de instâncias voltadas ao planejamento, regulação e fiscalização para a prestação de atividade econômica nesse novo contexto.

Em razão dessa reorientação de funções, o processo não pode ser visto como mera redução das atividades do Estado, mas sim como um reposicionamento das instâncias públicas para novas funções de planejamento, regulação e fiscalização, o que, sem sombra de dúvidas, exigiu a estruturação de diversos novos órgãos e novas técnicas de governança, com a qualificação de corpo técnico ou a contratação de mão de obra qualificada para tanto.

É o que pode ser visto, por exemplo, nos setores de energia (como é o caso do Operador Nacional do Sistema - ONS ou da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE), de telecomunicações e de transporte aéreo (nos leilões para a gestão de aeroportos) no Brasil, com novas instâncias híbridas (geralmente privadas, mas com controles públicos), criadas para o planejamento ou operação, nesse novo ambiente.

Esse novo modelo de governança também passou a introduzir técnicas para mitigação dos riscos do negócio, como é o caso do uso de Sociedades de Propósito Específico – SPE pelos consórcios vencedores de diversas licitações, geralmente para o emprego da engenharia financeira denominada *project finance*, onde, ao invés de garantias reais (ou de forma adicional ou paralela a elas), o próprio fluxo de caixa do empreendimento passa a ser utilizado como garantia principal do projeto.

De forma que já se encontra hoje praticamente superado o debate quanto ao “melhor” modelo de gestão, se público ou privado, já havendo consenso de que, por decorrência da incidência de uma série de mecanismos de controle da execução do orçamento público, a gestão privada é, em princípio, mais dinâmica e eficiente na prestação de atividade econômica em sentido estrito,

devendo o Estado se concentrar, pelo regime jurídico de direito público, nas funções de planejamento, regulação, fiscalização e fomento, por decorrência de sua legitimidade e imparcialidade na concepção e implantação de políticas públicas.

Além dos procedimentos decorrentes da preservação da isonomia, fundamental em um modelo republicano, do regime jurídico de direito público decorrem a necessidade de concurso público para contratação de novos servidores, licitação prévia para obras e serviços e assim por diante.

Há casos, no entanto, em que a administração pública deve permanecer na gestão, tanto por razões estratégicas (por exemplo, como indutora ou garantidora dos investimentos privados), de segurança ou por motivos regulatórios, como é o caso dos grandes portos, onde, internacionalmente entende-se ser o ente público o mais coerente para a função de administração portuária, devido à importância do porto para o comércio exterior, à necessidade de gerenciamento isonômico dos canais de acesso e da disposição de áreas para operação.

Nada impediria, no entanto, em termos técnicos e jurídicos, a implantação de administrações portuárias privadas, desde que pensado um regime concorrencialmente adequado para tanto, o que poderia ser feito, por exemplo, a partir da previsão de pelo menos dois operadores em cada porto, para cada um dos serviços prestados (ou pelo menos dois operadores para cada um dos três tipos básicos de carga, quais sejam: granel sólido, líquido e carga geral, containerizada ou não), a fim de se evitar o exercício de poder de mercado pelos terminais.

Realmente, não interessa mais hoje a discussão de qual regime jurídico adotar, se público ou privado, mas sim a qualidade do arranjo público-privado adotado, o que acaba por realçar a necessidade de adoção de um modelo jurídico que permita a implantação de uma estrutura de governança eficaz, dinâmica e eficiente, com modelos negociais a não serem buscados de forma imposta, mas em um regime de cooperação entre os parceiros no negócio (administradores portuários e operadores privados).

Conforme exposto em diversos pareceres condensados pela ABRATEC (2010), a possibilidade de novos acordos *ex ante* praticados por grupos econômicos diversos anteriormente à formação de consórcios poderá ser devidamente pautada no desenho dos novos contratos de concessão e arrendamento, tanto para suavizarem-se quanto para mitigarem-se os efeitos de uma concorrência assimétrica entre os terminais arrendados e os terminais privados autorizados, observando-se, caso a caso, os aspectos concorrenciais do mercado.

Cabe esclarecer-se, no entanto, que se antes havia uma preocupação de ordem legal de se mitigar esta concorrência assimétrica (entre os terminais arrendados e os TUP misto que movimentavam carga de terceiros de forma preponderante), esta preocupação não mais existe hoje.

Isso porque a própria Nova Lei dos Portos já prevê expressamente esta concorrência assimétrica, pois tanto os TUP autorizados fora dos portos públicos quanto os terminais arrendados via licitação, dentro desses portos, podem prestar os mesmos serviços.

Por outro lado, havia problemas de ordem legal decorrentes da movimentação preponderante de carga de terceiros pelos TUP, e também problemas de ordem constitucional, a partir da tese da configuração da prestação de serviço público sem licitação prévia, nos termos do art. 175 da Constituição Federal.

A Lei 12.815/2013 tentou superar o inconveniente da necessidade de licitação prévia para movimentação de qualquer carga pelos TUP por meio do enquadramento do serviço portuário não como serviço público, mas sim como serviço regulado (tecnicamente “serviço privado regulado” de movimentação de cargas junto aos portos).

Mas, para não utilizar o termo “serviço público”, acabou utilizando o critério de cessão de área para operação (concessão, no caso do porto, ou arrendamento, no caso de áreas internas do porto), continuando a propagar o problema do travamento patrimonial das áreas internas dos portos públicos, como consequência de uma estrutura jurídica voltada inicialmente a regular a área e não o serviço prestado.

Um novo modelo de exploração deve, portanto, ser construído, por mais esses motivos, a fim de superar o travamento na prestação dos serviços portuários pelos arrendatários de áreas nos portos públicos, da mesma forma em que já foi superada a restrição de movimentação de cargas de terceiros pelos terminais privados fora dos portos (TUP).

#### **4.2 SUPERAÇÃO DO ENFOQUE DA FIRMA PELA NOÇÃO DE *CLUSTER***

O porto é um motor para o desenvolvimento econômico regional, elevando o nível de emprego, renda média do trabalho, atraindo novos negócios e maiores tributos para a região. Os empregos existentes em um porto incluem operadores portuários, usuários (agentes de armadores e empresas transportadoras locais), além de outros prestadores de serviços (reparadores, soldadores, empresas logísticas, seguradores, práticos etc). (TALLEY, 2009)

Os benefícios secundários de um porto surgem a partir da renda gerada pelo trabalho e pelos negócios portuários, com ganhos parcialmente gastos na região. Esses gastos (por exemplo com restaurantes, entretenimento e serviços profissionais) geram ganhos adicionais, mais comércio e, por consequência, mais tributos. (TALLEY, 2009)

Os benefícios terciários derivam de melhoria em infraestrutura e da qualidade do serviço de transporte regional. Por exemplo, melhorias podem ocorrer no sistema rodoviário e ferroviário da região, redundando em redução no *transit time* para os movimentos da carga dentro da região, aumento na frequência de coletas e entregas e aumento de acessibilidade dos embarcadores aos mercados regional, nacional e internacional. Contudo, se os movimentos de carga dos portos ou para os portos aumentam ao ponto de provocarem congestionamento, benefícios terciários negativos também serão gerados pelos portos. (TALLEY, 2009)

O fenômeno da clusterização também tende a aumentar os impactos de um porto na realidade regional que o circunda, da forma descrita a seguir.

Segundo De Langen (2003), Haezendonck (2001) foi a primeira autora a usar o termo *port cluster* e a teorizar sobre o assunto. Ela define um *cluster* portuário como “um conjunto de firmas independentes engajadas em atividades portuárias, localizado dentro de uma mesma região portuária e possivelmente com estratégias similares voltadas à vantagem competitiva e caracterizadas por uma posição de união competitiva *vis a vis* o ambiente externo ao cluster”. (HAEZENDONCK, 2001)

Inicialmente, cinco grupos de atividades são identificadas em um *cluster* portuário: movimentação de cargas, atividades de transporte (modais), atividades logísticas, atividades industriais e atividades de comércio. (DE LANGEN, 2003)

Atividades de transporte devem ser parte de um *cluster* portuário, uma vez que o porto é parte de uma cadeia de transportes. A maioria da carga é transportada adiante por meio dos modais rodoviário, ferroviário e hidroviário. Assim, os braços de firmas de transporte localizados nos portos estão tão fortemente relacionados com serviços ligados à chegada de mercadorias que as empresas de transporte devem integrar o *cluster*. Isso se aplica a todas as firmas envolvidas no transporte por frete. (DE LANGEN, 2003)

Atividades logísticas, como armazenagem, empacotamento e montagem devem estar incluídas em um *cluster* portuário, uma vez que as mercadorias são estocadas nos portos. Diferenças na

escala de navios e modais terrestres tornam a estocagem necessária. Essa necessidade de estocagem é a razão para localizar as atividades logísticas (como etiquetagem e empacotamento) nos portos. (DE LANGEN, 2003)

O tamanho e a estrutura da região portuária diferem de porto para porto. O conceito de região relevante implica que, a partir de certa distância, os municípios não se incluem mais nessa região portuária. A região relevante inclui municípios que oferecem duas condições: a proximidade do porto e a alta concentração de atividades portuárias desempenhadas. (DE LANGEN, 2003)

O papel das autoridades portuárias tem sido tradicionalmente descrito a partir dos modelos portuários *landlord*, *tool port* e *service port*. Mas já ficou claro que essa tipologia do Banco Mundial (2007) de modelos portuários é de uso limitado para o entendimento de estratégias de autoridades portuárias, uma vez que esta distinção não captura o envolvimento de autoridades portuárias na governança, independentemente do tipo de modelo utilizado. (HEAVER *et alii*, 2001)

Como já informado, diversas autoridades portuárias públicas européias (como a de Roterdã) ou asiáticas (como a de Cingapura), integrantes do modelo *landlord*, utilizam técnicas de gestão tidas como privadas no Brasil, havendo muitas vezes a impossibilidade de sua adoção no Brasil no regime jurídico de direito público, de que são exemplos a escolha direta de arrendatários para certos terminais, possibilidade de negociação de cláusulas de investimento e compensações financeiras para o porto, realocação imediata de áreas com a finalidade de capturar demanda etc.

De forma que, em termos sistemáticos, o modelo *landlord* europeu acaba por se afastar do modelo de mesmo nome teoricamente também implantado no Brasil, ante a inviabilidade do administrador portuário brasileiro de dar o efeito de maximização aos ativos portuários da mesma forma que seu colega europeu (o que seria possível em nosso regime legal por meio de concessão, caso fossem dadas características de autoridade portuária privada a essas administrações, o que, por sua vez, as afastaria do conceito europeu de *landlord*, criando um tipo novo, o *private landlord port*).

Em face do exposto, para além dos rótulos, torna muito importante na análise de modelos institucionais derivados de outros países a efetiva análise das estruturas de governança

aplicáveis a estes modelos teóricos, a fim de que se possa adequadamente perseguir os mesmos efeitos operacionais permitidos por outros regimes jurídicos.

Especificamente quanto ao setor portuário, além de uma mudança do eixo de estudo, substituindo a firma pelo *cluster* como centro de análise, torna-se também necessária a construção de um regime jurídico mais dinâmico, nos mesmos moldes já implantados em países europeus de onde nosso modelo jurídico foi inspirado.

#### **4.3 IMPLANTAÇÃO DE *CLUSTERS* PORTUÁRIOS NO BRASIL**

Ao contrário da Holanda, que utiliza o porto de Roterdã como instrumento básico de política industrial do país, como amplamente demonstrado nos trabalhos consultados, no Brasil há um descompasso entre a política industrial e a de comércio exterior. Ao mesmo tempo em que empresários reivindicam medidas protetivas e de redução da carga tributária, a fim de resguardar setores industriais, as Zonas de Processamento de Exportação - ZPE permanecem como estruturas jurídicas ainda com tímida implantação fática.

No caminho inverso de um maior fechamento comercial, o desenvolvimento de uma estratégia que permita uma melhor conexão da política industrial do país a diversas cadeias logísticas internacionais de suprimentos poderia servir como vetor de um novo processo de reindustrialização.

A competição por novos mercados origina cenários cada vez mais complexos em todo o mundo. Ao mesmo tempo em que a China e alguns outros países asiáticos contribuem para a desindustrialização da Europa em segmentos da indústria têxtil e eletroeletrônica, por exemplo, diversas empresas européias acabam sendo bem sucedidas em muitos países em desenvolvimento como o Brasil, em segmentos da indústria química, automobilística, de máquinas, equipamentos etc.

Da mesma forma, diversas empresas européias constroem carros, motores e equipamentos elétricos também na China, transferindo tecnologia àquele país, mas lucrando com a escala daquele mercado consumidor, além dos mercados para onde a produção das Zonas Econômicas Especiais – ZEE chinesas é direcionada.

No mesmo sentido, fluxos de informação rumam do Vale do Silício nos EUA em direção à China e países vizinhos (Taiwan, Cingapura, Malásia, Indonésia, Coreia etc), onde são convertidos em mercadorias cujos consequentes fluxos logísticos (por exemplo, de

equipamentos, roupas e eletroeletrônicos) são direcionados para todo o mundo, e inclusive de volta aos próprios EUA.

Esses exemplos servem apenas para ilustrar o grau de complexidade e interdependência entre mercados nacionais e internacionais nos dias de hoje, onde não são raras etapas sucessivas de fabricação de alguns produtos em dois ou até três continentes distintos, até sua total finalização.

Com raras exceções, o Brasil se insere de forma passiva neste contexto, recepcionando projetos, mas não conseguindo adequadamente levar parcelas de suas cadeias produtivas industriais a outros mercados.

Aliás, de um modo geral, o que ocorre é a inserção em larga escala e com êxito de alimentos e de *commodities* agrícolas e minerais brasileiras em países como a China, Alemanha e Holanda, países esses que conseguem, efetivamente, agregar valor a essas mercadorias, redirecionando-as a seus mercados internos, ou reexportando-as a outros mercados internacionais, após certas etapas produtivas.

Não conseguindo focar adequadamente no mercado externo, a indústria nacional se retrai, ante a acirrada concorrência com produtos asiáticos, muito mais baratos, eis que originados em um ambiente de custos logísticos e tributários mais razoáveis.

Uma maneira de reverter esse viés de desindustrialização do país seria por meio de uma estratégia de atração de empresas líderes internacionais para o Brasil, transferência de tecnologia para parceiras brasileiras e redirecionamento da produção industrial dessas empresas para novos mercados internacionais a serem abertos. Ou seja, na aparente exaustão do mercado interno, o caminho seria orientar as cadeias industriais do país ao mercado externo. Importar mais, para agregar valor e exportar mais.

Se por um lado não há espaço hoje para uma redução nos tributos que oneram diversas cadeias produtivas do país, o que reduz ou inviabiliza a competitividade de diversos produtos no mercado internacional, por outro lado já estão criados regimes especiais como o das Zonas de Processamento de Exportação - ZPE, voltados para a reexportação de mercadorias montadas ou finalizadas no Brasil, a preços competitivos, tendo em vista a desoneração realizada sobre uma série de impostos.

Neste contexto, para além da função de promoção comercial para as pequenas e médias empresas, caberia aos órgãos de inteligência comercial um esforço de identificação, negociação

bilateral e atração de partes de processos produtivos de alto valor agregado para serem finalizados no país, em conjunto com empresas nacionais, qualificadas e capacitadas para tanto.

Para tanto, caberia ao governo incentivar novas multinacionais a se instalarem no país, em novas plantas nas ZPE atuais ou em outras a serem construídas em outros municípios (de preferência próximos aos portos organizados), a fim de atenderem às novas oportunidades detectadas no mercado internacional (por exemplo, de equipamentos elétricos, máquinas ou equipamentos agrícolas), tendo em vista os preços mais competitivos dos produtos finalizados com a desoneração fiscal desse regime jurídico, da mesma forma já realizada pela China e por diversos países europeus há muitos anos.

Nesse movimento, ganha a empresa internacional, por conseguir entrar, de forma consistente, no mercado brasileiro. E ganham diversas empresas nacionais, que, a partir de associação com empresas de referência, conseguirão se especializar e produzir em larga escala, a fim de suprir os mercados (externos) onde sua parceira já atua, conectando-se de fato às chamadas cadeias globais de valor.

Os *clusters* portuários, formados a partir dessas novas ZPE, assumiriam importância fundamental nesse tipo de estratégia de exportação voltada ao desenvolvimento industrial.

Como a transferência de tecnologia será quase sempre necessária, assim como a capacitação de mão de obra da rede fornecedores brasileira, acordos também deverão ser negociados entre as empresas nacionais e as empresas estrangeiras parceiras, a fim de permitir a produção conjunta, e em alta escala, de diversos componentes industriais com alto nível de valor agregado.

Nesse sentido, o cenário fica bem mais complexo que a mera produção e comercialização de produtos no país, sendo necessários também estudos voltados ao melhor dimensionamento dos canais logísticos que levarão os produtos iniciados ou finalizados no país, rumo aos mercados consumidores internacionais.

Ou seja, além da qualidade, preço e estruturação de rede de manutenção no país importador, elementos que caracterizam a competitividade do produto em si, atenção também deverá ser dada aos modais de transporte e estratégias logísticas (de regra, com o uso do contêiner) a serem utilizadas, a fim de permitir uma otimização no acesso dos produtos a esses mercados, e daí aos canais de distribuição internos a esses países.

Devido à possibilidade de atração de investimentos externos ao país (adicionalmente à ocorrência de *spillovers* tecnológicos para a indústria nacional), as ZPE poderiam passar a ser efetivamente utilizadas como elementos de política industrial, a fim de permitir a formação no Brasil de *clusters* logísticos e industriais que pudessem agregar valor a produtos finalizados ou com etapas produtivas no país, no caso de produção orientada ao mercado externo (em um percentual mínimo de oitenta por cento).

Essa reorientação em bloco de cadeias produtivas do país ao mercado externo poderia reverter o atual quadro de desindustrialização, permitindo no médio prazo o aumento de eficiência do parque industrial instalado e também a implantação sustentada de políticas de inovação e de desenvolvimento tecnológico, o que fecharia o ciclo, possibilitando a conexão do país a novas cadeias industriais e logísticas de valor ainda mais elevado.

Esse processo de abertura seletiva e busca de mercados externos deve, entretanto, ser guiado por uma estratégia de longo prazo no sentido tanto de capacitação de mão de obra do país quanto da formação de parcerias internacionais, para que as empresas estrangeiras que queiram acessar o mercado nacional se associem, efetivamente, a empresas brasileiras já atuantes nesse mercado.

E para que, da mesma forma, as empresas nacionais que queiram atuar externamente tenham condições de se associar a parceiros internacionais já atuantes naqueles mercados, em parcerias estratégicas que reduzam custos de transação e barreiras à entrada àqueles mercados, sejam elas barreiras tecnológicas ou logísticas, com ganhos mútuos.

Uma política industrial paralela à de comércio exterior poderia ser desenhada nesse sentido no Brasil, da mesma forma como já feito na Holanda, Alemanha, Coréia ou China há muitos anos, funcionando o Estado como um efetivo identificador de oportunidades e acelerador de projetos nacionais e internacionais para os empresários do país, em novos ambientes de ação, mais complexos e rentáveis que os usuais.

Nesse contexto, necessário também seria um reposicionamento estratégico das funções desempenhadas pelos portos organizados, a fim de que deixem de ser encarados como meras instâncias de transbordo de mercadorias, passando a serem vistos como elos de interligação com diversas cadeias globais de valor, funcionando como elementos de dinamização da indústria e do comércio do país.

Em outras palavras, as reativas administrações portuárias do país deveriam se transformar em administrações portuárias empreendedoras (ESPO, 2011), como melhor detalhado no item 6.4.

#### **4.4 VIABILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

No desenho de um *cluster* (logístico, industrial, financeiro, comercial etc) várias estratégias são utilizadas a fim de gerar-se um *mix* ou cesta de produtos ou serviços a serem oferecidos tanto às empresas que o integram quanto a seus clientes.

Assim, embora, eventualmente, uma ou outra empresa componente do *cluster*, de forma isolada, não apresentem a maior eficiência para certa área ou no uso de certo ativo instalado, o fato é que, assim como um *shopping center*, o *cluster* deve oferecer o máximo de serviços possível ligados a sua atividade fim, para que possa gerar as chamadas economias de aglomeração.

Esse tipo de visão pode ser transposta aos portos, onde, para além da função específica de geração de eficiência sobre cada uma das áreas cedidas a operação, deve ser observada também uma função geral de otimização conjunta do uso da área pelas empresas formadoras do condomínio portuário, a fim de gerar-se um ganho sistêmico a todo o arranjo logístico-industrial formado.

De forma que, no contexto de um *cluster* logístico portuário, eventualmente pode ser adequada a atração de uma empresa de uma forma não exatamente lucrativa, desde que necessária aos serviços ancilares oferecidos pelo arranjo (de que são exemplos a tancagem de combustíveis, *bunkering*, serviços de alimentação, *truck centers*, serviços de apoio logístico, como embalagem, etiquetagem, despacho de encomendas expressas, tradução e assim por diante).

Por essas razões, a geração de eficiência sistêmica deve ser vista não como otimização absoluta no uso das áreas cedidas aos operadores, mas, eventualmente, como uma otimização estrutural sobre o arranjo de áreas destinadas a certas funções, havendo um sentido também teleológico (ou finalístico) na cessão das áreas, a fim de alcançar-se a máxima eficiência para todo o condomínio de empresas.

Especificamente sobre o princípio da eficiência, de estatura constitucional, por ser esse um objetivo a ser necessariamente observado pelo administrador público pátrio (envolvendo aí tanto a gestão portuária, quanto o planejamento do setor e ainda as atividades de controle, fiscalização e auditoria), todas as funções prestadas na gestão do condomínio portuário devem

necessariamente atender à economicidade e ao interesse público quando da execução desses serviços.

