

# breves cindes 45

## Regulação e concorrência nos portos brasileiros

Eduardo Augusto Guimarães  
José Tavares de Araujo Jr.

Fevereiro de 2011

apoio



Direktion für Entwicklung und Zusammenarbeit DEZA  
Direction du développement et de la coopération DDC  
Swiss Agency for Development and Cooperation SDC  
Agencia Suiza para el desarrollo y la cooperación COSUDE

CINDES é o coordenador da LATN no Brasil



LATN LATIN AMERICAN  
TRADE NETWORK



# Regulação e concorrência nos portos brasileiros

*Eduardo Augusto Guimarães\**

*José Tavares de Araujo Jr.\*\**

## 1. Introdução

A regulação de uma atividade econômica tem sido justificada como uma resposta a falhas de mercado — resultantes da existência de monopólio natural, de externalidades ou de algum outro fator — e tem por objetivo promover a concorrência ou reproduzir as condições que vigorariam em um regime de concorrência. Frequentemente, no entanto, a regulação tem sido implementada por autoridades governamentais (ou reivindicadas por agentes econômicos) exatamente para coibir a concorrência em mercados potencialmente competitivos. São exemplos, no próprio setor de transporte do país, os transportes aéreo e marítimo, no passado, e o transporte rodoviário interestadual de passageiros, ainda hoje.

No caso da atividade portuária, a regulação é necessária quando as características do sistema portuário (notadamente sua configuração geográfica e sua articulação com a rede de transporte terrestre e com a distribuição regional da atividade econômica) não são favoráveis à concorrência entre portos, dando origem a poder monopolístico das instalações portuárias existentes. Esse é, hoje, o caso do sistema portuário brasileiro.

---

\* Membro do Conselho Consultivo do Cindes.

\*\* Diretor do Cindes.

Nesse contexto, a preocupação básica da regulação, ao lado da defesa do usuário face o poder discricionário da instalação portuária, deve ser promover a concorrência no interior dos portos e induzir mudanças na configuração geográfica do sistema portuário que resultem em maior concorrência entre os portos. Essa é uma preocupação que esteve presente quando da elaboração da Lei 8.630, mas da qual a Secretaria Especial de Portos e a ANTAQ se afastaram nos últimos anos em um processo que vem transformando a regulação da atividade portuária em mecanismo que coíbe a concorrência.

## 2. Antecedentes do modelo portuário atual

O modelo portuário vigente no país foi formulado no início dos anos noventa, pela Lei dos Portos (Lei 8.630/93). O sistema portuário naquele momento era constituído por portos estatais com estrutura centralizada, no qual a participação do setor privado estava restrita a portos dedicados à movimentação de carga do próprio investidor.<sup>1</sup>

Essa configuração havia sido estabelecida por um conjunto de decretos editados em 1934 que dispunham sobre o espaço, as instalações e os serviços prestados pelos portos organizados e regulavam a utilização das instalações portuárias, atribuindo a direção direta da exploração dos portos nacionais organizados e a fiscalização da exploração dos portos a cargo de concessionários ou arrendatários ao Departamento Nacional de Portos e Navegação, do Ministério da Viação e Obras Públicas, que acabava de ser criado.

Os decretos de 1934 formulavam também normas sobre as relações de trabalho nos portos do país, as quais foram revigoradas, em 1943, com a Consolidação das Leis do Trabalho. Essa legislação estabelecia uma regulamentação extremamente rígida relativa à contratação e remuneração de trabalhadores para serviços

---

<sup>1</sup> Para uma análise mais detalhada do período, ver Castro e Lamy (1992).

de capatazia e, sobretudo, de estiva, cuja execução estava reservada a operários, de preferência sindicalizados, matriculados nas Capitânicas dos Portos, excluindo, portanto, pessoas com vínculo empregatício ou mesmo a tripulação das embarcações. Além disso, a CLT regulava a demanda de mão-de-obra, a magnitude e a composição da oferta de mão-de-obra e sua remuneração.

A legislação de 1934 autorizava e regulava a concessão de obras dos portos nacionais e a exploração do respectivo tráfego aos Estados ou a entidades privadas. Essa possibilidade não teve consequências práticas. Uma década depois, nova legislação permitiu a construção e a exploração de instalações portuárias de pequeno porte por estados e municípios, autorizando a transferência de sua conservação e exploração a entidades privadas. Em 1966, foi autorizada a construção ou exploração de instalações portuárias por entidades privadas, no caso da movimentação de carga própria. Em 1969, passou a ser permitida a movimentação de cargas de terceiros nesses terminais de uso privativo, sujeita à autorização pelo DNPVN, quando ocorresse congestionamento nas instalações dos portos organizados.