Em termos simplistas, a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produtiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados. Ora, um dos aspectos essenciais do direito administrativo reside na vedação ao desperdício ou má utilização dos recursos destinados à satisfação das necessidades coletivas. Assim o impõe a concepção republicana de organização do poder político, que estabelece que todas as competências estatais têm de ser exercitadas do modo mais satisfatório possível. (JUSTEN FILHO, 2014)

A ordem jurídica veda o desperdício econômico porque a otimização do uso dos recursos permite a realização mais rápida e mais ampla dos encargos estatais.

Mas, quando houver incompatibilidade entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica. A eficácia administrativa significa que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível. (JUSTEN FILHO, 2014)

Transpondo-se esses ensinamentos para o objeto de estudo, a função de administração portuária deve ser vista como provedora de infraestrutura (*landlord*) e promotora das atividades das empresas componentes do condomínio portuário, empresas essas instaladas sobre a área nobre que é o porto, fronteira internacional e instância de passagem (e conexão) entre produtos, serviços e cadeias logísticas em uma dimensão internacional.

No desempenho dessas funções, nem sempre a maior eficiência econômica será possibilitada a partir da cessão de determinada área para a prestação de determinado serviço necessário ao arranjo portuário, mas desde que observada a eficácia administrativa dessa cessão, conceito mais amplo, e voltado justamente a captar as nuances de serviço público existentes na prestação dos serviços portuários.

A maximização de utilidade sobre as áreas portuárias é da essência do negócio portuário e, por isso, função precípua da administração portuária no modelo *landlord*.

Caso não feita uma reavaliação permanente sobre a funcionalidade do sítio padrão cedido, eventualmente reestruturando-o para um negócio de maior valor, sua utilidade tenderá a decair ao longo do tempo.

Como a maximização da área portuária não é um fim em si, mas um meio utilizado para agregar valor aos serviços logísticos prestados sobre a nobre área portuária, a administração portuária, a agência reguladora e órgãos de controle devem ter a sensibilidade de perceber os fins buscados pela cessão de áreas a certos operadores, que muitas vezes poderão agregar valor aos serviços portuários mediante sua simples presença dentro do arranjo, mesmo que não aumentando diretamente a eficiência econômica sobre o sítio padrão cedido.

Por isso a aderência do conceito de discricionariedade administrativa no ato de cessão de áreas.

Com efeito, no modelo defendido no presente trabalho, se em um primeiro momento a seleção da empresa a compor o condomínio portuário deve ser feita por meio do ato administrativo vinculado que é o certame licitatório de arrendamento, posteriormente, a eventual transposição de áreas entre os operadores, a fim de proporcionar-se maior ganho sistêmico ao porto, deve ser vista como um ato discricionário (e devidamente motivado, pautado na teoria dos motivos determinantes) praticado pela administração portuária, em seu ininterrupto trabalho de otimização dos bens públicos ofertados à prestação dos serviços portuários.

Essa necessidade de reavaliação periódica das condições de cessão de áreas, em obediência ao princípio constitucional de eficiência na prestação dos serviços públicos, leva, por sua vez, à necessidade de um novo modelo de planejamento portuário, mais simples e resiliente.

#### **4.5 NECESSIDADE DE UM NOVO MODELO DE PLANEJAMENTO**

Sendo a reavaliação voltada à permanente otimização de área a função mais importante da administração portuária (modelo *landlord*), os controles administrativos não devem ser focados apenas no local da operação, mas precipuamente na função desempenhada, que poderá ser realizada em qualquer local apto para tanto.

Como a estrutura deve estar submetida à função desempenhada, sendo dela dependente, a ênfase no serviço enseja a relativização dos controles sobre os ativos empregados.

Em outras palavras, a otimização da função portuária enseja a necessidade da desmobilização patrimonial, ou despatrimonialização da atividade portuária.

No novo modelo de arrendamento proposto no presente estudo foram introduzidas algumas variantes que acabaram distinguindo o novo instituto do atual regime de arrendamento,

tornando o modelo mais racional e voltado às peculiaridades do setor portuário, permitindo a otimização tanto das funções de administração do porto quanto de gestão dos terminais.

Caso permaneça o foco na área, tal qual ocorre hoje, o setor portuário vai continuar sendo vítima de um engessamento que cristaliza a função portuária no tempo, inibindo novos projetos e novos investimentos, impedindo-se a adaptação dos terminais a novas conjunturas econômicas e a novas oportunidades logísticas.

A partir da possibilidade de variação dos meios (ativos) para atingirem-se os fins (as metas de desempenho dispostas em contrato), com a disposição dos ativos sempre reavaliada, permitir-se-á a adaptabilidade estrutural (ou resiliência) necessária ao atingimento da movimentação mínima contratual (MMC) mesmo na ocorrência de sazonalidades e flutuações periódicas ou ocasionais de demanda, estimulando-se a permanente maximização de áreas e ativos instalados, eventualmente com o emprego de novos equipamentos ou novos padrões logísticos.

Além de inviabilizar o pleno desempenho da função de administração, uma vez que tira das mãos do administrador o poder de gestão pleno sobre a área cedida, o arrendamento atual também vitima os arrendatários, que ficam enclausurados dentro da área cedida, por todo o prazo do contrato, sem incentivo a agregarem valor a seus negócios.

São desincentivados a investir ante a insegurança jurídica presente na construção de novas estruturas de acesso (por exemplo em vias terrestres, dolphins e novos berços na área molhada), novas benfeitorias (para acomodar novas cargas ou passageiros) e incrementos de retroárea, para ganhos de escala exigidos pelas novas embarcações, de maior porte.

Os efeitos da atual patrimonialização vão contra a funcionalização do porto, e podem ser sentidos praticamente em todos os portos públicos do país, por exemplo, quanto ao subinvestimento nas vias de acesso aos terminais, sendo a regra o investimento nos acessos terrestres (rodovias e ferrovias) aos terminais apenas mediante licitação prévia, o que, por sua vez, exige a elaboração de EVTEA e outros documentos, com instâncias de análise e de decisão sobrepostas (administração do porto, agência reguladora, SPU/MPOG, TCU e poder concedente), em um procedimento moroso e de baixo desempenho.

O que leva a um paradoxo, pois, ao mesmo tempo em que as administrações portuárias requerem investimentos privados que possam suprir a crescente demanda por serviços portuários, os terminais, maiores interessados na eficiência do porto, acabam na prática por

serem desincentivados a realizar esses investimentos de forma direta, pelo modelo jurídico hoje em vigor, havendo, ao lado de uma crônica ausência de infraestrutura instalada, também um processo de sucateamento da infraestrutura já existente nos portos públicos.

Esse ambiente institucional contribui para o descarrilamento de trens, quebra de máquinas e, no limite, para incêndios, explosões e outros sinistros, geralmente por dilapidação de ativos ou falta de manutenção adequada.

Isso porque o arrendatário, de regra, não se sentindo integrante de um negócio portuário, mas mero cessionário de infraestrutura pública, não tem incentivos para investir nos ativos públicos a ele disponibilizados, mesmo quando se dispõe a realizar investimentos passíveis de serem amortizados em seu negócio, no fluxo de caixa do próprio contrato de arrendamento.

Pelo contrário, ante a demora de análise ou inviabilidade fática de novos investimentos, acabam os arrendatários por operar em superestrutura inadequada, muitas vezes a partir da utilização de máquinas e equipamentos no limite de suas capacidades operacionais, com graves consequências para o porto.

Ao invés de agir como uma instância captadora de fluxos logísticos e de informação, o porto passa a ser um problema em termos sociais, urbanísticos e ambientais, requerendo constantes intervenções e investimentos por parte do poder público, investimentos esses que poderiam estar sendo feitos pela própria iniciativa privada, no âmbito de seus negócios, caso houvesse segurança jurídica quanto ao retorno financeiro ou reembolso adequado por estas intervenções (preferencialmente não em dinheiro, mas em possibilidade de usufruto dos ativos por um período maior de tempo).

Isso não ocorre de forma imediata, pois, sendo o investimento feito em área pública, eventuais novos investimentos na infraestrutura ou superestrutura do porto só serão justificados aos arrendatários após aprovação específica do Plano de Investimento esperado, havendo, em muitos casos, um acelerado processo de obsolescência e inutilização dos equipamentos instalados, com perdas de eficiência nos serviços prestados, ante a inviabilidade jurídica para esses novos projetos e revitalizações em tempo hábil.

Nesse cenário, os administradores começam a se sentir impotentes frente aos complexos e burocráticos procedimentos impostos pelo atual modelo jurídico, ao mesmo tempo em que os arrendatários passam a arquitetar manobras informais, externas ao sistema, elevando o nível de

conflituosidade e litigância, em um cenário de degradação da aplicação da boa fé objetiva, que deveria pautar as condutas entre administradores e administrados.

Visto por outro viés, as obras de infraestrutura (pontes, viadutos, aterros, vias) em geral, por tenderem à perenidade, acabam por sofrer uma enorme gama de controles pelos órgãos de auditoria, no sentido da qualidade, funcionalidade e economicidade dos ativos a serem construídos.

Nesse contexto, o Estudo de Viabilidade Técnico-Econômica e Ambiental – EVTEA (atualmente regrado pela Resolução ANTAQ 3.220/2014) serve exatamente para isso, sendo um estudo exaustivo no sentido de provar que certa obra é viável em termos técnicos e econômicos.

Essa lógica de viabilidade técnica, econômica e ambiental acabou por ser diretamente transposta para o setor portuário brasileiro, praticamente sem nenhum tipo de adaptação conceitual ou operacional (adaptação, aliás, que foi sugerida pelo TCU em alguns relatórios de auditoria consultados), gerando grande parte da litigiosidade verificada no processo de gestão de um arrendamento, mormente em períodos de crise, tendo em vista a baixa adaptabilidade do modelo legal empregado.

Por ser a lógica portuária absolutamente dinâmica, exige, por consequência, um modelo dinâmico de análise da viabilidade do empreendimento.

Isso porque a construção de uma ponte, um viaduto ou um aterro, em determinada localidade, é presumido se prostrar no tempo, sendo um equipamento público de uso diário da população por um grande período de tempo.

Por isso, os controles aplicáveis, justamente no sentido de garantia de uma obra de qualidade, viabilizada a baixos custos, utilizando padrões técnicos modernos e construída no local e na geometria adequadas, identificadas após estudos exaustivos nesse sentido.

Mas assim não deve necessariamente ser no porto, devendo o planejamento da disposição de áreas determinativo ser substituído pelo indicativo ou situacional, com uma análise da viabilidade do empreendimento em certo local segundo as condições daquele momento (“*rebus sic stantibus*”), abrindo-se espaço para que, a qualquer momento, uma nova reavaliação quanto à funcionalidade aponte para a necessidade de nova alteração no uso da área, eventualmente

por meio da substituição da infraestrutura construída e migração do serviço para outro ponto, a fim de possibilitar um aproveitamento ainda melhor do sítio cedido.

Dito de outra forma, o ideal seria que o planejamento estimasse o valor presente de determinada área enquanto utilizada para determinado fim, mas permitindo o recálculo do valor dessa mesma área, em um período posterior, pós licitação, para outro fim, caso necessário.

De forma que, uma vez demonstrada a maximização de valor (ou ganho econômico, social ou ambiental superior) no uso do local para esse outro fim, estaria, em princípio, autorizada a formulação de uma proposta imediata pela administração ao operador original (e vice versa) no sentido da comutação de áreas para a continuidade do serviço em um outro ponto do porto, o que abriria espaço a uma célere viabilização de um novo empreendimento na área original.

Os órgãos de auditoria, nesse novo contexto, deverão passar a se concentrar justamente na função exercida e na relação custo/benefício do novo empreendimento, ou seja, no efeito atingido por aquela infraestrutura para a movimentação de determinada carga em determinado momento, mantendo-se sempre a possibilidade de reanálise futura quanto à economicidade do novo ativo implantado.

Não quer isso dizer que deva ser o EVTEA abolido ou que a obra deva diminuir sua qualidade técnica e econômica, mas sim que as atividades de auditoria deverão, nesse novo cenário, permitir à administração portuária que lide mais livremente com seus ativos, estimulando-a a analisar e, tanto quanto possível, a atender aos pleitos tanto de armadores quanto dos operadores já instalados, desde que os pedidos apresentem comprovado ganho logístico para o porto.

Assim, embora mantendo-se os objetivos inicialmente avençados (MMC), o planejamento da disposição dos ativos portuários deveria passar a ser visto sempre como provisório, permeável e maleável, voltado a procurar atingir o mais rapidamente possível a maior maximização econômica sobre as áreas portuárias no curto e médio prazos.

Nem sempre de forma definitiva, mas apenas até que outra destinação mais rentável surja para a mesma área no futuro, sem nenhum prejuízo à segurança jurídica sobre a remuneração esperada dos contratos já firmados.

E sem qualquer ameaça à legalidade ou à moralidade administrativa, porque, repita-se, a adaptação é feita para a melhoria dos equipamentos públicos instalados no porto, por meio de

maior abertura sistêmica e agilidade na atração de novos investimentos privados nesses bens públicos.

Como já informado, uma vez que o modelo não trata de um formato de investimento público em área privada, mas no inverso (investimento privado em área e/ou em ativos públicos), por óbvio que o risco de desvio de recursos públicos não tenderá a aumentar no novo formato.

Aliás, revela-se um contra senso o modelo atual, onde arrendatários privados são desestimulados a investirem na dragagem de canais e berços, na melhoria de acessos terrestres e na substituição de equipamentos que aumentariam a rentabilidade de seus negócios, mesmo querendo fazê-lo. E assim, quase todo avanço vai se tornando cada vez mais dependente do erário público, cada vez mais desfalcado.

Reitera-se que não deve haver a imobilização patrimonial dentro do porto, mas sim um esforço permanente de otimização das áreas cedidas, o que significa que a obra realizada, apesar de dever ter a qualidade recomendada, não deve mais ser vista como um ativo eterno, mas sim um ativo que atingirá certo efeito apenas por determinado período de tempo (eventualmente por todo o período do contrato de arrendamento firmado).

Mas podendo vir a ser substituído por outro ativo (ponte, túnel, ferrovia, duto, armazém, silo, esteira, tanque, rodovia, pátio, portêiner, transtêiner, dolfim, cais, berço, molhe e assim por diante), outro meio ou outro arranjo entre esses ativos que atenda melhor à mesma ou a outras cargas (de mesma categoria prevista em contrato), caso seja social, ambiental, econômica e juridicamente viável essa alteração.

Sendo o arrendatário seu parceiro, a administração deveria ter o poder de renegociar os parâmetros e termos inicialmente ajustados com ele, oferecendo propostas e ouvindo sugestões, por meio de um saudável diálogo, consultas públicas e outras formas de interrelacionamento, sempre pautadas nos princípios da supremacia do interesse público, finalidade, legalidade, isonomia, moralidade, economicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, sustentabilidade e demais princípios de direito administrativo e de direito constitucional aplicáveis, com ganhos recíprocos.

O novo tipo de ambiente e de estrutura de governança criados a partir desse modelo de negociação, fundada na boa fé objetiva de ambas as partes, com decisões sempre motivadas, permitindo a análise posterior dos órgãos de controle quanto à economicidade e demais

benefícios trazidos para o porto, além do aumento dos investimentos e dos níveis de eficiência dos serviços, poderia viabilizar ainda uma redução nos índices de conflituosidade hoje existentes nos portos.

E mais. Saindo da posição passiva de mera cedente de áreas, a administração deveria oferecer permanentemente condições de implantação de novos projetos logísticos em sua zona de influência, mantendo uma equipe capacitada e sempre aberta a buscar novos armadores, a estimular novos serviços, a ouvir os pleitos dos operadores já instalados e a avaliar eventuais projetos não operacionais (imobiliários ou arquitetônicos, por exemplo) que se apresentem, desde que sejam úteis socialmente, ambientalmente sustentáveis, e que de alguma forma agreguem valor aos demais negócios do porto ou à comunidade onde o porto está inserido.

No mesmo sentido, todo arrendatário deveria passar a ser entendido como legitimado a investir não só na área cedida mas também em seus acessos, desde que haja ganhos para todo o condomínio portuário, uma vez que a licitação pelo qual passou já o legitima a isso (licitação para a prestação de serviço portuário, repita-se, e não licitação simplesmente para a posse dessa ou daquela área, conforme enfoque do atual modelo de arrendamento).

Pelo novo entendimento, a isonomia foi atendida quando o arrendatário entrou no negócio portuário (e não simplesmente em determinada área) via licitação. E a superioridade do interesse público, por sua vez, é alcançada a partir da permanente otimização no uso do bem público, tarefa buscada por administradores portuários e arrendatários, quando do desempenho de suas funções.

Mas, se a administração passa a permitir ao operador o bônus de construção de novos ativos, que possibilitem o auferimento de maiores lucros, deve passar também a exigir o ônus de que a amortização do investimento seja feita preferencialmente por meio da receita gerada pela própria infraestrutura construída, e não por pedido de reembolso monetário feito à administração (uma vez que o novo modelo prima pelo foco no serviço – que teve seu valor agregado a partir do investimento – e não mais simplesmente no valor da área, do ativo, da obra ou da benfeitoria realizada).

Em outras palavras, a administração do porto poderá vir a autorizar a rápida construção de uma nova estrutura requerida pelo terminal, mas em princípio sem a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro que redunde em pedido de indenização pelo investimento realizado.

Assim, sempre que possível, o concessionário de instalação portuária deverá ter o investimento realizado na nova infraestrutura amortizado pela exploração do próprio novo bem público edificado, pondo fim à elaboração dos complexos cálculos e teses utilizadas na frequente judicialização dos pedidos de reequilíbrio econômico, da forma feita hoje.

Nesse novo tipo de arranjo público / privado todos ganham: o arrendatário/concessionário/operador, por meio da otimização de seu negócio; a administração, que passará a ter um novo (ou melhor) ativo revertido ao porto, quando do termo final do contrato; o armador, com a disponibilização de serviços mais eficientes; o exportador e o importador, com serviços de melhor qualidade a custos menores (ante as economias de escala eventualmente geradas); a comunidade, com projetos logísticos mais avançados, abrindo espaço a cargas de maior valor ou com menos impactos ao ambiente; o Estado, por meio do aumento da arrecadação, derivada desses novos empreendimentos; e o trabalhador, tendo em vista ser necessária maior capacitação da mão de obra local para a gestão desses novos projetos.

Infelizmente essa nossa linha de argumentação não foi seguida pelos redatores da reforma portuária, vindo a nova Lei dos Portos a continuar imobilizando a gestão do porto, por meio da permanência do foco no modelo de arrendamento, que acabou agora, pela Nova Lei, se confundindo com o de concessão (tida não como concessão de serviço de operação, mas como um novo formato para a cessão de área, paralelo ao modelo de arrendamento).

De forma que, já havendo passado em vão a oportunidade de uma modificação legal na forma de exploração dos terminais (de cessão de área para prestação de serviço público), torna-se necessário agora utilizar os institutos já existentes na Lei 12.815/2013 e em seu decreto regulamentador, mas em uma nova roupagem, que aproxime o regime de arrendamento do conceito de serviço público de operação portuária, a fim de que sejam, na prática, atingidos os mesmos efeitos de foco no serviço, e não mais no ativo utilizado para o serviço.

Nesse sentido, aderindo aos conceitos já dispostos na Nova Lei dos Portos e em seu decreto regulamentador, novas cláusulas poderiam ser integradas aos novos contratos a serem firmados, para, sem modificação desses diplomas legais, ser implantada essa nova modalidade de arrendamento, a fim de alcançar-se o mesmo fim de desburocratizar-se a gestão portuária, realçando o papel da administração do porto como efetiva gestora dos ativos portuários (*landlord*), em sucessão ao atual modelo em vigor.

## **5 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE COMPETIÇÃO**

Superada a visão de oposição entre os regimes público e privado, havendo diversas aproximações entre ambos os institutos em novas estruturas jurídicas e novos modelos de governança criados a cada dia em todo o mundo, pode-se dizer que a regra hoje é a prestação de serviços públicos em regime de competição, o que abre espaço para a competição entre portos privados e públicos, baseada não só em tarifas mas também em diferenciação de serviços.

Os serviços públicos, no atual estágio do direito constitucional e do direito administrativo no Brasil, devem ser vistos como uma atividade a ser prestada ou garantida pelo Estado sem qualquer regime de exclusividade ou de privilégio. O regime jurídico dos serviços públicos não significa prerrogativas, mas sim deveres. Deveres de prestação universal, de modicidade no acesso e de continuidade, os quais podem, sem qualquer óbice, ser alcançados em um ambiente de livre iniciativa e livre concorrência, como demonstra, de forma evidente, a realidade em que vivemos. (SCHIRATO, 2011)

Supremacia do interesse público não significa supremacia ou superioridade da administração pública, devendo o arrendatário ser visto como um parceiro no negócio portuário, e não um subordinado da administração. Nesse contexto, o modelo de exploração dos terminais deve servir para viabilizar, apoiar e permitir o desenvolvimento de estratégias de expansão dos negócios tanto dos arrendatários quanto das administrações portuárias públicas, que agora atuam no regime de concorrência com os terminais privados.

### **5.1 MONOPÓLIO NATURAL E MONOPÓLIO JURÍDICO**

Para Nester (2006) o conceito de monopólio natural demonstra uma situação na qual uma única empresa pode suprir um determinado mercado a custos menores do que se o mercado fosse suprido por duas ou mais empresas. Isso ocorreria pois os custos despendidos para o desenvolvimento dessa atividade seriam menores se uma só empresa a estiver exercendo.

Essa situação coincide com as chamadas economias de escala, nas quais o custo unitário médio de produção diminui conforme a produção aumenta.

Em decorrência do que restou demonstrado nos tópicos anteriores, vê-se que a distinção primordial entre os monopólios jurídicos e os monopólios naturais consistiria no fato de que os monopólios jurídicos seriam decorrentes de determinação expressa do ordenamento jurídico,

enquanto os monopólios naturais seriam decorrência de uma situação de fato, que envolveria elementos de índole econômica, ambiental e urbanística que inviabilizariam a exploração da atividade por múltiplos agentes econômicos. (SCHIRATO, 2011)

Para Tácito (2005) no monopólio de fato o monopolizador adquire a qualidade por ato próprio, fundada em condições peculiares de poder econômico ou de tecnologia privilegiada, tendentes a excluir a concorrência de terceiros. Já no monopólio de direito, é a lei que torna privativa do Estado a atividade econômica, emitindo ato de vedação da concorrência, declarada ilícita.

O porto pode ser visto como um monopólio natural regulado, em função do enfoque já exposto, segundo o qual muitas vezes é possível ou adequada a existência de apenas um porto ou terminal em determinada região da costa, o que torna este ativo um bem escasso, sendo necessário, portanto, o estabelecimento de regras de acesso isonômico ao mercado e de atendimento universal e não discriminatório de todos os interessados na movimentação de cargas naquele ativo, tarifas reguladas etc, ou seja, tornando necessária a regulação daquele monopólio natural.

Em termos econômicos não existe amparo na construção de 10 ou 20 aeroportos em uma cidade média, tendo em vista o alto custo na construção e implantação de acessos terrestres, estacionamentos, pistas de pouso, hangares, radares e serviços de tancagem, o que remete à conveniência de concentração de mais e mais empresas operando em uma ou duas pistas em um mesmo aeroporto.

Da mesma forma, a área portuária também deve ser concentrada e otimizada (e não pulverizada) em determinada região, até o atingimento de seu limite de agregação de valor, dada pelo custo marginal de implantação de outro porto em sua vizinhança (com novo canal de acesso, novas dutovias, rodovias, ferrovias, berços e assim por diante).

Em termos jurídicos a visão de monopólio legal decorria da impossibilidade de movimentação de cargas de terceiros pelos TUP Exclusivos.

De forma que os terminais instalados em portos públicos, após prévias “licitações de arrendamento”, eram agentes exclusivos – ou monopolistas - na prestação desse tipo de serviço em determinada região, segundo o tipo de carga e demais condicionantes previstos nos contratos regulados de arrendamento.

Visando à atração de investimentos privados no aumento de infraestrutura portuária, a fim de dinamizar as exportações do país, a Lei 12.815/2013 apresentou como traço marcante a

liberação dos TUP, antes limitados ao atendimento de carga própria, para a movimentação de qualquer tipo de carga, própria ou de terceiros, sem qualquer restrição.

O novo modelo portuário acabou então por marcar a passagem do antigo regime de monopólio regulado e de monopólio legal (estabelecidos pela Lei 8.630/93) para um regime de livre competição, passando os terminais privados a competirem entre si e também com os terminais arrendados (existentes em portos públicos) na prestação do serviço de movimentação (transbordo) de qualquer tipo de carga.

Esse novo arranjo, no entanto, sofreu questionamentos, sendo as principais críticas lançadas ao formato escolhido de liberação dos TUP para movimentação de qualquer tipo de carga. As principais críticas decorreram de duas ordens de motivos.

Em primeiro lugar, como o setor portuário apresenta as características de monopólio natural mencionadas, o eventual aumento de capacidade do sistema não deveria ser buscado imediatamente a partir da proliferação irrestrita de estruturas de transbordo, a que a liberação dos TUP levaria, mas sim por meio, em um primeiro momento, da otimização da infraestrutura já instalada, principalmente nos terminais já existentes e em operação dentro dos portos públicos, para, só então, posteriormente, buscar-se um aumento de infraestrutura nos TUP, fora dos portos públicos.

Isso porque, já havendo toda a infraestrutura de acesso (rodovias, ferrovias, pontes, dutos etc) implantada nos portos públicos, seria mais conveniente a geração de eficiência por meio do ganho de escala (a partir de dragagens de aprofundamento, aumento de berços, áreas de transbordo e retroáreas, por exemplo) e maximização no uso dos ativos neles implantados (principalmente quanto à melhoria dos equipamentos componentes da superestrutura dos terminais), do que promover um estímulo à proliferação de estruturas de transbordo fora dos portos públicos (TUP).

Por esse entendimento, não seria correta a aplicação de princípios de um regime de competição atomística (disponibilidade de mais ativos, de menor capacidade) em um setor de monopólio (que demanda, em primeiro lugar, o aumento de escala e de eficiência, a fim de reduzir custos por unidade de medida).

Ainda, por esta visão, não há garantia de que o aumento do número de TUP, por si só, reduziria as tarifas cobradas dos armadores e embarcadores, ante o alto custo de implantação dos novos

portos (principalmente quanto às dragagens de canal, construção de infraestrutura de transbordo e interconexão às redes de acesso da região), podendo vir a acontecer um aumento de oferta de serviços portuários seguido do aumento dos custos praticados no setor, em decorrência da necessidade de amortização do alto valor das novas infraestruturas instaladas.

Em sentido inverso, pelo modelo de concessão inicialmente proposto, um ente central planejador (na função de poder concedente) deveria dispor em *master plans* e também no Plano Geral de Outorgas – PGO a capacidade ideal demandada para expansão do sistema, em cada um dos portos e em cada uma das zonas portuárias, respectivamente, por meio da compatibilização das curvas de oferta e demanda estimada para todas as regiões do país.

Licitações deveriam então ser abertas para que a prestação dos serviços de administração e operação portuária viessem a atender a essa demanda pelos entes privados interessados.

Mas, ao abrir os TUP para movimentação de qualquer tipo de carga, o órgão central planejador acabou perdendo o controle sobre o aumento de oferta de serviço portuário, podendo haver o risco de uma rápida migração de um cenário de falta de capacidade para um cenário de sobreoferta de capacidade portuária, quadro tão deletério em termos econômicos quanto o primeiro, ante a frustração da receita mínima (taxa interna de retorno - TIR) esperada para os novos empreendimentos.

Esse fenômeno, com efeito, já ocorrera alguns anos antes, no setor elétrico, que teve a geração por fonte termelétrica excessivamente estimulada no período da crise, vindo a receita desses novos projetos a ser frustrada no período “pós apagão”, em decorrência de novos hábitos mais racionais de consumo terem se espalhado pelos mercados consumidores, demorando alguns anos para a demanda de energia retornar aos níveis do período “pré apagão”, e só a partir daí justificando-se o investimento realizado no aumento de oferta a partir desses novos projetos.

De qualquer forma, a opção pela abertura irrestrita dos TUP a novas cargas foi mantida, mesmo com esses riscos, ante a necessidade de provimento imediato de infraestruturas de transbordo necessárias à indústria e ao agronegócio do país.

A segunda ordem de críticas vai no sentido de que a concentração de poder nos órgãos centrais (poder concedente e agência reguladora) estaria levando a uma perda de eficiência no setor.

A concentração do planejamento (e não da gestão) em um único órgão é necessária para a geração de previsibilidade e coerência na expansão do sistema.

Nesse sentido, por exemplo, um órgão planejador (que veio a se tornar a Empresa de Planejamento e Logística - EPL) deveria ter condições de estimar qual o traçado ideal de uma ferrovia e a qual porto ela se destina, planejando também, por consequência, a capacidade efetiva ideal dos terminais que passariam a embarcar essa carga (seja ela, por exemplo, granel sólido ou carga geral containerizada, no caso da ferrovia, ou granel líquido, muito comum nas dutovias).

Por isso também realizou-se um reposicionamento nas funções de regulação e fiscalização da ANTAQ, órgão que passou a licitar em bloco a expansão do sistema, assim como o faz, de forma também centralizada e padronizada, a ANEEL no setor elétrico, a ANATEL no setor de telecomunicações e a ANP no setor de petróleo e gás.

De forma que, se no antigo modelo o planejamento da expansão do sistema era feito diretamente pelas administrações portuárias locais, ditas “autoridades portuárias”, que emitiam sinais muitas vezes inadequados para a busca de cargas a milhares de quilômetros, e em modal inadequado de transporte (de regra, o rodoviário), agora o planejamento passa a ser feito de forma coordenada pelo Ministério dos Transportes e Empresa de Planejamento e Logística – EPL - no que se refere ao dimensionamento dos acessos terrestres para as novas concessões e licitações de arrendamento de áreas dentro dos portos públicos.

Assim como as ferrovias e rodovias no setor de transportes, as linhas de transmissão e de distribuição do setor elétrico também apresentam características de monopólio natural, devendo haver um planejamento adequado do nível de expansão desse setor, previsibilidade de regras de acesso a essas *essential facilities*, tarifas reguladas e outros temas inerentes à regulação de monopólios, planejamento esse hoje de responsabilidade da Empresa de Pesquisa Energética – EPE, em conjunto com o Ministério de Minas e Energia e ANEEL, a agência reguladora daquele setor.

No mesmo sentido, a necessidade de concentração do planejamento (principalmente quanto aos acessos terrestres) em um órgão central decorre diretamente da regulação de monopólios (natural e legal), sendo necessário calibrar-se o volume de carga passível de ser transportado para os portos (especialmente nos modais ferroviário, rodoviário e dutoviário) com a capacidade suportada pelos terminais, o que, por sua vez, depende diretamente da profundidade do canal de acesso e berços (que podem vir a ser eventualmente aprofundados, permitindo a atracação de navios maiores e, por consequência, gerando maiores economias de escala).

Mas em nenhum momento foi defendido o enfraquecimento institucional das administrações portuárias.

Pelo contrário, os autores da reforma buscaram introduzir novos mecanismos de governança, a fim de orientarem essas empresas ao mercado, para que pudessem cumprir suas funções institucionais de forma eficiente.

De forma que se desvirtua dos objetivos da nova reforma portuária proporcionada pela Lei 12.815/2013 qualquer tentativa de transferência de poderes de gestão das administrações portuárias para o poder concedente e ANTAQ, por ser da essência do setor a autonomia gerencial das administrações portuárias, no seu papel de atração de negócios, maximização de áreas e exercício da função de síndica do condomínio de empresas privadas que atuam junto aos portos organizados.

Nesse sentido, a reforma objetivou construir (EPL, CONAPORTOS etc) ou reestruturar (poder concedente, ANTAQ, CONIT etc) instâncias públicas com o objetivo de apoiar as autoridades portuárias públicas, mas não com o objetivo de retirar delas os necessários poderes de gestão dos condomínios portuários, como parece estar ocorrendo hoje.

Com efeito, as instâncias centrais devem apoiar, e não burocratizar ainda mais, o exercício das funções desempenhadas junto aos portos organizados.

## **5.2 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COM ASSIMETRIA DE REGIMES**

As atividades constituídas pelo ordenamento jurídico como serviço público poderão, em regra, ser também exploradas pelos particulares em regime privado, fazendo clara concorrência aos serviços públicos. Tal cenário não traz qualquer prejuízo ou de qualquer forma põe em risco a noção de serviço público, porque permanecerá a obrigação estatal de prestar ou garantir a prestação da atividade. Apenas é admitido que os usuários dos serviços públicos tenham a opção de receber a atividade do Estado (ou de seu delegatário), ou de um outro particular que ofereça a mesma atividade em outro regime jurídico diverso do serviço público. (SCHIRATO, 2011)

A possibilidade jurídica de grandes usuários construírem instalações portuárias de uso privativo demonstra inexistência de qualquer exclusividade na exploração dos serviços públicos portuários. Logo, não obstante não se configurar propriamente como um mecanismo de concorrência, pois não importa no oferecimento de utilidade materialmente fungível, é fato que

comprova o quanto aqui se procura demonstrar, no sentido de não existir exclusividade com relação à prestação dos serviços públicos. (SCHIRATO, 2011)

Por meio desses comentários, proferidos antes da elaboração da Nova Lei dos Portos, Schirato (2011) parece ter se antecipado à decisão política adotada logo após, no sentido de efetivamente liberar a movimentação de qualquer tipo de carga pelos terminais privados, instaurando um quadro de concorrência assimétrica no setor portuário.

A partir dessa concorrência existente em meio a regimes jurídicos diversos, se é certo que os TUP têm maior agilidade na gestão, decorrente de um modelo jurídico livre da necessidade de licitação para acesso ao mercado, da presença de Organismo Gestor de Mão de Obra - OGMO ou da existência de Conselho de Autoridade Portuária - CAP, guarda portuária ou administração portuária fiscalizando seus serviços, também é certo que os terminais privados que se instalaram via licitação de arrendamento de áreas dentro dos portos organizados, embora submetidos a todos esses institutos, já encontraram toda a infraestrutura (e geralmente também a superestrutura) instalada quando da entrada em suas instalações, otimizando suas funções.

De forma que, embora o novo modelo portuário tenha institucionalizado um quadro de prestação de serviço público com assimetria de regimes, isto não significa, de forma automática, que o novo cenário implicou a criação de desvantagens ou desequilíbrios anticompetitivos decorrentes do regime jurídico dos terminais instalados dentro ou fora dos portos públicos.

Nesse sentido, o complexo regime concorrencial instaurado apenas reflete a complexidade dos modelos legais de exploração aplicados ao setor (autorização, delegação, concessão e arrendamento).

Esse cenário multifacetado implicará o desenvolvimento de novas estratégias competitivas por parte dos atores envolvidos, no sentido de eventual geração de vantagens competitivas, sem necessariamente essas condutas significarem manobras ilícitas ou anticompetitivas.

## **6 CRISE E SUPERAÇÃO DO ATUAL MODELO DE ARRENDAMENTO**

Como observado por Justen Filho, o modelo de arrendamento apresenta um defeito técnico, por pressupor a delegação de um serviço público (no caso, portuário) por meio da mera cessão de área operacional.

E esse defeito acabou por contaminar também o instituto da concessão, uma vez que a Nova Lei dos Portos não tratou da concessão de serviço público, mas sim da concessão de bem público, o que significa que acabou por confundir-se a concessão com a cessão de área pública, também pressupondo a delegação do serviço de movimentação de cargas e transbordo pela mera cessão de bens públicos.

Como regra, não se utiliza a concessão do uso de bem público quando o objeto da atividade a ser nele desenvolvida for a prestação de serviço público. Quando menos, teria de reconhecer-se a existência de dois vínculos jurídicos distintos e inconfundíveis. Se um sujeito desempenhará serviço público por delegação do Estado, a via adequada é a delegação de serviço público. Não se produz a delegação da prestação de serviço público pela pura e simples concessão de uso de bem público. No entanto, é possível a cumulação dos dois institutos, ainda que de modo implícito e inominado. Aliás, é perfeitamente possível que a cessão do bem público seja vínculo jurídico acessório e instrumental para a concessão de serviço público. A situação até poderia ser explicitamente prevista, mas não se pode afastar o risco de equivocada denominação formal. (JUSTEN FILHO, 2003)

Considere-se, para melhor compreender, a questão da evolução das concessões para geração de energia elétrica. Na sua origem, a geração de energia elétrica fazia-se por meio do aproveitamento de potenciais hidráulicos, de propriedade pública. Por outro lado, o transporte e distribuição da energia elétrica pressupunham a utilização de vias públicas para alocação de postes e outros aparatos. Era usual, então, que a situação jurídica do concessionário fosse traduzida numa concessão de uso de bens públicos. Mesmo na atualidade, tem sido usual promover-se concessão do uso de bens públicos para hipóteses em que o particular assumirá o dever de gerar energia elétrica a partir de potenciais hidráulicos públicos. Rigorosamente, a cessão de uso do bem público é mera condição para o desempenho do serviço público. O vínculo jurídico existente, nesses casos, deve ser qualificado corretamente, ignorando-se a denominação formal adotada. (JUSTEN FILHO, 2003)

Um outro exemplo. O Estado poderia vir a conceder o uso de determinada rede inativa de fibra óptica de telecomunicações, ou cabos abandonados instalados em postes inativos, vindo determinada empresa a se assenhorar desses ativos, mediante o pagamento de determinado valor.

Mas outra relação jurídica se instalaria se, um dia após a posse desses bens, viesse essa mesma empresa a comercializar o serviço de transmissão de dados telemáticos por meio da rede de fibra óptica, ou o serviço de transmissão de energia pelos fios abandonados, sendo evidente, nesses casos, a necessidade de um título adequado (autorização, permissão ou concessão de serviço público) para a prestação desses serviços regulados a terceiros, de forma remunerada, não sendo adequado para tanto a mera cessão dos ativos públicos (que não dão, por si mesmos, o acesso direto à prestação de serviços públicos).

O mesmo tipo de distorção ocorre no setor portuário, havendo a Nova Lei dos Portos incorretamente embutido na mera concessão de uso de bem público e no arrendamento de área portuária a possibilidade de o concessionário ou arrendatário passarem a prestar serviço regulado de movimentação de cargas a terceiros, de forma remunerada.

O maior inconveniente desse tipo de delegação, no caso do setor portuário, vem a ser a imobilização patrimonial que ele gera. Com efeito, por não ter sido delegada formalmente a prestação do serviço público portuário, mas apenas a área, as atividades a serem prestadas, por evidente, deverão se restringir exatamente aos limites da área cedida (objeto da licitação), sob pena de usurpação posterior do processo de cessão realizado pelo certame licitatório, como amplamente demonstrado em diversas decisões do TCU analisadas.

Passa-se a detalhar a partir de agora as consequências da utilização dessa forma inadequada de delegação de serviço, a fim de que se formule na sequência uma maneira prática e original de se corrigir essa distorção.

## **6.1 CRÍTICA AO MODELO DE CONCESSÃO DE BEM PÚBLICO**

O art. 2º da Nova Lei dos Portos definiu no inciso IX a concessão como a “cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado” e no inciso XI o arrendamento como a “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado”. (BRASIL, 2013)

Ou seja, pela definição legal o foco está no ativo cedido e não no serviço público prestado, sendo o arrendamento uma modalidade de subconcessão, uma vez que a concessão será a modalidade de delegação realizada para o porto organizado, enquanto o arrendamento será realizada para infraestrutura pública (ou instalação portuária) localizada dentro do porto organizado.

Porém, ao regulamentar a lei, o enfoque passou a ser a função exercida, sendo implantado um modelo onde o objeto do contrato de concessão pudesse abranger (nos termos dos incisos do art. 20 do Decreto 8.033/2013):

*“I – o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias;”*

Refere-se esse primeiro caso à chamada *master concession* ou concessão cheia, hipótese onde o titular de concessão de exploração de porto existente ou a ser construído poderá também realizar o serviço de operação portuária, por meio da exploração direta dos terminais.

*“II – o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta;”*

Seria esse segundo caso o que convencionou-se chamar concessão fracionada, sendo a hipótese na qual o concessionário poderá realizar atividades típicas da administração portuária, tais como o controle de acessos terrestres e marítimos, a guarda portuária e a função de síndica do condomínio privado de empresas que formam o porto, mas sendo-lhe vedada a exploração direta dos terminais, ou seja, a faculdade de agir como operador, realizando operações de transbordo.

*“III – o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.”*

Disciplina, por fim, essa terceira hipótese, a possibilidade de fracionamento dos serviços típicos prestados pela administração portuária, podendo, em tese, haver uma concessão para os serviços de dragagem, ou do serviço de administração do canal de acesso, ou dos acessos terrestres (ferroviários ou rodoviários), a administração de pátios de estacionamento ou *truck centers*, serviços de hotelaria, de telecomunicações, de controle de dados, restaurantes etc, mas estando excluídas as funções efetivas de movimentação de carga ou operação portuária (“vedada a exploração das instalações”).

Esse formato não representa a melhor técnica, por desnaturar a lógica do modelo *landlord*. Com efeito, os acessos terrestres (rodovias, ferrovias, dutovias etc) devem ser geridos em conjunto com os acessos marítimos (o que envolve dragagem, balizamento do canal de acesso etc), a fim de gerarem funcionalidade sistêmica ao porto.

Em termos logísticos, a chegada de caminhões e trens, por exemplo, deve ser sincronizada com a chegada dos navios, a fim de otimizar-se as atividades de armazenagem e transbordo de cargas.

No sentido inverso, ao tentar fracionar o gerenciamento dessas funções, perde-se a visão do todo, reduzindo-se a funcionalidade sistêmica de todo o arranjo, com impacto nos níveis de desempenho.

Por isso, se o governo tiver a intenção de delegar certas atividades portuária para a iniciativa privada, deveria delegar em bloco, sendo o ideal a delegação de todos os serviços inerentes à administração portuária, gerando assim a receita necessária ao concessionário para a gestão de seu negócio.

Assim, se a intenção é delegar o gerenciamento do canal de acesso ao ente privado, deveria passar todo o serviço de administração portuária, o que inclui também o gerenciamento dos acessos terrestres, para que se possa sincronizar os fluxos logísticos terrestres e também em área molhada.

Pelo contrário, ao delegar o gerenciamento de certas áreas (como o canal de acesso) de forma autônoma, o governo vai travando a atividade de administração portuária, pois o foco deveria ser na regulação do serviço e não da área.

Na sequência os órgãos de controle começam a criar novos controles sobre a área, e não sobre o serviço prestado, tornando ainda mais engessada a gestão dos portos.

Veja-se então que novos erros poderão ser cometidos, no sentido de patrimonialização, ao invés de funcionalização dos serviços portuários, com impactos sobre as Companhias Docas, que passam a cada vez terem menos serviços a gerenciar, de forma diversa, por exemplo, ao que se pode ver na autoridade portuária de Roterdã, Cingapura ou Shanghai (dentre outras), que possuem dragas próprias e equipe capacitada para a atividade contínua de manutenção (ou mesmo aprofundamento) dos canais de acesso e berços, a fim de gerar competitividade aos terminais.

A proliferação de contratos para serviços diversos, além de não gerar o cadenciamento logístico inerente à função de administração do porto, acaba também por aumentar os riscos associados à existência do próprio condomínio portuário.