Essa estrutura institucional foi modificada com a criação da Portobrás, em 1975, que reproduzia, para a atividade portuária, o modelo adotado nos demais segmentos de infraestrutura: centralização da intervenção estatal em um setor econômico em uma empresa holding. A Portobrás combinava a atuação de empresa holding com controle direto de oito companhias docas e a administração direta de nove portos — até então relativamente independentes sob a supervisão do DNPVN — com a função de fiscalização dos portos estaduais sob regime de concessão e de terminais privativos que movimentavam carga própria (basicamente granéis sólidos e líquidos).

A extinção da Portobrás em 1990 marcou o início do processo de revisão do arcabouço institucional e legal que configurou o sistema portuário nas seis décadas anteriores. Do ponto de vista administrativo, o sistema portuário voltou a ser responsabilidade de um Departamento no âmbito Ministério dos Transportes. Quanto à reformulação do marco legal e regulatório, o processo foi mais lento e enfrentou

forte resistência. O formato do modelo de sistema portuário aprovado pelo Legislativo em fevereiro de 1993 reflete essa resistência e os compromissos requeridos para sua superação.

### 3. A reforma portuária de 1993

A reforma do sistema portuário introduzida pela Lei 8.630 (Lei dos Portos) tinha dois focos principais: reduzir a presença do Estado no sistema portuário com a transferência da exploração e gestão dos portos para o setor privado; e flexibilizar as normas sobre relações de trabalho nos portos, identificadas como principal fonte de ineficiência e custos elevados na atividade portuária.<sup>2</sup>

A reforma portuária é uma questão que se torna foco de atenção em todo o mundo na década de noventa. Essa tendência reflete as mudanças em curso no transporte marítimo, por sua vez uma decorrência do expressivo aumento do volume de carga transportada e da profunda transformação tecnológica e organizacional do setor, no que se destaca a difusão do contêiner, o aumento da dimensão das embarcações e o avanço na integração do transporte em cadeias logísticas. Essas mudanças impõem a busca de maior eficiência na gestão e operação das atividades portuárias e ao questionamento da capacidade de entidades estatais de responderem a essa demanda.

<sup>2</sup> No tocante à legislação trabalhista, a flexibilização das relações de trabalho foi significativa, mas não total. A Lei 8.630 estabelece que o trabalho portuário de movimentação, conferência e conserto de carga e de vigilância de embarcações nos portos organizados pode ser executado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos. A contratação dos trabalhadores com vínculo empregatício deve ser feita, no entanto, exclusivamente, dentre os trabalhadores portuários avulsos registrados. O fornecimento dessa mão-de-obra é administrado, em cada porto organizado, por um órgão de gestão de mão-de-obra do trabalho portuário - OGMO, constituído pelos operadores portuários. Os titulares de instalações portuárias de uso privativo estão autorizados a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado; as instalações existentes quando da aprovação da Lei 8.630 devem, no entanto, manter, em caráter permanente, a proporção entre trabalhadores com vínculo empregatício e trabalhadores avulsos então existente.

Nesse contexto, em diversos países, como no Brasil, o modelo de um ente público que exerce a função de Autoridade Portuária, detém a posse de todos os ativos no porto, executa as atividades portuárias e exerce as funções regulatórias dá lugar a formas mais diferenciadas de estruturação dessa atividade. Essa diversidade é usualmente sintetizada em quatro modelos de portos, descritos no quadro abaixo, no qual o serviceport corresponde ao modelo tradicional.

Service Port
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autoridade Portuária, um ente público, detém a posse de todos os ativos, executa as atividades portuárias e exerce as funções regulatórias.</li> <li>• Trabalho no porto realizado por empregados vinculados diretamente à AP.</li> <li>• O porto é geralmente controlado pelo Ministério dos Transportes</li> </ul>
Tool Port
<ul style="list-style-type: none"> <li>• AP detém e mantém a infraestrutura e superestrutura portuária.</li> <li>• Operação dos equipamentos, em geral, por mão-de-obra da AP</li> <li>• Outras atividades nos navios e cais executadas por empresas privadas de pequeno porte.</li> </ul>
Landlord Port
<ul style="list-style-type: none"> <li>• AP atua como órgão regulador e detém a propriedade da área do porto</li> <li>• Infraestrutura arrendada a empresas privadas que respondem pela operação do porto, mantém sua própria superestrutura e contrata o trabalho nas docas</li> <li>• Responsabilidade da AP restrita à exploração econômica e ao desenvolvimento de longo prazo dos terrenos e à manutenção da infraestrutura básica (rodovias de acesso, berços, ancoradouros)</li> </ul>
Private Service Port
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ausência do setor público da atividade portuária, transferência ao setor privado das atividades operacionais, das funções regulatórias e dos terrenos onde o porto está localizado.</li> </ul>