Com efeito, passando os serviços de dragagem, gerenciamento de acessos terrestres e de outras utilidades a serem delegados à iniciativa privada por meio de contratos administrativos distintos, o risco de descontinuidade ou interrupções para o desempenho de qualquer um desses serviços aumenta, acabando-se por diminuir o interesse dos operadores privados em integrar o condomínio portuário público, passando a preferir integrar os condomínios privados existentes nos TUP, onde o regime jurídico de direito privado é bem mais adequado e célere para o trato de questões gerenciais.

O argumento de escassez de recursos públicos, utilizado como justificativa para o esvaziamento das funções exercidas pelas Companhias Docas, também não procede.

Isso porque, em havendo interesse na delegação por concessão das atividades de administração portuária à iniciativa privada, o governo pode utilizar o critério de maior valor de outorga e, com os recursos obtidos com esses certames, ir saneando os pesados passivos trabalhistas e previdenciários (da Portus, previdência complementar dos trabalhadores portuários) que apresentam estas empresas, antes de delegar suas atividades à iniciativa privada.

Seguindo o mesmo formato previsto na Nova Lei dos Portos, o art. 20 do Decreto 8.033/2013 acabou também muito mais por confundir que por esclarecer as modalidades de serviços portuários passíveis de delegação por concessão.

Isso porque a divisão entre as “funções de administração do porto” nem sempre podem ser bem separadas das funções que podem ser desempenhadas pelas “instalações portuárias” (terminais arrendados), havendo diversas possibilidades de sobreposição ou confusão entre elas.

Aliás, nesse sentido, os ativos (prédios, berços, cais, armazéns etc) pertencentes às administrações portuárias não seriam exemplos de “instalações portuárias”? Por que não?

E mesmo que essa divisão possa vir a ser feita em determinado porto, não seria teoricamente possível supor a necessidade ou viabilidade de cessão de mais ativos públicos (um silo, por exemplo) para arrendatários privados no futuro, passando funções públicas passarem a ser realizadas pelas “instalações portuárias”?

Infelizmente, pelo formato atual do decreto, uma vez cedida certa área pública, tornar-se-á praticamente impossível, na prática, a alteração dessa área para outra forma geométrica no futuro, ou ainda a comutação de um ativo (como um silo) público de pequenas dimensões (pouca capacidade estática) por outro, privado, de grandes dimensões, existente em outro ponto do porto, mesmo que altamente necessária ou lucrativa esta reconfiguração para a administração portuária, uma vez que o que se delega hoje é certa área e certo ativo e não as funções por eles desempenhadas...

De forma que, por mais esses motivos (imprecisão conceitual e terminológica, além do travamento gerencial), o ideal teria sido regularem-se as funções (de administração ou operação) e não os ativos utilizados para esses serviços (instalações das administrações portuárias ou dos arrendatários privados).

Em síntese, sendo regulados quase em sua totalidade pelos mesmos artigos da Lei 12.815/2013 e decreto, os institutos se diferenciam pelo fato de ter sido a concessão pensada para a delegação dos serviços de administração do porto à iniciativa privada, sejam esses serviços a totalidade ou parte dos serviços prestados.

Já o arrendamento seria aplicado à delegação para exploração direta da área interna do porto pelos titulares de terminais privados, sob a coordenação de uma administração portuária pública.

Especificamente quanto ao arrendamento, vale o mesmo raciocínio já exposto para a concessão. Ao invés de regular-se a área (concessão para porto e arrendamento para instalação portuária) o ideal teria sido regular-se a função, substituindo-se o arrendamento pela “concessão de serviço público de operação”, paralela à “concessão do serviço de administração portuária”, que é a segunda função exercida nos portos, da forma como propusemos na ocasião.

Esse formato permitiria a alteração imediata do objeto da concessão, de “cessão de área” portuária para “prestação de serviço de operação portuária”, sendo a área apenas um dos ativos desse serviço, que passaria a ser prestado de forma mais flexível, dentro do porto.

As nuances dessa proposta, porém, não foram bem compreendidas, permanecendo-se a regular o instituto por arrendamento, da mesma forma feita sob a égide da Lei 8.630/93, antiga Lei dos Portos.

E agora de uma forma um pouco mais travada, eis que, ao perderem o poder de licitar os arrendamentos, as administrações portuárias acabaram, infelizmente, por perderem também o poder de gestão sobre estas áreas (que aos poucos foi passando para a agência reguladora e poder concedente), desnaturando completamente o conceito de “função *landlord*”.

De efetivas administradoras dos portos as Companhias Docas acabaram por ter funções meramente opinativas sobre as atividades desempenhadas pelos terminais em área pública.

E não se pode regular agora esse formato de concessão de serviço (de administração ou de operação) com esquite direto na Lei 8.987/91, Lei de Concessões, tendo em vista o princípio da especialidade, que disciplina ser a norma especial (Nova Lei dos Portos) de aplicação prioritária em relação à norma geral (Lei Geral das Concessões).

De forma que se propõe neste estudo a afetação direta do próprio regime de arrendamento ao conceito de concessão de serviço, a fim de gerar-se ao arrendamento portuário o destravamento patrimonial típico das concessões de serviço público, nos mesmos moldes da proposta de “concessão do serviço público de operação portuária”, que formulamos ao governo no passado.

## **6.2 NOVA GOVERNANÇA PORTUÁRIA: ADMINISTRAÇÃO EMPREENDEDORA**

Sorgenfrei (2013) informa que há quatro funções básicas desempenhadas pela autoridade portuária, quais sejam: *landlord*, regulador, operador e gerente do condomínio.

A função *landlord* pode ser considerada como a principal. Embora muitas autoridades não sejam proprietárias das terras sob sua jurisdição, à maioria delas foi dada a atribuição legal de arrendar ou alugar imóveis ou infraestruturas específicas, como cais e terminais, às partes interessadas. (SORGENFREI, 2013)

Em adição a essas funções, Verhoeven (2011) identificou três tipos básicos de autoridades portuárias, de acordo com seu comportamento negocial. Essa tipologia é dada na Figura 6.1, a partir de nossa tradução, conforme texto original apresentado por este autor em relatório da ESPO, Organização dos Portos Europeus.

	Conservadora	Facilitadora	Empreendedora
Landlord	<p>“Gerente” imobiliária passiva, voltada:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- à continuidade e manutenção;</li> <li>- a empreendimentos deixados ao governo e iniciativa privada;</li> <li>- à receita financeira imobiliária em bases tarifárias.</li> </ul>	<p>“Corretora” imobiliária ativa, voltada:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- à continuidade, manutenção e melhoria;</li> <li>- a corretor e coinvestidor;</li> <li>- a incluir corretagem urbana e ambiental;</li> <li>- à receita financeira imobiliária em bases comerciais.</li> <li>- a mediar relações comerciais B2B entre prestadores de serviços e clientes portuários;</li> <li>- a parcerias estratégicas com portos fluviais, portos secos e em outros portos marítimos.</li> </ul>	<p>“Incorporadora” imobiliária ativa, voltada:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- à continuidade, manutenção e melhoria;</li> <li>- a investidor direto;</li> <li>- a incluir incorporação imobiliária de projetos urbanos e ambientais;</li> <li>- à receita financeira imobiliária em bases comerciais;</li> <li>- à receita financeira por atividades não operacionais;</li> <li>- a negociações comerciais B2B diretas com clientes portuários – busca ativa por nichos de mercado;</li> <li>- a investimento direto em portos fluviais, portos secos e em outros portos marítimos.</li> </ul>
Regulador	<p>Aplicação passiva e fiscalização com base em regulação criada por outros órgãos;</p> <p>Receita financeira de assuntos regulatórios em base tarifária.</p>	<p>Aplicação ativa e fiscalização de regulamentos por meio de cooperação com agências reguladoras locais, regionais e nacionais, acrescida da emissão de regras e regulamentos próprios;</p> <p>Provê assistência à comunidade portuária, a fim de cumprir as leis e regulamentos;</p> <p>Receita financeira de assuntos regulatórios em base tarifária, com diferentes opções de cobrança, para a sustentabilidade do porto.</p>	<p>Idem à anterior;</p> <p>Idem à anterior, acrescida da venda de expertise e ferramentas fora do porto;</p> <p>Receita financeira de assuntos regulatórios em base comercial.</p>
Operador	<p>Aplicação automática da política pública do contrato de concessão (emissão de licença para janela de atracação).</p>	<p>Aplicação dinâmica da política pública do contrato de concessão, em combinação com corretor imobiliário;</p> <p>“Líder de insatisfação”, no que se refere ao desempenho dos provedores privados de serviços portuários;</p> <p>Presta serviços de interesse econômico geral e serviços comerciais especializados.</p>	<p>Aplicação dinâmica da política pública do contrato de concessão, em combinação com incorporador imobiliário;</p> <p>Acionista em provedores privados de serviços portuários;</p> <p>Presta serviços de interesse econômico geral, assim como serviços comerciais;</p> <p>Presta serviços em outros portos.</p>
Gerente Comunitário	<p>Não desenvolvida</p>	<p>Dimensão econômica:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- resolve gargalos na hinterlândia;</li> <li>- provê treinamento e capacitação;</li> <li>- provê serviços de TI;</li> <li>- promoção comercial e <i>marketing</i>;</li> <li>- promove seus interesses nas esferas governamentais (<i>lobbying</i>).</li> </ul>	<p>Idem ao anterior, mas a dimensão econômica tem mais envolvimento comercial direto.</p>
Dimensão geográfica	<p>Local</p>	<p>Local e regional</p>	<p>Local/Regional/Global</p>

Figura 6.1: Tipologia das autoridades portuárias (ESPO, 2011)

O objetivo de uma autoridade portuária é exercer a jurisdição em dado território e prover e desenvolver a infraestrutura necessária dessa unidade econômica e funcional. A base legal dessa unidade é uma legislação especial portuária que preveja o status legal para a autoridade. Os poderes e deveres de uma autoridade portuária relacionados com o gerenciamento de áreas requerem atenção específica em uma legislação portuária. (SORGENFREI, 2013)

A atenção especial deve ser dada e finalmente ser expressa à regulação da propriedade e uso das áreas portuárias. Os poderes de agir como *landlord* podem necessitar serem especificamente elaborados, assim como as limitações a esses poderes. A legislação portuária deve especificar as exatas responsabilidades da autoridade portuária e dos demais órgãos estatais com respeito aos investimentos na infraestrutura operacional básica, acessos rodoviários, marítimos e ferroviários, assim como as conexões com a hinterlândia. (SORGENFREI, 2013)

Pela Constituição Federal brasileira, cabe à União explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, f), sendo de sua competência privativa legislar sobre o regime dos portos (nos termos do art. 22, X).

No Brasil, os portos públicos são de propriedade da União, não estando estas áreas sujeitas a venda, como em alguns países europeus, podendo, entretanto, sua gestão ser objeto de concessão, por certo prazo, e segundo as diretrizes da União, nos termos expostos nos editais de licitação e respectivos contratos de concessão.

Já as propriedades privadas com projeção em área molhada poderão ser objeto de autorização, para que assumam a categoria de Terminais Privados - TUP ou Estações de Transbordo de Carga – ETC, conforme o caso. A análise do modelo de ETC, cada vez mais em desuso, não é objeto do presente trabalho.

Se levar-se em conta a classificação de Verhoeven (2011), conforme gráfico disposto acima, na função *landlord* os portos brasileiros teriam um perfil conservador, sendo “gerentes” imobiliários passivos, voltados à continuidade das operações e manutenção dos ativos; com empreendimentos imobiliários deixados ao governo e iniciativa privada, havendo a percepção eventual de algumas receitas financeiras imobiliárias em bases tarifárias e não negociais.

Em termos regulatórios, embora tendo a incumbência de elaborar os Planos de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ portuários, as administrações portuárias se limitam à

aplicação passiva ou fiscalização de metas com base em regulação criada por outros órgãos, em especial Secretaria de Portos, ANTAQ, Receita Federal, Anvisa e VIGIAGRO.

Quanto à operação, embora controlem os acessos terrestres e marítimos ao porto, as administrações portuárias se restringem à aplicação automática das cláusulas dispostas nos contratos de arrendamento (firmados com o poder concedente, após procedimento licitatório realizado junto à agência reguladora), não havendo o desenvolvimento institucional da função de gerente comunitário (do condomínio portuário).

Ainda sobre os arrendamentos (*leasing*), na Europa esse tipo de contrato geralmente tem prazos de até 30 anos (ou mais), e frequentemente se apresentam como *rolling contracts*, ou seja, quando o tempo restante para o operador de um terminal for menor que dez anos e o operador queira investir em novos equipamentos, tendo um período de depreciação de 20 anos, então o contrato com o terminal poderá ser renovado por outro período de 30 anos. No Brasil, os requisitos para essa possibilidade de renovação só recentemente foram regulados, por meio da Portaria SEP n. 349, de 1º de outubro de 2014.

Houve um certo avanço por meio da redação do art. 57 da Lei 12.815/2013, ao prever a possibilidade de análise antecipada de pedidos de prorrogação de contratos de arrendamento firmados sob a égide da Lei 8.630/93, tendo em vista a complexidade (e prazo requerido) para a análise de viabilidade desses pedidos.

Com efeito, o regramento dos procedimentos e parâmetros de análise dos pedidos de prorrogação passarão a pautar as condutas dos atuais arrendatários pois, a partir de agora, eles passam a dispor da possibilidade de continuarem no negócio portuário, desde que promovam novos investimentos e apresentem proposta de continuidade de seus negócios.

Desde que haja a possibilidade de adaptação do atual regime de arrendamento a um novo modelo de gestão que permita a célere maximização de áreas dentro do porto, espera-se a disseminação da cultura de antecipação do pedido de continuidade, para que os reguladores tenham tempo hábil para análise prévia de viabilidade de os operadores continuarem no negócio portuário.

Por meio da apresentação do pedido de prorrogação, tão antecipadamente quanto possível, terão assim a administração portuária, a ANTAQ e os órgãos de controle mais prazo para uma análise mais aprofundada da viabilidade dos empreendimentos, havendo tempo, inclusive, para

cálculos de capacidade e elaboração de simulações sobre as áreas cedidas, sempre com a finalidade de otimizar seu uso, seja por meio de nova licitação (eventualmente para outra finalidade), seja por meio da extensão dos contratos já firmados.

Embora, em termos jurídicos, esta discussão esteja superada, resta, no entanto, em termos fáticos, a necessidade de melhor aparelhamento do Ministério dos Transportes, ANTAQ e administrações portuárias em termos de pessoal e estrutura de apoio, a fim de permitir-se, efetivamente, o desenvolvimento e aplicação de *softwares* e algoritmos voltados à simulação do uso mais eficiente das áreas cedidas para os terminais.

Nesse sentido, aliás, o ideal seria que a simulação dos efeitos econômicos sobre os possíveis usos do sítio padrão já fosse feita de forma imediata pela administração do porto, após pedido circunstanciado dos arrendatários.

## 7 PROPOSTA DE UM NOVO MODELO

A fim de reorientar as funções exercidas pela administração portuária, revitalizando seu papel de gestora do *landlord* portuário, propõe-se a implantação de um novo modelo de arrendamento portuário, o que poderá ser feito por Portaria, Decreto, ou por simples cláusulas a serem dispostas nos futuros contratos de arrendamento, com total aderência à legislação portuária hoje em vigor no país.

A partir da implantação dessa inovação, a licitação não mais será vista como meio de acesso a determinada área portuária (tal qual no atual regime de arrendamento), mas sim como meio de acesso ao negócio portuário, gerando efeitos no sentido da despatrimonialização e funcionalização das atividades portuárias, que poderão ser prestadas em qualquer sítio localizado dentro do porto organizado, por livre acordo entre a administração portuária e arrendatários, uma vez demonstrada em relatório (a ser posteriormente encaminhado ao Ministério dos Transportes, ANTAQ e aos órgãos de auditoria, para fins de controle) a economicidade da modificação do local e a eficiência gerada por meio da maximização das áreas cedidas.

Essa alteração gerará efeitos sobre a governança dos portos públicos, que sairão do papel reativo de meras instâncias de passagem de cargas, passando à função proativa de desenvolvimento ininterrupto de estratégias voltadas à atração de cargas de maior valor agregado e de novos projetos logísticos a suas hinterlândias, permitindo o acesso dos trabalhadores da região a novos padrões de serviços, ou ainda à interconexão e acesso a cadeias globais de valor, permitindo a geração do desenvolvimento social e humano da região onde o porto está inserido.

Em outras palavras, a inovação visa a permitir que o modelo jurídico de gestão dos portos torne-se aberto e permeável aos *inputs* formulados por armadores, operadores e pela comunidade onde o porto está inserido, alterando-se a visão de atendimento apenas à firma, permitindo a formação de *clusters* logísticos nas imediações das áreas portuárias, com vistas ao desenvolvimento de novos padrões de negócios, inclusive em modelos jurídicos como o das Zonas de Processamento de Exportação (ou “portos indústria”), Condomínios Logísticos Industriais Aduaneiros - CLIA e Estações Aduaneiras de Interior (ou portos secos), na zona de influência dos portos organizados.

A partir dessas alterações, o porto será estimulado a deixar sua função passiva, permitindo que assumam uma função ativa e dinâmica no sentido de estímulo ao progresso econômico, social e

ambiental das zonas portuárias, da forma já feita em diversos países europeus (como Bélgica, Holanda, Alemanha e França) e asiáticos (Cingapura, China, Coréia etc), países onde os portos muitas vezes passam a ser usados como elementos de política industrial, tendo em vista a intrínseca conexão de suas retroáreas com diversas cadeias produtivas, no plano nacional e internacional.

As cláusulas contratuais propostas no presente estudo permitem a funcionalização do serviço portuário, movimento orientado no sentido de implantação da função estatal promocional ou de fomento, inaugurando um novo cenário jurídico-regulatório para o setor portuário do país.

No caso do fomento, a satisfação dos interesses públicos é produzida de modo indireto, por meio da atuação da iniciativa privada. O fomento se traduz num regime jurídico diferenciado para o desempenho de condutas reputadas como desejáveis pelo Estado. Daí se afirma que o fomento é uma atividade regulatória indireta. Afinal, o fomento se materializa predominantemente em providências normativas, com a peculiaridade de que essa atuação normativa não consiste na emissão de normas compulsórias de cunho proibitivo ou mandatório. A finalidade buscada pelo Estado é obtida de modo indireto, por via da atuação dos particulares. (JUSTEN FILHO, 2014)

Como regra, a atividade de fomento envolve uma contrapartida do particular envolvido. O sujeito privado é beneficiário de uma atuação favorável do Estado, que está condicionada a uma série de contrapartidas. Cabe ao particular realizar investimentos em montante mínimo e em locais específicos, desenvolver certo tipo de benefício para a comunidade, produzir riqueza e assegurar vantagens a populações carentes e assim por diante. (JUSTEN FILHO, 2014)

De forma que, inserindo-se nesse novo contexto, para além da execução das funções de planejamento (pelo Ministério dos Transportes e EPL), regulação e fiscalização (pela ANTAQ), a nova proposta vem a estimular um novo modelo de governança portuária, onde a administração portuária pública poderá vir a, efetivamente, fomentar a iniciativa privada a desenvolver, de forma contínua, novos investimentos, inovação e novos projetos logísticos, com ganhos para o porto e para toda a sua zona de influência.

No mesmo sentido informado por este autor, a partir da observação das características próprias do setor público e do privado, seria adequada a implantação de um novo arranjo jurídico público/privado junto aos portos brasileiros, a fim de permitir o desenvolvimento de técnicas mais modernas de governança, a fim de elevar o nível geral de eficiência, aproximando o

modelo de gestão praticado nos portos nacionais àquele denominado “administração portuária empreendedora” (ou “portos de terceira geração”).

Com esta finalidade, o presente trabalho apresenta duas propostas, sendo a primeira delas voltada ao ambiente interno do porto, por meio de um novo modelo de administração portuária, mais flexível e aberto, que abra a possibilidade de um novo modelo de governança junto aos portos organizados, nos termos detalhados no próximo item.

A outra proposta, voltada ao aumento de funcionalidade sistêmica ao ambiente externo ao porto, poderia ser implementada a partir da efetiva implantação das Zonas de Processamento de Exportação - ZPE na retroárea dos portos organizados, com o fim de apoiar-se a estruturação de *clusters* portuários que pudessem servir como instrumentos de ligação entre a política de comércio exterior e a política industrial do país, estimulando as empresas nacionais a se conectarem com *players* atuantes no mercado global, atraindo novas oportunidades para o desenvolvimento qualitativo do parque industrial.

Apesar de serem ações passíveis de serem tomadas de forma isolada, a conjugação de ambas as propostas traria efeitos salutares não só ao ambiente logístico interno ao porto (novo modelo de arrendamento) mas a toda a logística portuária do país (implantação de indústrias em ZPE próximas aos portos), gerando impactos positivos em sua corrente de comércio, a partir do aumento de eficiência e da redução dos custos logísticos.

A partir desse reposicionamento estratégico, os portos deixariam de serem vistos como meras instâncias de transbordo de mercadorias e passariam a ser considerados como ferramentas aptas a dinamizar a indústria do país, estimulando, a partir de opções logísticas adequadas, a colocação de produtos nacionais em mercados internacionais onde ainda não atua.

Nesse contexto, novas plantas industriais, incentivadas a se instalar mais próximas aos portos organizados, poderiam receber insumos pelo modal hidroviário, transformando-os em produtos acabados de forma mais rápida e menos dispendiosa.

A cabotagem (modelo de transporte realizado, de regra, entre portos marítimos do país), inclusive, poderia passar a ser melhor utilizada como elemento de conexão entre diferentes plantas industriais situadas nas proximidades de portos diversos, sendo o transporte hidroviário um dos mais adequados, em termos de menores custos e emissão de poluentes.

A partir dessa modificação conceitual, derivada de uma reorientação sobre as funções exercidas pelos portos organizados, de forma a melhor aproximá-los do parque industrial do país, novas oportunidades poderiam começar a ser geradas, eventualmente também com a alteração na configuração do perfil das mercadorias exportadas, rumo a cargas de maior valor agregado, permitindo a conexão efetiva do país a diversas cadeias globais de valor das quais ainda não participa de forma conveniente.

## 7.1 LINHAS GERAIS DO NOVO MODELO PROPOSTO

O modelo proposto para o destravamento operacional e flexibilização do atual instituto de arrendamento portuário poderá ser implantada por meio de Decreto, Portaria ou por cláusulas específicas nos novos contratos de arrendamento, com disposições no seguinte sentido:

- administração portuária e arrendatários passam a ser tratados como parceiros do negócio portuário, agindo juntos e de forma contínua, em busca de novos projetos;
- licitação de arrendamento deixa de ser vista como procedimento de entrada em certa área e passa a ser vista como entrada no “negócio portuário” (Sorgenfrei, 2014), **inicialmente em certa área**, mas com flexibilidade para imediata adaptação a sazonalidades, desde que demonstrado o aumento de eficiência (economias de escala e escopo);
- o arrendatário passa a poder atuar em qualquer ponto do porto, em função de novas cargas ou novos projetos, uma vez demonstrado o ganho de eficiência sobre o bem público (sítio padrão) cedido;
- a administração também passa a poder propor, a qualquer momento, a troca de área aos arrendatário já instalados, desde que relatório circunstanciado (ato administrativo discricionário, devidamente motivado) demonstre ao Ministério dos Transportes e ANTAQ os ganhos de eficiência ou a atração de investimentos para o condomínio;
- de regra o proponente arca com os custos das mudanças. Mas administração e arrendatário proponente serão livres para pactuar formas de compensação, a fim de convencer o arrendatário afetado a aceitar a mudança, como melhoria de acessos rodoviário, ferroviários ou hidroviários, de infra ou superestrutura,

compensações tarifárias, dilatação de prazos etc. Em todo caso, não fica o arrendatário afetado, na condição de terceiro de boa fé, obrigado a aceitar as modificações propostas pelo interessado, devendo as negociações serem sempre concluídas de forma consensual entre as partes;

- pequenas alterações de área passam a ser vistas como inerentes ao negócio portuário, havendo a necessidade de reequilíbrios apenas hipóteses excepcionais (complexas, desproporcionais ou extraordinárias), e que tenham requerido investimentos não razoáveis das partes envolvidas;
- os limites das alterações não são fixados em termos percentuais, mas com base nos princípios da supremacia do interesse público, legalidade, moralidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, passando os próprios condôminos a influírem no planejamento do porto e na fiscalização das propostas uns dos outros, principalmente quanto aos aspectos concorrenciais;
- o crescimento do porto organizado continua a ser feito por meio de licitação de novos arrendamentos nas novas áreas de expansão, conforme disposto nos Planos Mestres e PDZ, não podendo haver uma expansão infinita dos atuais arrendatários para novas áreas dentro da poligonal do porto;
- a modificação de áreas ocorrerá apenas nos casos de novas cargas e projetos não adequadamente viáveis no sítio padrão originalmente cedido;
- como atualmente entende-se que a licitação é feita para acesso à área e que sua eventual alteração implicaria desrespeito à licitação inicial, há necessidade de demonstração aos órgãos de controle do novo entendimento, no sentido de que o interesse público no setor portuário não é atingido simplesmente pela manutenção dos condôminos em determinadas áreas, mas sim pela permanente possibilidade de otimização do uso dos bens públicos cedidos à operação. Assim sendo, a mudança do perfil de cargas e navios, decorrente de aperfeiçoamento técnico, não significa necessariamente planejamento mal feito;
- devido às sazonalidades econômicas que impactam o setor, o EVTEA não deve ser visto como exaustivo e imutável (como no caso do eixo do barramento de uma usina hidrelétrica, a qual se pressupõe manter-se no mesmo local ao longo

de toda a vida útil do empreendimento), podendo ser revisitado em caso de conveniência de remodelagem de ativos para captura de novos projetos;

- a flexibilidade do modelo dará meios para o aumento de eficiência operacional e logística, com estímulo permanente a novos investimentos privados, inclusive em infraestrutura (acessos) e superestrutura (equipamentos), com procedimentos mais simples de análise;

## **7.2 NOVO MODELO DE AUDITORIA COM FOCO NO SERVIÇO**

O Tribunal de Contas da União – TCU já teve oportunidade de se manifestar por diversas vezes sobre questões jurídicas emanadas da gestão dos portos organizados.

De um modo geral, o posicionamento desta Corte de Contas vai no sentido de cumprimento estrito da Constituição Federal e legislação pátria, que exigem licitação prévia tanto para o uso de bens quanto para a prestação de serviços públicos, dos quais os serviços portuários são espécie.

Não é objetivo do presente capítulo uma contraposição aos argumentos levantados por aquela Corte e nem formular uma defesa sobre as condutas dos administradores portuários questionados por aquele órgão de controle, mesmo porque a maior parte dos (senão todos os) argumentos expostos nas auditorias são corretos ante o atual marco regulatório do setor, que entende ser a licitação de arrendamento realizada para o acesso a certa área portuária.

Após a demonstração do estado da arte em termos de gestão portuária, conforme exposição já realizada nos capítulos pretéritos sobre conceitos e técnicas de governança praticados em diversos portos internacionais, a leitura das referidas decisões do TCU demonstra a tensão (senão contradição) existente entre a realidade do setor portuário, absolutamente dinâmica e sensível a sazonalidades econômicas nacionais e internacionais e uma moldura jurídica que exige previsibilidade, determinabilidade e um planejamento que disponha, de forma preferencialmente inalterável, sobre questões conjunturais passíveis de serem enfrentadas sobre os equipamentos públicos arrendados, em um horizonte médio de 25 anos.

As decisões colacionadas são emblemáticas da forma como os órgãos de controle em geral tratam dos atos de gestão dos administradores portuários, muitas vezes obrigados a não

desenvolver (ou a paralisar) empreendimentos de centenas de milhões de reais, sob o argumento abstrato de não atendimento ao interesse público.

Em outros termos, pelo atual modelo de arrendamento, o interesse público é genericamente atendido se os empreendimentos portuários se limitarem às dimensões originalmente traçadas pelo planejamento setorial para a poligonal do terminal arrendado, independentemente de novas condições fáticas (mercadológicas) que a ele se apresentem, em todo o período do contrato.

Sendo a licitação o meio que legitima o acesso aos bens públicos portuários, os arrendatários, na prática, acabam por serem desestimulados (ou mesmo impedidos) de procurarem novos projetos que impliquem necessidade de alteração (acréscimo, permuta etc) das áreas cedidas, ante a trava praticamente intransponível de nova licitação para acesso aos terrenos lindeiros a seus terminais.

Isso porque, de regra, a nova licitação não é processada rapidamente pela administração portuária, da forma em geral exigida pelo mercado. E mesmo que o fosse, não haveria garantia de que a empresa interessada no novo negócio venceria o certame para aquele serviço que, de regra, é sazonal ou esporádico (carga não consolidada), servindo apenas como uma complementação do negócio do arrendatário já instalado.

Com efeito, o que geralmente ocorre é que a nova área pleiteada, lindeira ao terminal já arrendado, é relativamente pequena para justificar, por si só, um novo arrendamento, mas acaba, no entanto, por ter dimensões compatíveis com a expansão, por certo período de tempo, do terminal do arrendatário já instalado.

Em outros termos, caso houvesse o acréscimo de área àquela já disponível ao arrendamento existente, o efeito desse acréscimo seria a possibilidade de desenvolvimento de um novo negócio que maximizaria (ou otimizaria) o uso de toda a área cedida (geração de ganhos de escala e escopo), o que não ocorre nem se a nova área requerida for licitada e utilizada isoladamente (devido a suas pequenas dimensões) e nem se o arrendatário original permanecer dentro dos confrontantes inicialmente traçados para seu empreendimento, uma vez que o sítio padrão foi definido anteriormente ao surgimento da nova oportunidade, e não a atende.

Por esse motivo, o Decreto regulamentador da Nova Lei dos Portos previu a possibilidade de expansão dos terminais arrendados para pequenas áreas lindeiras, mas com a necessidade de demonstração de inviabilidade técnica, econômica ou operacional da realização de novo

arrendamento. Mas isso nem sempre é possível, pois, geralmente, há sim a possibilidade de licitação para uso autônomo daquela área pleiteada por seu vizinho.

O que não há, repita-se, na maioria dos casos, é a possibilidade do uso dessa pequena área com a otimização apresentada.

Ou seja, o que geralmente não haverá é a maximização no uso da área cedida em determinado nível, pois nem o pequeno terreno arrendável lindeiro comporta um uso economicamente interessante (mesmo porque, de um modo geral, não há projeção desse terreno em área molhada, existência de superestrutura instalada etc), e nem o terminal vizinho, já arrendado, comporta adequadamente o novo negócio dentro das instalações originalmente arrendadas.

De maneira que, ao contrário do formalmente disposto nas decisões dos órgãos de auditoria, ao se impedir esses acréscimos e realocações, não há a defesa do interesse público, mas sua frustração, ante a perda de novos investimentos privados em novos projetos que permitiriam a otimização no uso dos bens públicos (em novas rodovias e melhoria de ferrovias de acesso, por exemplo), geração de emprego, renda etc.

Sem a possibilidade dessa otimização permanente dos bens públicos cedidos (preferencialmente realizada com investimento privado), os equipamentos e as vias públicas vão se deteriorando, prejudicando cada vez mais as condições de operação.

E ainda, mesmo vencidos todos esses percalços legais, no caso de efetivamente ser demonstrada a inviabilidade de nova licitação de arrendamento, ainda nessas hipóteses os procedimentos de análise e comprovação de viabilidade de acréscimo de área a arrendamento (junto à autoridade portuária, poder concedente e ANTAQ) são excessivamente burocráticos, lentos e sujeitos a múltiplas reanálises também pelos órgãos de controle.

A reanálise dos controladores, não raras vezes, considera irregular cessões de áreas tidas como regulares pela autoridade portuária, poder concedente, ANTAQ, ou mesmo por auditorias anteriores, tendo em vista os novos parâmetros utilizados, aumentando a insegurança jurídica dos decisores portuários, ante o nível de subjetividade envolvida nas decisões.

A morosidade de análise - atrelada à insegurança jurídica dos administradores que aprovaram tais acréscimos de área – são bastantes, por si sós, para inviabilizarem a movimentação de uma série de novas cargas que se apresentem aos terminais, havendo, muitas vezes, a migração do armador para outro terminal (geralmente TUP), que ofereça infraestrutura adequada e

condições logísticas de atendimento imediato a suas demandas, com a segurança jurídica necessária para que os investimentos privados se concretizem nesses projetos.

De forma contrária a essa moldura legal, o modelo de administração portuária empreendedora, em voga nos maiores portos do mundo (em sua maior parte portos públicos), possui uma arquitetura jurídica maleável, adaptável e aberta tanto a oscilações de mercado quanto a melhores usos que possam surgir, a qualquer momento, às administrações portuárias públicas e aos operadores privados (modelo *landlord*).

Nesse contexto, o controle não é feito estritamente sobre as áreas públicas cedidas, mas sobre aspectos do serviço privado desempenhado sobre essas áreas, incluindo aspectos concorrenciais, havendo, de regra, a abertura do sistema para uma remodelagem dos termos da cessão inicial (quanto a áreas, prazos e valores de investimento), uma vez demonstrados os ganhos (econômicos, sociais, paisagísticos ou ambientais) gerados por essa modificação.

Uma síntese da nova proposta é feita na figura abaixo:

TCU alerta	Modelo propõe
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤Necessidade de um melhor planejamento no setor portuário;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤Mudança do perfil de cargas e navios decorrentes de aperfeiçoamento tecnológico ou sazonalidades não significam necessariamente planejamento mal feito, dada a dinâmica do setor;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤Depois de licitada, a área arrendada deve permanecer inalterada preferencialmente;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ A alteração de áreas é inerente à gestão portuária; a área arrendada deve poder ser modificada a qualquer momento, uma vez demonstrado o ganho de eficiência e as normas concorrenciais;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>➤Alteração de áreas implicaria burla a licitação (que foi feita para acesso àquela área);</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤Sendo a licitação feita para entrada no condomínio, inicialmente em certa área, todos os arrendatários já saberão que terão direito eventual a alteração de áreas, respeitando a isonomia;</li> </ul>

Figura 7.1: Novo modelo de auditoria com foco no serviço.

A adaptação do atual marco regulatório do país a esse padrão mais avançado de governança poderia ser realizada a partir de uma nova visão sobre o atual modelo de arrendamento, na forma defendida no presente estudo.

Acompanhando esse novo modelo de governança, os órgãos de controle também poderão iniciar um processo de modernização ou atualização de seus procedimentos de auditoria, criando ou aplicando novas formas de medição do desempenho dos bens públicos cedidos, permitindo-se uma abertura sistêmica do modelo portuário para novos padrões técnicos e para o controle de resultados, em substituição ao arcaico controle de procedimentos ainda em vigor.

Sem esse avanço, os portos públicos do país tenderão a continuar apresentando baixos níveis de desempenho, derivados tanto de um modelo jurídico não adequado a novos investimentos privados em instalações públicas, quanto de travas procedimentais às condutas dos administradores públicos, incentivados a se manterem inertes, a não empreenderem e a não buscarem novos negócios ao porto, sob pena de responsabilização funcional de suas condutas, inclusive por crime de “advocacia administrativa”, na forma ilustrativamente esboçada no item 7.4.

Ou seja, acaba-se punindo o bom servidor, o inovador, ao mesmo tempo em que se premia o omissor.

Essa realidade tem que mudar.

### **7.3 GANHOS NEGOCIAIS E OBSERVÂNCIA DA SUSTENTABILIDADE**

A possibilidade de implantação de um modelo de variação de áreas a fim de permitir o atingimento permanente da Mínima Movimentação Contratual – MMC contratada decorre do conceito de prestação de serviço público, que substitui o foco no área (meio) pelo foco no serviço (fim), ressaltando o princípio da eficiência e a otimização no uso dos bens públicos destinados à atividade portuária.

Nesse novo contexto, a alteração de áreas passa a ser vista como uma decorrência natural da necessidade de prestação do próprio serviço de movimentação de cargas, em princípio, exigindo-se apenas a demonstração à administração do porto o aumento de eficiência a partir da modificação desses ativos, abrindo esta possibilidade já na execução do contrato, e não necessariamente por meio de análise de reequilíbrios econômico-financeiros por órgãos externos à própria administração do porto.

Como decorrência de sua função de fomento às atividades logísticas portuárias, o ato discricionário de aprovação da alteração de área poderá ser feito pela própria administração do porto, com posterior aprovação do poder concedente, em procedimento célere, mediante a demonstração do ganho de eficiência ao porto a partir dessa alteração (princípio da motivação), em ato administrativo que poderá sempre ser revisto pela agência reguladora e órgãos de controle.

O princípio da igualdade, de *status* constitucional, não impõe ou implica a aplicação de um modelo jurídico inadequado a um ramo da atividade econômica, devendo haver um avanço dos institutos jurídicos no sentido de também garantir-se a plena aplicação do princípio da eficiência, por meio de uma compatibilização hermenêutica que efetivamente (e não apenas formalmente) atenda ao interesse público.

Se a disponibilidade de infraestrutura geralmente induz o desenvolvimento de uma região, também deve-se levar em conta que, sem segurança jurídica para a atividade econômica, por meio da implantação de modelos legais adequados (com celeridade de procedimentos, acoplado a baixos custos de transação), dificilmente o investimento privado de qualidade fluirá de forma sustentada para o país.

No novo cenário legal, novos projetos logísticos e novos investimentos não poderão mais ser inviabilizados ao porto mediante o argumento genérico e abstrato de burla ao procedimento licitatório, devendo esse tipo de argumentação ser comprovado antes da paralisação de novos empreendimentos, como decorrência direta da aplicação do princípio da boa fé objetiva quando da execução dos contratos administrativos.

Com efeito, se a presunção nos atos administrativos praticados pelas autoridades portuárias é a da boa fé, caberia aos órgãos de controle comprovarem cabalmente eventuais ilegalidades praticadas na gestão do condomínio portuário, e não à própria autoridade portuária ter que ficar justificando atos legítimos e probos que só façam bem ao porto, às empresas privadas que o compõem, à coletividade que o abriga, às finanças do país e aos administrados e trabalhadores que dele dependem economicamente.

Atos que evitam novos gastos públicos, ao mesmo tempo em que incentivam a otimização, o bom uso e a manutenção adequada dos bens públicos portuários cedidos à iniciativa privada.

Quanto à promoção da sustentabilidade, importante destacar que a Lei 12.349/2010 incluiu a necessidade de sua observância nas contratações de obras e serviços pelo poder público, por meio da nova redação do art. 3º da Lei 8.666/93, Lei de Licitações.

Por meio da nova redação, definiu-se que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, sendo processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

De forma que, além das disposições genéricas de atendimento à legalidade, impessoalidade e outros princípios gerais de direito administrativo, a administração portuária deverá também, a partir desse novo regramento, atender à necessidade de promoção do desenvolvimento nacional sustentável quando da celebração de novos contratos de direito público, após os devidos certames licitatórios.

Desse modo, a sustentabilidade é ponto fundamental de interrelação entre direito e gestão ambientais. O direito precisa dar concretude à proposta de desenvolvimento sustentável recepcionada pelas leis, e a gestão é a via que tem o potencial para colocar em prática tais comandos legais. (FREIRIA, 2011)

Freiria (2011) explica que isso ocorre porque, ao se fazer gestão ambiental, ao se realizarem estudos para um diagnóstico ambiental para se estabelecer o planejamento de determinado aspecto ambiental, necessariamente deverá haver uma análise das dimensões ecológica, ambiental, demográfica, cultural, social, política e institucional, imprescindíveis para a materialização da proposta de desenvolvimento sustentável.

Nesse diapasão, como será convenientemente desenvolvido no item 7.4.5, ao empoderar os gestores públicos para a reavaliação permanente das condições (inclusive ambientais e urbanísticas) das outorgas portuárias, a proposta de novo modelo de arrendamento portuário defendida no presente estudo permitirá ainda, sempre que necessário, a adaptação estrutural de vias urbanas, terminais e demais equipamentos públicos afetados pela operação portuária, ao contexto do meio ambiente urbano e às condições de vida da comunidade que circunda o porto.

## 7.4 APLICAÇÃO DO MODELO

A inflexibilidade do modelo de arrendamento disposto na Lei 8.630/1993, praticamente replicado na Lei 12.815/2013, levou o Tribunal de Contas da União a condenar diversos expedientes voltados ao ganho de eficiência operacional e à atração de investimentos por administradores portuários, como se demonstra nas decisões elencadas abaixo.

Como a Nova Lei dos Portos trata da possibilidade de ampliação de terminais praticamente da mesma forma que a lei anterior (Lei 8.630/1993), as decisões tomadas sob a égide da Nova Lei seguem no mesmo sentido das trazidas nesse capítulo, não tendo havido modificação conceitual e nem hermenêutica (relativa à interpretação das leis) pela Corte de Contas.

No entanto, caso estivesse em vigor o modelo de administração empreendedora proposto no presente estudo, que permite a alteração de áreas com o objetivo de geração de economias de escala e escopo, o resultado das auditorias e decisões desse órgão de controle elencadas teriam resultado diverso, sendo possíveis as alterações propostas, voltadas à geração de maior eficiência alocativa aos terminais.

Em outras palavras, as decisões colacionadas abaixo servem para ilustrar que, a partir da implantação do modelo de administração empreendedora, tal qual defendida no presente estudo, os órgãos de controle teriam subsídios técnicos para aprovar alterações na configuração dos portos, o que hoje é praticamente impossível, tendo em vista a vinculação das atividades de armazenagem e transbordo às áreas inicialmente cedidas aos terminais.

No entanto, tendo em vista a inadequação do atual regime jurídico, os exemplos mostram que milhões de reais foram perdidos em investimentos (mais de cem milhões de reais apenas no caso tratado no item 7.4.3), assim como empregos, capacitação e renda para milhares de trabalhadores, ante a impossibilidade de execução de novos projetos que impactariam positivamente não só o porto organizado, mas as vias urbanas (componentes do sistema de transportes), meio antrópico e coletividade que o circunda.

Embora os casos elencados foquem na autoridade portuária do Porto de Santos (CODESP), deve ficar claro que os exemplos trazidos a lume poderiam ter acontecido em quaisquer autoridades portuárias públicas do país, eis que são todas regidas pela mesma lei (12.815/2013).

Os casos escolhidos se referem ao Porto de Santos por ser este o porto público mais relevante do país, atualmente encravado em área urbana insular sem grandes possibilidades de expansão,

estando na municipalidade de Santos os exemplos mais claros de necessidade de realocação de áreas arrendadas tanto para a geração de eficiência sistêmica aos terminais quanto para a melhoria do tráfego urbano, seriamente impactado pelo grande fluxo de caminhões e trens que diuturnamente cruzam esta municipalidade, com destino aos terminais arrendados pelo porto.

Serão excluídos da análise temas existentes nas decisões, mas alheias ao objeto do presente estudo, tais como ausência de licenças ambientais, atrasos, deficiência de estudos etc. Passa-se agora aos casos:

#### **7.4.1 ACÓRDÃO 1.150/2011 (PORTO DE SANTOS/CODESP) - TCU**

Nesta decisão o TCU analisa a regularidade da celebração de um primeiro aditamento para acréscimo de 297,6% em relação à área original arrendada, o que supostamente teria contrariado o disposto no § 1º do art. 65 da Lei 8666/1993, que define o limite geral de 25% para o aditamento de contratos administrativos.

Em sua defesa, a autoridade portuária (CODESP) informa que não se pode aplicar ao caso, por analogia, a limitação de acréscimo de 25% imposto pela Lei 8.666/1993, em face das especificidades da atividade portuária e ainda, que a Lei dos Portos não estabelece limites para a área a ser agregada.