Elaborado a partir da tipologia apresentada pelo Banco Mundial em **PortReform Toolkit**. *SecondEdition*. Module 3, p. 100-109

O desenho do sistema portuário formulado pela Lei 8.630 tem como unidade básica o Porto Organizado, concebido de forma próxima a um landlordport, que pode ser explorado diretamente pela União ou por entidade privada sob o regime de concessão.

Na área do porto organizado<sup>3</sup>, a Lei 8.630 prevê a existência das seguintes instalações portuárias:

- em terreno do qual a União é o titular do domínio útil:
  - **cais público**
  - **terminal de uso público com gestão privada**, outorgado mediante contrato de arrendamento;
  - **terminal de uso privativo**, outorgado mediante contrato de arrendamento;
- em terreno cujo titular do domínio útil é um ente privado:
  - **terminal de uso privativo**, outorgado mediante autorização.

Além disso, a Lei 8.830 prevê ainda, fora da área do porto organizado, a existência de:<sup>4</sup>

- terminal de uso privativo, explorado por pessoa jurídica de direito público ou privado, mediante autorização, podendo assumir duas modalidades:
- exclusivo, para movimentação de carga própria;
- misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

A reforma aprovada em 1993 apontou, portanto, para uma privatização significativa da atividade portuária, prevendo a presença do investidor privado como:

- concessionário da exploração do porto organizado
- arrendatário de terminal de uso público com gestão privada ou de terminal de uso privativo, em área do porto organizado
- autorizatário de terminal de uso privativo em terreno do qual detenha a titularidade do domínio útil, dentro ou fora da área do porto organizado.

<sup>3</sup> Área do porto organizado: a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infraestrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto.

<sup>4</sup> Posteriormente, Lei 11.518/07 inclui na Lei dos Portos “a estação de transbordo de cargas” e a “instalação portuária pública de pequeno porte”, ambas relacionadas ao transporte de navegação interior.

Esse novo modelo explicitava a necessidade de um marco jurídico e institucional que regulasse as relações de mercado entre empresas privadas e usuários dos serviços de transporte. A Lei dos Portos, no entanto, antecedeu a legislação que definiu esse marco:

- a Lei 8.987 de 1995, que estabeleceu o novo arcabouço legal do regime de concessão e
- a Lei 10.233 de 2001, que fixou as diretrizes gerais do novo modelo do sistema de transporte e da atuação das agências reguladoras.

Essa inversão implicou que a Lei 8.630 criasse um marco regulatório próprio, não necessariamente harmonizado ao modelo que viria ser definido pela legislação subsequente, no qual a função de regulação das relações de mercado induzidas pelo novo modelo, em alguns casos, permanece vaga e, em outros, está referida à estrutura da administração pública federal então vigente ou a entidades criadas pela própria lei.

A legislação subsequente, em particular a Lei 10.233, procurou, por sua vez, incorporar o modelo de gestão portuária estabelecido pela Lei 8.630, sem, no entanto, corrigir inteiramente seus aspectos que não eram convergentes com o novo marco regulatório.

## 4. A Lei dos Portos vis-à-vis o marco institucional estabelecido pela Lei 10.233 em 2001

A Lei 10.233 de 2001 — que estabeleceu as diretrizes gerais do novo modelo do sistema de transporte terrestre e aquaviário e da atuação das agências reguladoras — atribuiu à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ a regulação do transporte aquaviário do país, compreendendo a infraestrutura portuária do país e a navegação em todas as suas modalidades.<sup>5</sup>

A competência atribuída à ANTAQ pela Lei nº 10.233/01 corresponde, no tocante à infraestrutura portuária, àquela comum às agências reguladoras criadas a partir da segunda metade dos anos noventa — e à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, em particular.<sup>6</sup>A ANTAQ veio, no entanto, encontrar já consolidada a estrutura de gestão do porto organizado estabelecida pela Lei 8.630/93, que compreende a Administração do Porto e o Conselho de Autoridade Portuária (CAP).

A Administração do Porto, que constitui a autoridade portuária, é exercida diretamente pela União ou pelo concessionário do porto organizado. Compete à Adminis-

<sup>5</sup> A ANTAQ deve exercer sua função de regulação em articulação aos órgãos responsáveis pela formulação da política e do planejamento do transporte, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT (conselho interministerial criado por essa Lei, que se reuniu pela primeira vez em 2009) e, nos termos iniciais da Lei 10.233, com o Ministério dos Transportes. Esse arranjo institucional foi alterado em 2007, com a criação da Secretaria Especial de Portos, a quem compete a formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento referentes aos portos e terminais portuários marítimos, bem como a aprovação dos planos de outorgas dessas instalações. Ficou reservada ao Ministério dos Transportes, a formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento relativos à marinha mercante, às vias navegáveis e aos portos fluviais e lacustres, excetuados os outorgados às companhias docas.

<sup>6</sup> Essa competência inclui:

- elaborar o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura portuária;
- editar normas e regulamentos relativos à exploração da infraestrutura portuária;
- publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos;
- autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo;
- fiscalizar o cumprimento dos contratos concessão e autorização das instalações portuárias;
- estabelecer normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias;
- aprovar as propostas de revisão e de reajuste de tarifas.

tração as atividades e responsabilidades inerentes à gestão da operação do porto. Contudo, a Lei 8.630 lhe concedeu também atribuições próprias de Poder Concedente.

É o caso da realização da licitação e da celebração do contrato que outorga a exploração de terminais no porto organizado a agentes privados. Embora a referida lei associe essa exploração a um contrato de arrendamento, fica claro, pela sua enumeração das cláusulas essenciais desse contrato, que se trata também de contrato de concessão para a prestação de serviço.<sup>7</sup> É também o caso da fiscalização e gerenciamento da execução daquele contrato e a regulação do relacionamento do arrendatário com os usuários dos serviços portuários (fixando os valores e arrecadando a tarifa portuária).

A amplitude dessas atribuições foi, em alguma medida, limitada pela Lei 10.233/01 que conferiu à ANTAQ a competência de supervisão e de fiscalização das atividades desenvolvidas pelas Administrações Portuárias e avocou a essa Agência o julgamento de recursos contra as suas decisões. Também o Decreto 4.391/02, ao regulamentar o arrendamento de áreas e instalações portuárias, estabelece que a proposta de Programa de Arrendamento do porto organizado elaborado pela autoridade portuária deve ser submetida à ANTAQ, a quem atribui também a competência para fixar normas complementares relativas à elaboração do contrato de arrendamento e à sua execução.

De todo modo, constitui um problema grave a atribuição de funções típicas de uma agência reguladora a um dos agentes econômicos que participam das relações de mercado constituídas em torno do porto organizado.

A outra entidade presente na gestão do porto organizado é o Conselho de Autoridade Portuária que deve ser constituído em cada porto, com atribuição de regu-

---

<sup>7</sup> As cláusulas essenciais referem-se ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento, bem como aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço.

lamentar sua exploração, homologando os valores das tarifas portuárias, manifestando-se sobre os programas de obras da infraestrutura portuária, aprovando o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto, e zelando pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência e de proteção ao meio ambiente.<sup>8</sup>

As atribuições do CAP, em boa medida, se sobrepõem à da Administração do Porto e incluem funções típicas de uma agência reguladora. Contudo, por sua natureza limitada, tais atribuições podem ser entendidas como uma delegação de competência por parte dessa agência.

De todo modo, essas distorções da legislação vigente enfraquecem a atuação da ANTAQ na regulação e fiscalização dos portos organizados. Cabe, portanto, promover a adequação do modelo de exploração e gestão do porto organizado delineado pela Lei 8.630 ao marco regulatório vigente no país, mediante alteração da Lei 10.233 que explicita a competência da ANTAQ para licitar e celebrar atos de outorga de contratos de (i) concessão e arrendamento para gestão privada de terminais de uso público e (ii) de arrendamento e autorização para a exploração de terminais de uso privativo na área do porto organizado. Da mesma forma, cabe ratificar, mediante alteração da Lei 10.233, as atribuições conferidas aos Conselhos de Autoridade Portuária pela Lei 8.630, convalidando-as como competências regulatórias delegadas pela ANTAQ e, assim, fortalecendo a atuação do CAP, mas mantendo a competência da Agência para exercer, diretamente, atividades de fiscalização nos portos organizados e rever as decisões daqueles Conselhos.

---

<sup>8</sup> O CAP é constituído por representantes dos blocos do poder público (três representantes), dos operadores portuários (quatro), da classe dos trabalhadores portuários (quatro) e dos usuários dos serviços portuários e afins (quatro), cabendo a cada bloco um voto nas deliberações do Conselho e ao presidente do Conselho, o voto de qualidade. A Lei 10.233 atribuiu à ANTAQ a indicação do Presidente do CAP.