Nesse sentido, o acréscimo de apenas 25% da área original de 4.000m<sup>2</sup> significaria a ampliação correspondente a 1000m<sup>2</sup>, insuficientes para aumentar a movimentação do terminal de grãos, que só seria possível mediante a construção de um novo silo.

Informa também que formatação diferente desta seria inviável, pois não haveria área disponível para constituição de pátio para caminhões, vias de acesso e outras instalações afins, acarretando gargalos logísticos para o terminal e para o porto.

A autoridade portuária informa ainda que licitar não seria mais vantajoso para a administração, posto que, para a ampliação da capacidade instalada, certamente não haveria licitação conclusa em tempo hábil para captura da nova demanda (movimentação e armazenamento de trigo, malte e cevada etc) que viesse a surgir ao porto.

A administração do porto explica que não pode eximir-se de suas atribuições de gerenciamento do porto organizado, no sentido de viabilizar a manutenção e melhores condições de infraestrutura e operacionalização que permitam uma maior eficiência de carga de um terminal.

De modo diverso, a auditoria do TCU entende que a Lei de Licitações define expressamente em quais casos não se exige a licitação (hipóteses de dispensa e inexigibilidade). Se os responsáveis afirmam que a área adensada atenderia somente aos interesses de certo terminal, deveria restar comprovada então a situação de inexigibilidade de licitação devido à inviabilidade de competição.

Quanto ao questionamento do segundo aditamento, a autoridade portuária informa que o parágrafo 5,º da cláusula 2ª, do Contrato 31/98, dispondo que "as instalações portuárias deverão ser operadas, conservadas e melhoradas pela arrendatária, podendo ser modernizadas e ampliadas nos termos deste contrato", estaria de acordo com a Lei 8.630/93 (antiga Lei dos Portos).

Desse modo, para a autoridade portuária restaria superada a questão da inexistência de cláusula contratual que permitisse a nova ampliação de área. Ressaltou, por fim, que, no caso, por tratar-se de uma instalação portuária constituída por um silo com capacidade de armazenagem limitada, ampliar sua capacidade somente seria viável mediante ampliação da área.

Em sua análise, entretanto, o TCU entendeu de modo diverso (interpretação restritiva), informando que a cláusula invocada (Cláusula 2ª, parágrafo 5º, do Contrato 31/98) não seria suficiente para amparar a ampliação da área questionada, pois, apesar de incluir a expressão "nos termos deste contrato", não há qualquer outra cláusula que estabeleça condições, limites e regras sobre tal procedimento.

A referida decisão abarca diversos outros procedimentos da administração portuária, mas, para o que interessa a este estudo, deve ficar claro que o teor da decisão vai no sentido da necessidade de observância estrita da Lei de Licitações, não podendo a autoridade portuária ampliar áreas em percentuais maiores que os 25% definidos naquela Lei como limite legal para os aditivos contratuais.

Sem entrar no mérito da correção ou não desta decisão, que, aliás, se limitou a aplicar em termos estritos a legislação pátria, o fato é que, caso o modelo proposto no presente estudo viesse a ser aceito e aplicado no presente caso, o resultado teria sido diverso, pois qualquer arrendatário já estaria legitimado a pedir acréscimo de área para suas operações a partir do momento em que sagrou-se vencedor na licitação inicial para ingresso no negócio portuário.

A partir do modelo ora proposto, a administração portuária não estaria limitada, em termos percentuais, para a expansão do arrendamento, e também não teria que comprovar a inexigibilidade de licitação, para o fim de aprovar a expansão pleiteada para o novo negócio.

Com efeito, a partir da aplicação do novo modelo de administração portuária, estaria a autoridade portuária orientada a resultado, passando a ser livre para rapidamente permitir ao terminal capturar a demanda que se lhe apresentou, mesmo que de forma temporária, a partir da devida motivação do ato administrativo pleiteado (de aumento do sítio padrão cedido).

Estaria a administração livre também para formular aditivos pautados em metas de movimentação de carga, como procurou fazer nesse caso (em um formato posteriormente considerado ilegal), uma vez demonstrados os ganhos sistêmicos não só para o terminal como para o porto, que passaria a otimizar seus ativos (de armazenagem, transporte etc) nas novas operações.

Não teria havido também a acusação de burla à licitação pois a ampliação de área, nesse caso (assim como na maioria dos casos que surgem nos portos a cada dia), realmente não é passível de inexigibilidade, pois de fato poderia haver outros arrendatários interessados naquela área.

Mas, caso cedida a área para outro terminal, o que não haveria seria o ganho econômico (geração de escala ao negócio, no nível proposto) propiciado a partir daquela expansão de área, para aquele arrendatário específico, lindeiro à área pleiteada.

Em outros termos, caso houvesse nova licitação para expansão do terminal, o que não haveria seria o efeito maximizador da área, por não propiciar esta outra expansão uma otimização do sítio padrão nos níveis apresentados pelo arrendatário requerente, em função das economias de escala e escopo gerados pela junção da área pleiteada com a área do terminal já instalado.

Como cabalmente demonstrado na literatura de referência, sendo a área portuária um bem escasso, é função precípua da autoridade portuária justamente procurar, a todo o momento, apoiar investimentos privados em novas operações e otimizar as condições de prestação dos serviços portuários (função *landlord*). É justamente para isso que existe autoridade portuária.

De forma que, ao orientar a administração a resultado, passam os arrendamentos a não mais estarem adstritos aos limites inicialmente traçados nas cessões de áreas, caso consigam demonstrar à autoridade portuária o ganho econômico gerado ao porto a partir da nova expansão.

Com isso, o modelo de gestão fica mais flexível e adaptável a sazonalidades, passando a obediência ao interesse público a ser entendida como a busca permanente por resultados, e não mais à simples e cega obediência aos limites inicialmente traçados para os arrendamentos (dinamização da função portuária), a partir de estimativas e previsões abstratas.

#### **7.4.2 ACÓRDÃO 2.989/2011 (PORTO DE SANTOS/CODESP) - TCU**

Inicialmente a ANTAQ autorizou a transferência da titularidade do Contrato de Arrendamento Portuário entre arrendatárias, ao mesmo tempo em que a autoridade portuária permitiu, por meio do ajuste nº 12/91, arrendamento de área contígua a um desses terminais. Além da referida substituição, permitiu-se a unificação dos dois contratos, com a determinação para que fosse observada a data de extinção mais distante (18/4/2013).

No entanto, no Acórdão nº 2.849/2011 o Plenário do TCU conheceu da representação formulada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação 1 (Sefid-1) e suspendeu a efetivação de operação autorizada pela ANTAQ.

Inconformada, a arrendatária operante no Porto de Santos interpôs recurso junto ao TCU, informando a impossibilidade de realização de novos investimentos, caso a operação continuasse suspensa, até a resolução do mérito por aquela corte.

De forma sintética, a empresa levantou os seguintes efeitos daquela decisão: necessidade de desmobilização da área arrendada; perda da receita tarifária pela autoridade portuária; indenização pelos lucros cessantes; perda de prazo para a aplicação das resoluções da ANTAQ que permitem a prorrogação do contrato, com frustração de receitas ; perda do alfandegamento da área arrendada; perda de seiscentos empregos diretos e indiretos de trabalhadores envolvidos nas operações do terminal; multa referente a contratos de operação e armazenagem; desabastecimento de fornecedores no período do Natal; e impossibilidade de realização imediata de processo licitatório pela autoridade portuária, que duraria, em média, trinta e seis meses.

Ao final, o relator deu provimento ao recurso, até que fosse analisado o mérito da questão, no que foi seguido pelo Tribunal.

Caso utilizado o modelo proposto no presente estudo, independentemente da análise sobre qual parte tem razão, o fato é que o processamento dessa questão teria sido diversa, e esse caso muito provavelmente nem precisaria ter sido objeto de análise do TCU.

Com efeito, a partir da implantação do conceito de administração portuária empreendedora, passaria a ser dever da autoridade portuária a análise do mérito do ato administrativo (razões de conveniência e oportunidade), assim como adentrar a análise técnica da economicidade do ato de cessão pleiteado pelas arrendatárias previamente à celebração desses ajustes, agindo a autoridade como um árbitro nesse caso.

Dessa forma, estaria a administração portuária autorizada a emitir atos administrativos discricionários, pautados na eficiência que a cessão de área poderia gerar ou não ao porto, nos termos de seu Plano de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ e Plano Mestre.

Estaria também a administração portuária empoderada para estimular o diálogo e a composição do litígio entre os próprios arrendatários envolvidos, reduzindo tanto o nível de conflituosidade quanto os custos de transação vivenciados dentro do condomínio portuário, com decisões mais céleres, pautadas em aspectos logísticos e concorrenciais específicos da operação.

Melhor explicando, embora no modelo atual já seja possível o diálogo entre administração portuária e terminais, as decisões das autoridades portuárias, de regra, não podem ir no sentido da reconfiguração dos ativos cedidos pelo poder concedente aos terminais por meio de licitação.

Essa reconfiguração (por exemplo, por meio de expansão) só é utilizada hoje em hipóteses excepcionais, para pequenos ganhos laterais de área (ou eventual investimento em revitalização de ativos), e sempre observando aos limites traçados na Lei 8.666/93 (de 25% para os casos de aditivo).

E ainda que a autoridade portuária aprove esses acréscimos, os órgãos de controle poderão vir posteriormente a anular esses atos, apontando indícios de colusão entre as partes, falta de planejamento da administração portuária, burla a licitação (por estar-se privilegiando um arrendatário em detrimento dos demais etc).

Pelo novo modelo todas essas pressuposições passam a não mais valer, caso os arrendatários consigam demonstrar à autoridade portuária os ganhos de eficiência e geração de valor propiciados pelos novos projetos.

Em outros termos, passam os arrendatários a serem estimulados a dialogarem entre si e também com a administração portuária, reavaliando ininterruptamente as funcionalidades do porto (quanto à rede de acessos ferroviários, rodoviários e dutoviários, por exemplo, cuja configuração afeta a todo o condomínio portuário).

Os integrantes do porto passam também a propor, de forma proativa, novos investimentos e novos projetos para o porto, desde que os ganhos se revertam para os bens públicos cedidos, que passam a ser otimizados.

A partir desses movimentos, cai a presunção de que os terminais tenham que permanecer dentro dos limites inicialmente cedidos aos arrendamentos, reduzindo consideravelmente os índices de conflituosidade hoje existentes (inclusive com a geração de processos administrativos e judiciais absolutamente desnecessários), com um aumento considerável na segurança jurídica e na atração de investimentos privados para o setor.

#### **7.4.3 ACÓRDÃO 1.972/2012 (PORTO DE SANTOS/CODESP) - TCU**

Trata-se de representação a respeito de possíveis irregularidades na execução do contrato PRES/028.1998 (fls. 83/111, volume principal), firmado em 12/6/1998 com vistas à exploração de instalação portuária, contrato este sobre o qual recai a suspeita de irregular alteração da área de 170.000 m<sup>2</sup> originalmente prevista no certame que o precedeu (concorrência 06/1997, edital às fls. 14/47 daquele mesmo volume).

Tal alteração decorreu de impedimento subsequente à assinatura da referida avença, consubstanciado no fato de os órgãos ambientais locais não terem aprovado as obras de aterramento que deveriam ser realizadas pela arrendatária em parte da área licitada, tendo a Lei Complementar Municipal 312, de 23/11/1998, tombado parte da área a ser destinada ao terminal como área de proteção cultural.

Em consequência, a área licitada passível de ocupação sofreu substancial redução, passando de 170.000 m<sup>2</sup> para 26.942 m<sup>2</sup>, o que levou a autoridade portuária a optar, como forma de solução para o impasse, pela redefinição das áreas destinadas à arrendatária (termos aditivos 1, 3, 4 e 5), que atualmente dispõe de 136.444,03 m<sup>2</sup>, mas em localidade diversa da inicialmente licitada.

No que tange à diferença entre esses 136.444,03 m<sup>2</sup> e os 170.000 m<sup>2</sup> originalmente previstos, destaque-se que o quinto termo aditivo ao contrato PRES/028/1998, celebrado em 20/12/2002, garantiu à arrendatária o direito de receber outras áreas, até ser totalizada a metragem contratualmente estabelecida.

No que interessa ao objeto desse estudo, em síntese, o TCU expõe como irregularidades:

- modificações contratuais ocorridas nas condições previamente estabelecidas no edital da concorrência nº 06/97, em afronta ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, insculpido no caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e considerando a cláusula 51ª do contrato PRES/028.98;

- cessão de instalação portuária sem prévio procedimento licitatório, em desacordo com o *caput* e § 2º do art. 1º, c/c inciso I do art. 4º da Lei nº 8.630/93 e *caput* do art. 2º da Lei nº 8.666/93.

Após afastar a aplicação da Teoria da Imprevisão, invocada pela autoridade portuária, o relatório do órgão de controle também rebate a possibilidade de permuta de áreas, pois, sendo a permuta ou troca típico contrato de Direito Civil, caracterizado pela obrigação de dar uma coisa em contraposição à entrega de outra, sobre este instituto nada dispõem a Lei dos Portos e nem a Lei das Concessões.

No silêncio destas últimas normas, aplicar-se-ia, segundo o TCU, subsidiariamente, o Estatuto Licitatório, que prevê duas possibilidades de permuta, nos seus incisos I, 'c', II, 'b', do art. 17. No primeiro caso, quando envolver bens imóveis; no segundo, quando se referir a bens móveis. Restringindo-nos à primeira hipótese, temos que a troca só é possível nos casos em que o outro imóvel atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24, ou seja, 'para compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração.'

Afora esta possibilidade, para o órgão de controle não existiria nas leis acima mencionadas dispositivo que possibilitasse a permuta de objetos licitados entre a autoridade portuária e a empresa privada. E, em decorrência do princípio da legalidade, a administração pública não poderia, por simples ato administrativo, conceder direitos ou criar obrigações de qualquer espécie.

Ademais, os autos não tratariam de permuta de áreas, mas, sim, de alteração do objeto (decorrência do atual entendimento de que o objeto do contrato de arrendamento é a área e não o serviço portuário).

Nesse sentido, a Corte de Contas informa que a Lei de Licitações enfatiza, dentre outros, os princípios da igualdade, da competitividade, do julgamento objetivo e da adstringência ao instrumento convocatório, de molde a evitar a quebra da imparcialidade e proteção indevida no bojo dos procedimentos de licitação.

Para o órgão de controle, a licitação procedida foi de área pouco vantajosa aos olhos da iniciativa privada, pois, sendo sítio padrão negativo, seriam necessários vultosos investimentos, razão pela qual, dentre as 28 empresas que retiraram o Edital, apenas duas participaram efetivamente do certame. Em um segundo instante, oferece-se à vencedora área com características distintas de operacionalidade, sem garantir às demais empresas a possibilidade de reverterem suas intenções, sob alegação de ‘fatos supervenientes.’

Nesse sentido, orienta a administração pública, no uso de suas prerrogativas garantidas no art. 58 c/c o art. 65, inciso I, alínea ‘a’, da Lei nº 8.666/1993, e sob o véu da alteração unilateral, a não transmutar o objeto pactuado (área licitada), apesar da premência quanto à adequação técnica da avença, mormente quando advém da falta de planejamento da Administração, sob pena de incorrer em frustração à competitividade da licitação e violação à vinculação ao instrumento convocatório.

Em sua defesa, a autoridade portuária informa que a cessão das áreas veio ao encontro de seu interesse, eis que possibilitou a operação do terminal com a consequente antecipação de remuneração a título de arrendamento, reduzindo os custos portuários dos usuários, conforme metas do Programa de Modernização dos Portos.

No respeitante ao aditivo nº 3, foi observado que a conversão de áreas, originalmente provisórias em definitivas, deveu-se a fato novo e posterior à licitação, qual seja, a implantação da Avenida Perimetral, integrante do futuro sistema viário do porto de Santos.

Acrescenta decisão favorável do Desembargador Lazareno Neto, que, resumidamente, conclui pela inexistência de cessão de áreas sem licitação, mas, sim, alteração contratual nos termos do art. 65, inciso I, alínea ‘a’, da Lei nº 8.666/1993.

Para a defesa, as alterações contratuais consubstanciadas nos instrumentos de Retificação, Ratificação e Aditamento aos Contrato de Arrendamento de números 1 a 5, não apresentariam resquícios de imoralidade, ilegalidade ou ação fraudulenta, pois aconteceram independentemente da vontade das partes, e só se efetivaram para garantir a continuidade do contrato, em obediência ao interesse público.

No respeitante ao disposto na cláusula 51ª do Contrato PRES/028.98 (que prevê a resolução do arrendamento, seja por rescisão, seja por rescisão, em virtude da falta de licenciamento ambiental), a autoridade portuária informa que, havendo necessidade de modificação do

projeto, inclusive em razão de interferências ou limitações dos órgãos públicos competentes, o contrato administrativo pode e deve ser alterado e a administração deve fazer as necessárias mudanças, até unilateralmente.

Quanto à cessão irregular, há sustentação nos autos de que ‘não houve cessão de instalação portuária sem prévio procedimento licitatório, mas sim, apenas a liberação provisória (de quatro meses), de área à retaguarda daquela ocupada pelo navio ‘*Heracles Spirit*’, que permaneceu ocupando um berço de atracação, como forma de antecipar a operacionalidade parcial do terminal, gerando receitas à administração do porto numa época em que suas finanças estavam bastante sacrificadas, com apresentação de elevado ‘déficit’ nos balancetes’.

Mais à frente foi acostado aos autos o Parecer nº 2.199/2002, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, que autoriza a permuta de áreas quando da ocorrência de fatos supervenientes; e a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a qual fixa o entendimento de que ‘não houve cessão de áreas sem licitação, mas alteração contratual decorrente de limitações ambientais e do ‘Projeto Alegria Centro’, com proteção do patrimônio histórico e alteração do sistema viário por órgãos diversos, tudo com embasamento jurídico contido no permissivo do art. 65, inciso I, alínea ‘a’, da Lei nº 8.666/93’.

Na visão da autoridade portuária, não poderia ser confundida a cessão de novas áreas com uma simples alteração contratual, para a necessária e indispensável redefinição da área do arrendamento, no exclusivo atendimento do interesse público, ante a situação superveniente à licitação e estranha à vontade e responsabilidade das partes contratantes, dentro do limite quantitativo contratado’.

Em síntese, trata-se de um caso onde o novo uso previsto para a área cedida em arrendamento (turístico, ao invés de logístico) impactou a cessão originalmente pensada. Como decorrência, propôs a autoridade portuária a alteração das áreas cedidas em arrendamento para outro ponto do porto, o que foi entendido pelo TCU como burla à licitação e também como falha no planejamento, que já deveria ter considerado todos os fatores (como a emissão das licenças ambientais) do projeto anteriormente à licitação.

Pelo atual entendimento, essa decisão da Corte de Contas está correta, pois sendo o objeto do certame a cessão de áreas, a administração do porto estaria realmente privilegiando o licitante vencedor, caso, após a adjudicação do objeto, realocasse o arrendatário em outro ponto do porto,

mais interessante (com sítio padrão positivo), uma vez que a empresa incorreria em menores custos para a instalação de seu terminal.

Mas, caso utilizado o modelo que se propõe no presente estudo, não haveria nenhum problema na realocação do arrendatário, desde que justificadas as razões da modificação (alteração do uso da área fim turístico pela municipalidade, nesse caso), e desde que comprovados os ganhos para o porto, em termos de aumento de sua funcionalidade, investimento privado em ativos públicos, geração de maior eficiência alocativa e operacional, ganhos de capacidade estática e dinâmica etc.

Caso utilizado o conceito de administração empreendedora ora defendido, todos os licitantes já saberiam, de antemão, que a licitação é feita para entrada no condomínio portuário, inicialmente em certa área, mas com possibilidade de migração posterior. Estando todos cientes dessa possibilidade, a reconfiguração posterior do arrendamento não seria um privilégio, mas um ato rotineiro da administração portuária, que deve procurar otimizar suas funções (e a dos arrendatários), a todo momento.

Nesse sentido, já estando todos os arrendatários autorizados a mudar de área (nas condições e limites expostos nesse estudo), nenhum problema haveria na reconfiguração do porto, sendo bem vista uma proposta de investimento superior a 100 milhões de reais nos ativos portuários, em período de crise.

A partir da modificação conceitual proposta, os órgãos de controle não mais fariam suas auditorias com base apenas nas dimensões iniciais do arrendamento firmado, mas sim com base nos ganhos de eficiência, atração de novos projetos, novas cargas e novos investimentos propiciados a partir da reconfiguração dos ativos portuários, exatamente como no presente caso.

Com essa mudança de enfoque, estar-se-ia reconhecendo que o negócio portuário é dinâmico por natureza, não atendendo ao interesse público a perenização dos ativos cedidos, caso novas reconfigurações puderem ser feitas pela iniciativa privada, a bem do interesse público. Principalmente se esta perenização de ativos implicar perda de eficiência e de investimentos.

#### **7.4.4 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO N. 42404114-30 (PORTO DE SANTOS/CODESP)**

Em 14/07/2014 um arrendatário de grande porte (tido como o maior terminal embarcador de açúcar do mundo) protocolou à autoridade portuária santista pedido de cessão emergencial de

área de 2.100 m<sup>2</sup>, contígua a seu terminal, para a montagem de geradores de energia, para funcionarem como *backup*, tendo em vista a irregularidade no suprimento de energia fornecida ao porto, sendo esta regularidade fundamental para suas operações, de grande escala.

A área pleiteada era de pequena dimensão, sem projeção em área molhada e encravada entre ferrovia e arrendamento já existente, não havendo maiores impactos para vias internas ou para a funcionalidade do porto.

Quanto às razões de conveniência e oportunidade (mérito) do ato, a autoridade portuária entendeu serem razoáveis os argumentos apresentados, inclusive no tocante à necessidade de regularidade no fornecimento de energia ao terminal.

E ainda, nos termos do atual Plano de Desenvolvimento e Zoneamento - PDZ do porto não haveria nenhum óbice à anexação dessa área pelo peticionário, tendo em vista a escassez de acessos terrestres e suas pequenas dimensões, não havendo perda de utilidades operacionais para o porto.

Embora havendo o entendimento no sentido da inviabilidade técnica, operacional e também econômica de aquela área ser arrendada de forma autônoma para a finalidade de movimentação de cargas (tal qual exigido pelo art. 24 do Decreto 8.033/2013, na nova redação dada pelo Decreto nº 8.464/2015), o fato é que poderá haver, em algum momento no futuro, o questionamento dessa cessão, gerando risco jurídico a esse ato.

Com efeito, como qualquer arrendatário lindeiro poderá vir a pleitear, a qualquer momento, a mesma área, a fim de otimizar suas operações, em termos estritamente técnicos existe, portanto, a viabilidade de um certame, ante a vantajosidade no uso da área.

O que não haveria, nesse caso (e em tantos outros vivenciados diariamente pelas administrações portuárias do país), seria o nível de maximização da área nos níveis propostos, caso o peticionante consiga utilizar a área para o fim industrial buscado.

No entanto, em havendo potenciais interessados na área, ante a incidência do princípio da isonomia, o ideal seria a administração portuária pedir a abertura de licitação específica para essa área, o que seria juridicamente o mais adequado, mas tecnicamente a pior solução, atrasando a resolução de uma questão emergencial para o terminal.

Dessa forma, mesmo que a administração viesse a rapidamente produzir projetos, edital e a licitar celeremente a área (em um ou dois anos), nada garante que a peticionária venceria o certame.

Nesse sentido, mesmo vindo o Decreto 8.464/2015 a relativizar as exigências para a cessão de áreas, passando a ser necessário demonstrar a inviabilidade técnica, operacional ou econômica para a cessão direta (sem licitação) o fato é que, mesmo assim, o instrumento utilizado para a cessão ainda não é o mais adequado, tendo em vista o atual enfoque continuar sendo na área cedida e não em sua otimização.

Com efeito, nesse (e praticamente em qualquer outro caso) haverá sim viabilidade técnica, operacional ou econômica para a cessão direta de determinada área a determinado terminal, inclusive para fins turísticos, paisagísticos etc.

O que geralmente ocorre, no entanto, é que não há viabilidade técnica, operacional ou econômica de cessão em virtude do interesse público, manifestado no planejamento setorial (Planos Mestres e PDZ) e também no desenvolvimento negocial logístico pleiteado em determinado momento pela autoridade portuária para essa área, sendo adequado um uso específico (no caso, produção de energia), em detrimento dos demais.

Daí a adequação da substituição do ato administrativo vinculado de licitação pelo ato administrativo discricionário de cessão voltada ao aumento ou maximização de valor no uso dessas áreas. Mesmo porque o requerente já participou de licitação e pagou milionários valores de outorga no momento em que sagrou-se vencedor de certame de arrendamento portuário.

De modo que, caso utilizado o modelo proposto no presente trabalho, esse tipo de cessão poderia ser feito rapidamente, pela própria autoridade portuária, sem maiores complexidades, uma vez demonstrada a utilidade operacional e necessidade de urgente uso dessa área para produção de energia para os equipamentos do terminal, sob pena de prejuízos iminentes.

Assim, embora alegações possam surgir a qualquer momento no sentido da viabilidade de outros usos para aquela área e, portanto, da necessidade de licitação, a administração (no modelo empreendedor) poderia facilmente demonstrar que, apesar de outros usos serem possíveis, nenhum outro uso mais adequado havia para a utilização daquela área no momento do pedido, havendo a opção pela cessão direta ao peticionante, para que, em caráter emergencial, pudesse agregar valor ao seu terminal, otimizando seu uso para si e para o porto.

A partir desse entendimento, não estaria a autoridade mais obrigada a esgotar todas as possibilidades e a prever, em seu planejamento, de forma incontestável, o melhor uso possível para as áreas a serem cedidas, no momento presente e também no futuro. Mesmo porque isso é impossível na prática.

Pelo contrário, estaria a administração portuária aberta a sempre reavaliar locais e usos, a fim de permitir a ininterrupta atualização no modelo de negócios e nas práticas empregadas, em atos administrativos discricionários devidamente motivados, como já praticado em diversos portos internacionais no modelo *landlord*.

Como já dito, sendo o porto operacionalmente dinâmico, um modelo jurídico dinâmico deve ser criado e nele empregado, sob pena de perda de sua eficiência e, no limite, da obsolescência tanto dos ativos quanto dos negócios e funções praticadas pelo porto.

#### **7.4.5 ADPF 316 STF – MUNICÍPIO DE SANTOS**

Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 316/DF, ainda em tramitação junto ao Supremo Tribunal Federal, a Presidência da República questiona a expressão “exceto granel sólido”, contida no art. 17, inciso I e no anexo II, item IV e também no art. 22, § 3º da Lei Complementar 730, de 11 de julho de 2011, do município de Santos/SP.

A autora argumenta que as disposições impugnadas da Lei Complementar 730/2011 instituem restrições relativas a operações em zonas portuárias, acarretando sérios prejuízos à exploração dessa atividade, em violação à Constituição Federal, que estabelece ser competência privativa da União explorar portos marítimos, fluviais e lacustres e também legislar sobre esse regime.

A Presidência da República alega que, ao excluir comércio e armazenagem de graneis sólidos da categoria de uso permitido a instalações portuárias e retroportuárias localizadas na área insular do município, o ato normativo municipal interferiu diretamente no modo de explorar e de administrar serviços e instalações portuárias.

A partir da norma impugnada, o município de Santos tenta vedar a exportação de graneis sólidos (principalmente soja e derivados) do chamado “corredor de exportação”, formado por terminais de grande porte que exportam açúcar, soja e derivados, em região altamente urbanizada, dentro do município de Santos.

Deixando de lado a questão jurídico-constitucional, a questão de fundo se refere à conveniência de permanecerem os terminais graneleiros próximos a região altamente valorizada (Ponta da Praia) e densamente povoada daquele município.

Embora esses terminais já estejam instalados naquele ponto da ilha de Santos há muito tempo, o fato é que houve, nos últimos anos, um adensamento da área residencial do município para a área lindeira a esses terminais, passando seus moradores a sofrerem com ruídos, tráfego intenso de caminhões, mau cheiro e resíduos particulados derivados da movimentação de cereais, dentre outros transtornos, o que levou a Câmara Municipal a editar Lei Complementar que passou a vedar a movimentação dessas cargas nessa região (mas não a movimentação de passageiros, para a recepção de navios de cruzeiro, por exemplo).

Em outras palavras, para a municipalidade, o uso da área para fins turísticos, urbanísticos e sociais é hoje mais relevante que seu uso para fins logísticos, havendo o estudo de projetos (bares, hotéis, restaurantes, lojas, museu etc) voltados à comunidade, em detrimento das atividades das empresas exportadoras de grãos ali já instaladas.

No entanto, sendo o arrendamento um contrato de direito público, que outorgou direito ao uso de certa área a determinada empresa, via licitação, por 25 anos, dificilmente essa finalidade poderia ser mudada, antes do termo final desses contratos.

Esse mesmo problema ocorre também na área central de Santos (Valongo), onde a prefeitura pretende empreender um projeto de revitalização e preservação histórica, para recepção adequada dos turistas dos terminais de cruzeiro, mas enfrenta dificuldades para alteração do traçado da ferrovia que cruza esta região, com destino ao porto.

A administração portuária, por sua vez, embora pressionada tanto pela comunidade, de um lado, quanto pelos arrendatários, de outro, não consegue adequadamente cumprir seu papel de síndica do condomínio portuário, uma vez que as empresas instaladas no corredor de exportação possuem contratos administrativos que lhes dão o direito de ali permanecer, direitos esses oponíveis contra o próprio Estado, sob pena de indenização.

Com efeito, pela atual moldura jurídica, uma alteração na configuração das áreas cedidas, ou mesmo o remanejamento dessas empresas para outros pontos do porto seriam tratados hoje como hipóteses absolutamente excepcionais, por isso de complexa e demorada solução, ensejadora da necessidade de estudos aprofundados e da manifestação sucessiva de diversos

órgãos públicos, com o risco de decisões antagônicas e, eventualmente, da posterior responsabilização pessoal das autoridades envolvidas nesses atos (ao argumento de omissão, desídia, colusão e falha no planejamento, por exemplo).

Pelo contrário, pelo modelo defendido na presente tese, estariam a comunidade, arrendatários e administração portuária livres, a todo momento, para reavaliar e, se for o caso, repactuar áreas e prazos, fomentando novos investimentos privados em ativos públicos, podendo ser encontradas novas áreas para a movimentação desses granéis, em um ponto com menos impacto urbano ou ambiental, sem maiores complicações.

A partir do modelo proposto no presente estudo, o entendimento dos órgãos de controle e Ministério Público seria de que a licitação teria sido realizada não para movimentar cargas estritamente na região do atual corredor de exportação, mas sim para movimentar cargas no Porto de Santos, inicialmente nessa área, pois ali estavam os ativos (silos, esteiras, berços etc) que necessitavam para esses serviços, ao tempo da licitação. Em época onde não havia o adensamento urbano verificado atualmente na mesma região, exigente de cuidados turísticos e paisagísticos completamente alheios da temática da movimentação de granéis sólidos vegetais.

Exercendo o papel ativo de administração portuária empreendedora, estaria hoje a autoridade portuária autorizada a dialogar com a comunidade e também com os próprios arrendatários, a fim de reavaliar as condições, áreas e ativos inicialmente cedidos para a prestação desses serviços, reavaliando-se também a funcionalidade, para os dias atuais, dos termos da cessão inicial.

E assim, alterando-se o formato de planejamento, de exaustivo para maleável, estaria também a administração portuária autorizada a propor aos arrendatários a alteração de áreas, prazos e valores de investimento, caso identifique novos pontos, dentro do porto, onde passou a ser mais conveniente a prestação dos serviços de operação, diminuindo os impactos sociais e ambientais dessas atividades, em relação ao ponto inicial.

Esse novo modelo de planejamento, mais flexível e permeável à participação popular (por meio de audiências públicas), seria juntado a um modelo mais adequado de cessão de áreas, mais simples, mais aberto e menos burocrático para as alterações que se façam necessárias, a fim de otimizar o uso dos bens públicos cedidos à operação, mas com respeito aos anseios atuais da municipalidade que abriga o porto.

No caso em tela, a partir do adensamento populacional permitido pelo município, se hoje há prédios de luxo (com mais de 30 andares) nos arredores dos terminais graneleiros, seria razoável haver um modelo jurídico apto a permitir a célere reavaliação das condições de outorga, abrindo caminho para a expedita realocação das áreas arrendadas, para outros locais do porto, com menores impactos para a população.

Nesse sentido, parte da área do “corredor de exportação” poderia, por exemplo, vir a ser utilizado para expansão do terminal de passageiros de cruzeiros, aumentando-se ainda mais a valorização imobiliária da região a partir da revitalização dos ativos públicos voltados a receber turistas de todo o mundo.

A inovação poderia vir a ser complementada com o desvio, para outros pontos mais remotos do porto, do enorme fluxo de caminhões que atualmente corta áreas urbanas da municipalidade para acesso aos terminais graneleiros, elevando os índices de engarrafamento, poluição, acidentes, brigas e prostituição na área urbana do porto.

Esta mudança poderia vir a ser tomada de forma consensual e desburocratizada, evitando-se os atrasos e custos de transação decorrentes da judicialização dessas questões, da forma como se vê hoje.

Em síntese, ao invés de um planejamento de expansão integrado e progressivo, como já realizado em outros países, o modelo atual leva a discussões parciais e soluções heterônomas, com base em decisões judiciais ou em termos de ajustamento de conduta - TAC, quando a própria comunidade e administração do porto é que deveriam ter meios para chegar a consensos, levando em conta razões urbanísticas, estéticas, históricas, turísticas, paisagísticas, econômicas, ambientais, sociais, técnicas, logísticas, jurídicas e assim por diante.

Decisões estruturadas não de forma estanque, definitiva ou exaustiva, mas implementadas até que outras necessidades (de qualquer ordem) viessem a surgir, ensejando então novos estudos e novas reavaliações sobre a funcionalidade das mesmas áreas cedidas.

Como já dito, o modelo jurídico deve se adaptar à dinâmica do porto, que exige eficiência e funcionalidade permanente. E não o porto se adaptar à atual moldura legal, que dificulta ou inviabiliza a modificação de usos e a comutação de áreas.

A estrutura deve se adaptar à função, pois é dela dependente. E não o inverso.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Este capítulo apresenta as principais contribuições do trabalho e analisa algumas limitações encontradas em seu desenvolvimento. Ao final do Capítulo são apresentadas as recomendações e sugestões para trabalhos futuros, que permitirão aprofundar as análises realizadas, bem como contribuir para o aprimoramento do modelo de gestão portuária hoje existente no país, com reflexos nas redes de transportes que acessam os portos organizados.

### **8.1 PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES DO TRABALHO**

O porto é um elemento integrante do sistema de transportes de um país, tendo a sua operação grande impacto sobre todas as infraestruturas de transportes (rodoviárias, ferroviárias, hidroviárias e dutoviárias) que a ele dão acesso.

Assim, devido à escala das operações realizadas em um grande complexo portuário, milhares de caminhões, centenas de trens e dezenas de barcaças e navios podem ter acesso diário aos terminais portuários, havendo a necessidade da existência de infraestruturas adequadas a essas funções de transporte e transbordo, além de sincronismo na operação simultânea de todos esses modais.

Devido a sua grande importância logística, diversos países chegam a utilizar o porto em funções empreendedoras, com a finalidade de atração de tecnologias e de promoção de desenvolvimento para as empresas instaladas em sua área de influência.

Nesse contexto, como procurou-se demonstrar na pesquisa, o setor portuário brasileiro está longe de apresentar um formato ideal, sendo, de regra, as administrações portuárias um foco de problemas não só para o município que abriga o porto, mas para toda a sua hinterlândia, que passa a contar com problemas de poluição, congestionamentos, degradação de equipamentos públicos, acidentes e todas as demais questões decorrentes de um modelo de gestão ineficaz, que não permite que o porto cumpra nem com suas funções logísticas básicas.

Dentre as causas dos problemas, uma das mais importantes (senão a mais importante) é o formato jurídico de gestão do condomínio portuário, que não permite que os operadores privados (terminais arrendados) invistam diretamente e de forma célere tanto nas infraestruturas (rodoviárias, ferroviárias, hidroviárias e dutoviárias) que dão acesso ao porto, quanto nos ativos internos do próprio porto.

A principal contribuição desta tese é a veiculação de uma proposta de melhoria da governança dos portos públicos do país, por meio de um novo modelo de arrendamento portuário, totalmente aderente à Nova Lei dos Portos (Lei 12.815/2013) e Constituição Federal, de forma que as inovações propostas possam ser implementadas por mera alteração regulatória infralegal, sem necessidade do complexo procedimento de elaboração de uma nova lei.

A partir do modelo proposto, conforme disposto no item 7, os próprios arrendatários, como membros do condomínio portuário, passam a ser autorizados a investir em ativos (silos, armazéns, dutos, esteiras etc) e infraestruturas de acesso portuário, sejam esses acessos terrestres (pontes, túneis, rodovias perimetrais, pêsas ferroviárias etc) ou marítimos (aumento de berços, dragagem de canais etc).

Como os arrendatários passam a poder investir celeremente na infraestrutura necessária à prestação do serviço portuário, com reequilíbrios econômicos realizados sobre o próprio negócio portuário (extensão de prazos etc), passam a ser estimulados a buscar cargas e projetos de maior valor, para o porto e para a comunidade onde seu terminal está inserido, instaurando-se o modelo de gestão denominado “administração portuária empreendedora” (ESPO, 2011).

Com isso também as autoridades portuárias públicas passam a ganhar com o novo modelo, podendo passar a captar cargas e projetos de maior valor agregado para o porto público, sendo aberto um salutar diálogo público entre a administração portuária empreendedora, síndica do condomínio portuário, e os arrendatários privados.

Passa a autoridade a poder avaliar e a discutir com órgãos de controle, órgãos ambientais e com a própria comunidade onde o porto se localiza as novas condições de prestação do serviço portuário, os novos projetos propostos (por ela ou pelos arrendatários), passando a efetivamente funcionar como síndica do condomínio portuário, arbitrando e compondo eventuais conflitos entre os condôminos do porto.

Nesse novo modelo de governança, a municipalidade, os órgãos ambientais e demais órgãos intervenientes na atividade portuária passam a ter suas funções realçadas, passando, efetivamente, a haver a criação de novos projetos para o porto de forma transversal, com a participação dos representantes da sociedade desde o início da concepção de novos projetos, devendo suas recomendações serem consideradas pelo planejamento setorial.

A abertura da possibilidade de investimento direto pela iniciativa privada (arrendatários) no bem público portuário reveste-se de grande importância no atual cenário econômico, onde o erário público tem cada vez menos condições de investir, de forma isolada, em novas infraestruturas públicas.

A pesquisa de campo realizada para construção do *benchmark* revelou-se adequada, sendo claramente observada a distância que guarda os portos empreendedores europeus e asiáticos, verdadeiros instrumentos de competitividade e de política industrial desses países, com as administrações portuárias de modelo conservador existentes no Brasil, voltadas tão somente ao transbordo de cargas.

A análise feita sobre mais de 80 decisões do Tribunal de Contas da União deixou nítida a preocupação desse órgão de controle com os meios de prestação da atividade portuária, as áreas arrendadas, e não propriamente com os fins dessa cessão de áreas, que é geração de eficiência sistêmica nas atividades de armazenagem e transbordo.

A partir da pesquisa, abre-se então espaço para uma modificação conceitual no modelo de auditoria atualmente realizado sobre o setor portuário, podendo ser futuramente construídos índices de desempenho para as funções desempenhadas nos portos públicos, podendo haver uma migração do atual modelo de auditoria de cessão de áreas para outro, com foco no serviço.

Em termos metodológicos, após um período inicial de tentativa de elaboração de um diagnóstico sobre as causas de um sistema portuário tão problemático como o brasileiro, concluiu-se que, em sua maior parte, os problemas do setor são originados de um modelo jurídico inflexível, que dificulta enormemente (e geralmente impede) que os próprios membros do condomínio portuário (arrendatários) invistam na infraestrutura necessária para suas operações.

E isso vale tanto para as infraestruturas de acesso aos portos públicos (construção de rampas de transbordo hidroviário, de pontes, desvios, estações de transbordo ferroviárias, dragagem de berços etc), quanto nos próprios equipamentos públicos existentes nos portos (esteiras, armazéns, silos, dutos etc).

Praticamente todo tipo de intervenção, mesmo que emergencial, de regra tem que passar por licitação prévia, mesmo que o arrendatário interessado resolva fazer a obra a suas próprias expensas, sem requerer contraprestação em troca (doação).

Tanto o Objetivo Geral quanto os Objetivos Específicos da pesquisa foram alcançados, tendo sido construído um novo modelo de gestão mais ágil e flexível, a partir de uma reorientação conceitual no modelo de cessão de áreas portuárias (arrendamento) em vigor, com impactos diretos sobre a gestão dos portos organizados e sistemas de acesso aos portos.

Sendo o arrendamento um formato típico de cessão de área, no início figurou-se muito difícil (senão impossível) a construção de um novo modelo jurídico com o foco no fim, na função, e não mais no meio, no ativo portuário.

Isso porque, por óbvio, se o objeto da licitação é a área, realmente assiste razão aos órgãos de controle considerar como burla à licitação expedientes de modificação de áreas posteriores ao certame.

No entanto, com o expediente de já prever-se no próprio edital de licitação a possibilidade de migração de áreas, unificação de contratos e investimento privado direto em ativos públicos (vias de acesso, pátios, túneis etc) pelos arrendatários, evidentemente essas disposições passarão a ser dirigidas a todo o universo de atores portuários, estando, portanto, atendida a isonomia, pois todos os licitantes terão acesso a esse novo modelo de governança de suas áreas, previamente às novas licitações.

Nesse sentido, aliás, é função do poder concedente e agência reguladora setorial (ANTAQ) a modulação, no edital de licitação, das atividades a serem desempenhadas pelos arrendatários, não havendo qualquer inconveniente em considerar-se o membro do condomínio portuário (o arrendatário) legitimado a investir em infraestruturas que melhorem o desempenho de seus serviços.

E, por óbvio, se o arrendatário e a administração portuária passam a poder investir mais rapidamente e com menores custos de transação (burocracia) em infraestruturas portuárias, toda a região de influência do porto passará a sentir os efeitos dessa inovação, ante o menor número de filas de caminhões que passarão a ser geradas nas rodovias que acessam o porto (aliviando o trânsito das cidades portuárias), menor poluição, melhor utilização e recapacitação das ferrovias existentes, atração de novas empresas exportadoras para a região etc.

O porto vai assim deixando de ser um causador de problemas logísticos, sociais e ambientais, passando a captar projetos de maior valor, ao mesmo tempo em que se auto regula, simplificando a resolução de suas questões internas.

Em síntese, os objetivos geral e específicos foram atingidos, pois, com a nova proposta, o porto público poderá vir a efetivamente concorrer com os TUP na atração de cargas e projetos logísticos mais sustentáveis para a região onde se inserem, passando a atuar sem as amarras decorrentes do regime jurídico de direito público, possibilitando ainda a melhoria dos sistemas de transportes da região.

## **8.2 LIMITAÇÕES CONCEITUAIS ENCONTRADAS**

Um porto com gestão ineficiente afeta negativamente os fluxos de todo o sistema de transportes que com ele se conecta, levando prejuízos (poluição, engarrafamentos, saturação e dilapidação de vias e bens públicos etc) à região que o abriga.

Por outro lado, diversas obras internacionais especializadas sobre o setor de transportes e logística portuária são enfáticas em dar à gestão portuária uma conotação completamente diversa da usualmente encontrada no país.

O porto passa a ser visto como *cluster*, e a se integrar aos sistemas de transportes do país, trazendo oportunidades de desenvolvimento vindas de outros mercados globais. O porto passa então a ser uma alavanca para o desenvolvimento industrial.

A limitação inicial encontrada foi a escassez verificada no Brasil de teses e obras especializadas sobre governança portuária, principalmente no que se refere a administrações portuárias empreendedoras (ou portos de terceira geração), como aqueles em voga hoje na Europa.

A literatura existente no Brasil acaba seguindo linhas especializadas de pesquisa, seja tratando de planejamento de transportes, economia de transportes, regulação da atividade econômica, direito administrativo portuário, direito concorrencial, modelos tarifários e concorrenciais etc, mas com pouca conexão entre esses assuntos.

Existem raríssimas obras no país que conseguem sistematizar a enorme amplitude de questões técnicas e problemas vivenciados nos portos públicos brasileiros, sejam esses problemas sociais, ambientais, logísticos ou jurídicos. E mesmo essas obras, de regra, encontram-se desatualizadas para o novo marco regulatório que começou a ser instaurado em 2013 no setor.

Não havendo trabalhos que sintetizem e conectem os diversos problemas que enfrenta o setor portuário nacional, diagnósticos e prognósticos assistemáticos passam a surgir, geralmente focados na resolução de certa parcela de problemas, referentes a equilíbrio tarifário, trabalho

portuário, investimento em infraestrutura de transportes, intermodalidade, planejamento descentralizado, praticagem etc, mas deixando de lado as implicações dessas questões sobre outras esferas, com as quais acabam se conectando e gerando efeitos, no dia a dia portuário.

A guisa de ilustração, não adianta o planejamento ser centralizado, se o planejador não conseguir visualizar e interagir com a expansão das ferrovias, procurando tratar essa expansão de infraestrutura de forma conjunta com a expansão das rodovias e dos terminais portuários para os quais se destinam.

Não adianta a gestão ser formalmente descentralizada, se não houver condições efetivas de a administração portuária pública cumprir com seu papel de síndica, principalmente no novo ambiente, onde os portos públicos passam a competir com os TUP.

E o mais importante: não adianta o arrendatário passar por um processo seletivo para integrar o condomínio portuário, se, uma vez dentro do porto público, passa a não ter condições de gerir seu negócio com a agilidade que ele necessita (inclusive para investimentos privados diretos em infraestrutura pública de acesso aos portos, incluindo-se aí a dragagem de canais e berços).

Assim, analisando-se o setor portuário brasileiro como um todo, diversas conclusões parciais passaram a ser feitas, geralmente relacionadas com o baixo nível de serviços e com a má qualidade das infraestruturas de transportes que acessam os portos (rodovias congestionadas, estações de transbordo sucateadas, pontes pênseis que não funcionam, ferrovias que não se integram, por terem bitolas diferentes e assim por diante).

Mas, aprofundando os estudos, verificou-se que a resolução de um ou de alguns desses problemas, de um modo geral, não implicariam uma melhoria sistêmica e sinérgica do nível de serviço das atividades desenvolvidas no porto.

Assim, mesmo com infraestrutura nova, em breve ela se sucateava, retornando-se os problemas. O poder público devia investir nela, mas não tinha recursos. E as empresas privadas tinham recursos, mas não conseguiam investir com segurança jurídica.

De modo que outra pesquisa teve que ser realizada a partir de obras transpostas de outros ambientes jurídico-institucionais, geralmente europeias e asiáticas, onde constatou-se que o poder público naqueles ambientes conta com instrumentos de governança (como a contratação direta, diálogo com armadores, negociação de áreas com operadores, decisões do condomínio em conjunto etc) tidos como “privados” por nosso ambiente jurídico.

E por serem instrumentos “privados” de gestão, são, de regra, vedados em nossos portos organizados, geridos a partir do regime jurídico de direito público.

Até que, após pesquisa de campo e constatações “in locu”, o que acabou sendo observado foi que a maleabilidade jurídica do modelo *landlord* europeu e asiático acabava levando à solução da maior parte dos (senão de todos os) problemas portuários vivenciados nos grandes portos do mundo.

Não sendo isso possível no Brasil, o principal problema identificado, ao final, não era técnico ou econômico, mas jurídico.

O modelo jurídico acabava levando, nesses outros ambientes, à identificação de problemas e à realização de projetos para sua resolução imediata, abrindo a possibilidade de investimento privado direto dos operadores nas infraestruturas públicas colocadas a sua disposição, sejam elas vias urbanas, berços ou dutos, com efeitos na gestão do próprio porto.

E o porto, livre de problemas operacionais, passava a focar em se diferenciar no mercado, atraindo grupos econômicos para projetos menos poluentes ou ainda de maior valor (“empresas líder”), com efeitos estruturais benéficos sobre toda a rede transportes do país.

Nesses países, os próprios operadores, de um modo geral, estão livres para investir, alterar e reconfigurar o porto como queiram, funcionando a autoridade portuária como um árbitro desses pedidos de remodelação de áreas. E funcionando o porto como uma alavanca para a captação de investimentos privados e para o desenvolvimento da região.

Tendo em vista a limitação de literatura especializada no Brasil, as travas institucionais, decorrentes do regime jurídico de direito público, só foram identificadas após um esforço de compreensão de outros modelos e de construção de um *benchmark*, havendo uma fase de avaliação crítica sobre se essas limitações institucionais e custos de transação eram realmente inevitáveis para o setor portuário brasileiro, como decorrência de nosso modelo jurídico.

E a resposta foi negativa, pois a Constituição não impede a utilização do diálogo entre autoridade portuária e os membros do condomínio portuário e também não é contra a geração de eficiência e a orientação do serviço público para o regime de competição. Pelo contrário, a própria Constituição Federal apoia a eficiência e veda o desperdício de dinheiro público.

Como brilhantemente explica Schirato (2011) em sua tese doutoral, o serviço público pode e, tanto quanto possível, deve ser orientado para a atividade competitiva, a bem dos próprios administrados.

A partir da possibilidade jurídica de destravamento operacional das Companhias Docas, uma série de problemas hoje vividos no setor portuário, como as dragagens de manutenção e de aprofundamento de canais e berços, passariam a poder ser realizadas pelos próprios arrendatários, melhorando a eficiência da infraestrutura pública instalada, sem necessidade de mais e mais certames licitatórios para cada uma dessas atividades, pois os arrendatários já possuem competência genérica para tudo isso. Bastaria prever essas hipóteses nos editais de licitação dos novos arrendamentos.

Com efeito, se considerar-se que o ente privado já passou por licitação para a execução de todas as funções portuárias (e não apenas o transbordo e acondicionamento de cargas em certa área), pode ser inferida sua legitimidade para atuação em todos os serviços prestados no porto, inclusive no que se refere ao investimento em vias de acesso e outras infraestruturas logísticas e de transportes.

Por decorrência da limitação de literatura especializada no Brasil sobre essas nuances da governança portuária, as obras utilizadas na construção do *benchmark* do setor foram lidas com muita atenção e cuidado, sempre levando-se em conta que o ambiente institucional a que se referem (europeu ou asiático) é bastante diferente da realidade jurídico-institucional brasileira.

Mas, superadas essas limitações atinentes ao ambiente institucional onde as obras sobre o “porto empreendedor” foram escritas e uma vez construído o *benchmark*, acabou tornando-se possível enunciarem-se os efeitos buscados pelo novo modelo de governança que se buscava.

E uma vez transpostos esses efeitos para as travas institucionais de direito público encontradas na realidade brasileira, a proposta de um novo modelo, finalmente, conseguiu ser finalizada.

Surge aí, entretanto, uma outra limitação, não mais de ordem legal ou institucional, mas sim de ordem conceitual.

Com efeito, se a reforma proposta é, antes de tudo, conceitual, nada indica que os novos instrumentos de governança estudados conseguirão, realmente, ser implantados, mesmo se passar a haver previsão legal e arquitetura jurídica para tanto no país.

Aliás, se a questão fosse apenas jurídica, a mera previsão da possibilidade de arbitragem em questões portuárias, como recentemente regulado no país, por si só já contribuiria para a redução da conflituosidade dentro do porto. Mas a questão é bem mais complexa que essa, e adentra a seara da governança corporativa dos portos públicos.

Para a efetiva implantação do novo modelo proposto será, antes de tudo, necessária uma mudança de visão, passando os operadores, órgãos de controle, acadêmicos e comunidade portuária em geral a enxergar muito mais longe sobre as funções desempenhadas pelos portos, o que já ocorre em outros países.

Como procurou-se ilustrar em vários capítulos, no porto empreendedor a função de empresa (como estudado na “Teoria da Firma”) passa a ser substituída pela função do *cluster*, a gestão de área passa à gestão de funções, a noção de serviço público é substituída pelo regime competitivo e os sistemas de transportes passam a ser tratados em conjunto com sistemas logísticos nacionais e globais, procurando integrar a indústria do país a cadeias globais de valor.

Talvez esses conceitos e essas formas de atuação ainda estejam um pouco distantes do setor de transportes e da realidade brasileira em geral.

De forma que, sem um esforço de compreensão dessas novas balizas, eventualmente toda a base teórica do setor será mudada, mas, no campo real, tudo permanecerá como hoje está.

### **8.3 SUGESTÕES E RECOMENDAÇÕES PARA TRABALHOS FUTUROS**

Uma vez tendo sido estabelecidas as balizas e os marcos de um novo modelo de governança portuária, poderá agora esse trabalho ser complementado por outros, voltados à criação de novas ferramentas de gestão no novo ambiente institucional proposto.

No que se refere a auditoria, um estudo poderá ser desenvolvido especificamente voltado à construção de novos mecanismos de controle para as atividades portuárias, agora voltadas para o fim (a função prestada), e não mais para o meio, o local de prestação do serviço, nos termos já delineados nesta pesquisa.

Um novo estudo poderá também ser feito quanto à temática ambiental, de modo a estruturar-se um modo de participação de órgãos ambientais já no processo de estudo de novos projetos logísticos de interesse do porto (transversalidade), prevendo-se a atuação direta de especialistas

nesse processo, para que já possam emitir suas impressões quanto às licenças ambientais a serem oportunamente emitidas, evitando-se contratempos futuros.

Quanto aos aspectos concorrenciais, estudos poderão ser desenvolvidos, versando sobre:

- as formas de combate ao poder de mercado *intra* porto ou *inter* portos, de forma a municiar as autoridades antitruste de elementos eficazes para o combate a atos de concentração que não tragam efeitos concorrenciais benéficos ao porto público, visto de forma sistêmica (ou seja, levando-se em consideração a operação conjunta de todos os terminais existentes no condomínio portuário);
- o estabelecimento de limites para o *quantum* de expansão dos terminais, demonstrando-se de forma sistemática os procedimentos a serem seguidos pelo administrador público, quando do estudo desses projetos de expansão de áreas;

Por fim, na seara dos Transportes, novas pesquisas poderão ser realizadas, versando sobre:

- um novo modelo de planejamento portuário, mais simples e maleável, que flexibilize tanto o PGO quanto o PNL e PDZ, com o objetivo de permitir obras privadas na infraestrutura e superestrutura do porto, com o fim de otimizar as funções logísticas prestadas;
- uma nova sistemática de interrelacionamento entre os terminais privados presentes nos portos públicos, pautado em audiências públicas, deliberações em conjunto com os demais arrendatários e com a comunidade e profissionais de transportes da municipalidade onde o porto está inserido etc;
- avanços na governança corporativa dos portos públicos, instituindo novas práticas de gestão e prevendo, por exemplo, a indicação para membros da Diretoria das Companhias Docas a partir de lista com nomes de especialistas e profissionais enviada pelos próprios arrendatários e operadores portuários. Esse tipo de medida, entre outras, poderá vir a contribuir para a meritocracia e a despolitização na gestão dessas empresas;
- a instituição de uma nova metodologia, mais simplificada, para investimentos diretos dos arrendatários nas rodovias, ferrovias e demais estruturas portuárias, e também nas

dragagens de berços e canais, com o objetivo de viabilizar novas obras de infraestrutura, com reflexos nos níveis de serviço dos próprios terminais privados;

- uma nova metodologia, mais simples, para análise dos reequilíbrios econômico-financeiro requeridos pelos arrendatários, em função dos novos investimentos realizados, prevendo-se, tanto quanto possível, a amortização desses investimentos em função do próprio uso do bem público delegado, seja por aumento do prazo das outorgas, unificação de contratos de arrendamento, possibilidade de cessão de áreas lindeiras aos terminais etc, segundo as conveniências do planejamento setorial;
- o desenvolvimento de algoritmos, *softwares* e fórmulas paramétricas com base em análise multicritério, voltados à classificação de valor de sítios portuários, a fim de simplificar-se o trabalho da administração portuária quanto a conveniência ou não de alteração de áreas para a consecução de novas atividades requeridas em certo porto em determinado momento.

## REFERÊNCIAS

- ABRATEC – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (2010) **Regulação e Concorrência Portuária: Pareceres Jurídicos e Econômicos relativos à ADPF n. 139**, São Paulo.
- Adolf, K.Y; John, J. L. (2014) **Port Focal Logistics and Global Supply Chains**. New York. Palgrave Macmillan.
- Bain, J. (1949) A note on pricing in monopoly and oligopoly. **American Economic Review**, v. 39, p. 448-464.
- Bain, J. (1956) **Barriers to new competition**. Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- Ballou, R. H. (2006) **Gerenciamento da cadeia de suprimentos/logística empresarial**. Porto Alegre, 5a ed, Bookman.
- Baudoin, T. (2003) Territórios produtivos, empresas multinacionais e Estados na logística mundial. In: Monié, F.; Silva, G. (Org.) **A mobilização produtiva dos territórios: instituições e logística do desenvolvimento local**. Rio de Janeiro. DP&A, p. 25-42.
- Beccatini, G. (1990) The Marshallian Industrial District as a Socioeconomic Notion. In: Pyke, F.; Becattini, G.; Sengenberger, W. **Industrial Districts and Inter-firm Co-operation in Italy**, Genf, pp. 10-19.
- Berg, S. e Tschirt, J. (1988) **Natural monopoly regulation: principles and practice**. Cambridge University Press.
- Brasil (2011) Ministério dos Transportes. **Plano Nacional de Logística de Transportes – PNLT**. Brasília, DF.
- Brasil (2012) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. **Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro**. Produto 20: Relatório Final Consolidado. Rio de Janeiro, RJ.
- Brasil (2013) Secretaria de Portos da Presidência da República. **Plano Nacional de Logística Portuária – PNLP**. Brasília, DF.
- Brasil (2009) Tribunal de Contas da União. **Acórdãos 2.025/2009, 2.896/2009, 1.150/2011, 2.989/2011, 1.972/2012**. Brasília, DF.
- Cabral, T.P.C. (2014) **Porto-Indústria e Clusters Portuários: uma Análise Comparativa**. Monografia. Universidade Federal de Santa Catarina.
- Coase, R. H. (1937) The Nature of the Firm, **Economica**, vol. 4, n. Nov., p. 386-405.
- De Langen, Peter (2005) **Analysis of the benefits of intra port competition**. IAME Cyprus Conference.

De Langen, Peter *et alii* (2012) Ports as Clusters of Economic Activity. In: **The Blackwell Companion to Maritime Economics**. Ed. Wayne Talley, Cap. 31, p. 638-655.

De Langen, Peter (2012) Proximity Matters: Synergies through co-location of logistics establishments. In: **Beta Working Paper Series 380**, Beta Research School for Operations Management and Logistics, p. 1-24.

De Langen, Peter (2003) **The performance of seaport clusters**. Tese Doutoral. Universidade Erasmus de Roterdã.

Demsetz, H. (1968) Why regulate utilities? **Journal of Law and Economics**. Chicago, vol. 11, p. 55-66.

Ditzel Faraco, A. (2003) **Regulação e Direito Concorrencial – As Telecomunicações**. São Paulo. Livraria Paulista.

Freiria, R.C. (2011) **Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais**. São Paulo. Editora Senac.

Guasch J. L. (2002) **Logistics Costs and their Impact and Determinants in Latin America and Caribbean**. Washington, DC. The World Bank.

Haezendonck, E. (2001) **Essays on Strategy Analysis for Seaports**, Leuven, Garant.

Hannan and Freeman (1989) **Organizational Ecology** Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.

Harrison, B. (1992) Industrial Districts: Old Wine in New Bottles? **Regional Studies**, vol. 26 (5) pp. 469-483.

Heaver, T. Meerman, H. e Van de Voorde, E. (2001) Cooperation and Competition in International Container Transport: Strategies for Ports, **Maritime Policy and Management**, vol. 28, pp. 293-305.

Hermes, G. (2001) Versorgungssicherheit und Infrastrukturverantwortung des Staats. In: **Staatlicher und europäischer Umweltschutz im Widerstreit**, Dusseldorf.

Holanda, N. (2010) **Estratégia do PNLT e os avanços do Brasil no LPI-BIRD**. Brasília, Secretaria de Portos.

Justen Filho, M. (2014) **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais.

Justen Filho, M. (2003) **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo, Ed. Dialética.

Justen Filho, M. (2010) In: **Regulação e Concorrência Portuária: Pareceres Jurídicos e Econômicos relativos à ADPF n. 139**, Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público – ABRATEC.

- Krepel Goldberg, D. J. (2009) **Regulação do setor portuário no Brasil: análise do novo modelo de concessão de portos organizados**. Dissertação de Mestrado, USP.
- Krugman, P. (1991) **Geography and Trade**, Cambridge Massachusetts, The MIT Press.
- Mazzucato, M. (2014) **O Estado Empreendedor – Desmascarando o mito do setor público vs. setor privado**. São Paulo. Ed. Penguin.
- Metcalf, S. (1998), **Evolutionary Economics and Creative Destruction**, London, Routledge.
- Nester, A.W. (2006) **Regulação e Concorrência (Compartilhamento de Infraestruturas e redes)**, São Paulo, Ed. Dialética.
- Nijdam, M. (2010) **Leader Firms: The Value of Companies for the Competitiveness of the Rotterdam Seaport Cluster**. Tese Doutoral. Universidade Erasmus de Roterdã.
- Organisation for Economic Cooperation and Development – OECD (2013) **Interconnected economies: benefiting from global value chains, Synthesis Report**. Paris.
- Pondé, J. L.; Fagundes, J.; Possas, M. (1997) Custos de Transação e Políticas de Defesa da Concorrência. **Economia Contemporânea**, n. 2.
- Porter, M.E. (1990) **The Competitive Advantage of Nations**, London, MacMillan.
- Porter, M.E. (1998) The Adam Smith Address: Location, Clusters, and the "New" Micro Economics of Competition, **Business Economics**, vol. 33 pp. 7-13.
- Rodrigues, R.C.A. (2007) As redes logísticas e o novo papel dos portos na economia global. In: **Geografias artigos científicos**. Jan-jun de 2007. Belo Horizonte 03(1) p. 120-134.
- Schirato, V. H. (2011) **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo.
- Schmidt-Assmann, Eberhard (2003) **La teoria general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid. Ed. Marcial Pons.
- Silva, G. (2003) Logística e Território: implicações para as políticas públicas de desenvolvimento. In: Monié, F., Silva, G. (org.) **A mobilização produtiva dos territórios: instituições e logística do desenvolvimento local**. Rio de Janeiro. DP&A, p. 81-97.
- Sorgenfrei, J. (2013) **Port Business**. Germany. BoD Books.
- Sousa, M.A. *et al.* (2006) Comércio Exterior e Insegurança Jurídica. **Jornal Valor Econômico**, 13.12.2006.
- Sousa, M.A. *et alii* (2014) **Comparativo das metodologias adotadas no PNLT e PNLP e seus reflexos no planejamento do setor de transportes**. IN: Anais do XVIII Congresso Panamericano de Transporte y Logística, Santander/ES.

- Sousa, M.A. *et alii* (2014) **Comparativo entre o modelo portuário inglês e o novo modelo portuário brasileiro**. In: Anais do XVIII Congresso Panamericano de Transporte y Logística, Santander/ES.
- Sousa, M.A. *et alii* (2013) **Modelo de concessão para os portos brasileiros**. In: Anais do XVII Congresso da ANPET, Belém.
- Souza Junior, R.T.; Balbinotto, G. (2005) **O leilão de Demsetz como mecanismo regulador: a experiência gaúcha na concessão de rodovias**. Anais do IV Congresso de Regulação da ABAR.
- Sylos-Labini, P. (1957) **Oligopoly and technical progress**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Tácito, C. (2005) Gás Natural – Participação Privada – Concessão de Obra Pública. **Revista de Direito Administrativo** n. 242, Rio de Janeiro, Renovar.
- Talley, W.K. (2009) **Port Economics**. New York, NY. Ed. Routledge.
- UNCTAD (1998) **United Nations Conference on Trade and Development Report** – disponível em <http://www.unctad.org> , acesso em 20/11/2014.
- Vergara, S. C. (2000) **Projetos de Pesquisas em Administração**. 3ª ed., São Paulo, Atlas.
- Verhoeven, P. (2011) European Port Governance. **The European Sea Port Organisation – ESPO Fact Finding Book**, Brussels.
- Wald, Arnaldo *et alii* (1996) **O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais.
- Williamson, O. E. (1975) **Markets and hierarquies: analysis and antitrust implications**. New York, Ed. Free Press.
- Williamson, O. E. (1979) Transaction Cost economics: the governance of contractual. **The Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261.
- Williamson, O. E. (1985) **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: Free Press.
- World Bank (2007) **Port Reform Toolkit**. The International Bank for Reconstruction and Development, Washington, DC.
- World Economic Forum (2014) **The Global Competitiveness Report 2014 – 2015**. Klaus Schwab, WEF Editor, Geneva, p. 135.