## 5. A implementação incompleta do novo modelo portuário e os desvios recentes

Contudo, os problemas enfrentados hoje pelo sistema portuário do país não refletem apenas essa defasagem entre a reforma do sistema portuário e a definição do marco regulatório do novo modelo do setor de transporte no Brasil. Na verdade, decorrem também da implementação incompleta do modelo proposto para o sistema portuário, agravada por decisões mais recentes da política governamental referentes ao setor que divergem e representam um retrocesso em relação ao modelo formulado pela Lei dos Portos.

A Lei 8.630/93 estabelece que o porto organizado pode ser explorado diretamente pela União ou por entidade privada sob o regime de concessão, a ser outorgada mediante licitação. No tocante aos portos organizados existentes no país houve, na década de noventa, decisão de Governo de transferir sua exploração para o setor privado, traduzida, em 1996, na inclusão das empresas Docas e de todos os portos e ativos por elas administrados no Programa Nacional de Desestatização.<sup>9</sup> Essa decisão não teve consequências, permanecendo os portos federais sob a gestão das Companhias Docas. Também nos portos delegados para estados e municípios, a Administração do Porto vem sendo exercida diretamente pelo poder público.<sup>10</sup>

A manutenção das Companhias Docas na Administração dos portos organizados representou a continuidade de uma atuação caracterizada por problemas de gestão empresarial e politização da administração portuária e por volume de investimento insuficiente para atender a expansão do comércio externo do país.

<sup>9</sup> Companhia Docas do Rio de Janeiro - CDRJ; Companhia Docas do Estado da Bahia - CODEBA; Companhia Docas do Ceará - CDC; Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP; Companhia Docas do Pará - CDP; Companhia Docas do Maranhão - CODOMAR; Companhia Docas do Rio Grande do Norte - CODERN; e Companhia Docas do Espírito Santo - CODESA.

<sup>10</sup> A Cia. Docas de Imbituba, em Santa Catarina, é única concessionária privada da exploração de um porto organizado. Essa concessão, estabelecida antes da aprovação da Lei 8.630, vigora até 2012.

Em 2008, a decisão de transferir a administração dos portos existentes no país para o setor privado foi revertida por decreto, que excluiu as Companhias Docas e os portos correspondentes do Programa Nacional de Desestatização. Essa decisão não parece constituir, no entanto, um fato isolado. Está acompanhado de outras iniciativas que vão na direção contrária à transferência da atividade portuária para o setor privado contemplada pela Lei dos Portos.

De fato, o processo de disseminação de terminais públicos sob gestão privada e de terminais privativos nos portos organizados não avançou de forma significativa. Contudo, mais importantes são os obstáculos impostos por legislação recente à expansão da rede de terminais privativos de uso misto fora da área dos portos organizados.

A previsão de movimentação de carga de terceiros no terminal de uso privativo introduzida pela Lei 8.630 representa uma evolução em relação a documentos legais anteriores. Corresponha ao propósito dessa lei de induzir a participação do setor privado na expansão do sistema portuário do país, de remover entraves regulatórios e de estimular a concorrência. Assim, a implantação dos terminais privativos está, na Lei dos Portos, condicionada apenas à outorga de autorização pela autoridade competente. Não há qualquer restrição à movimentação de carga própria ou de terceiros, seja quanto à quantidade, à qualidade ou a proporção de cargas movimentadas.

A autorização é um instrumento de outorga flexível e ágil que se caracteriza, segundo a Lei 10.233/01, por (i) independência de licitação; (ii) ser exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição; (iii) não prever prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.

Essa lei estabelece que a autorização seja disciplinada em regulamento próprio pela Agência.

Em cumprimento a essa determinação, a ANTAQ aprovou, em outubro de 2005, norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo. Essa norma exigiu que, ao pleitear a autorização, o investidor especifique as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas. A movimentação do quantitativo declarado de carga própria constitui uma obrigação da autorizatória, sujeitando-a à multa no caso de descumprimento injustificado.

Tal restrição foi questionada junto a ANTAQ como divergente da Lei dos Portos. Nesse processo, o Procurador-Geral da Agência se manifestou pela eliminação dessa restrição por entender que o “regime de exploração de instalações portuárias na modalidade de uso privativo misto faculta aos operadores a movimentação de cargas próprias e de terceiros, sem qualquer restrição, seja quanto quantidade ou a proporção de cargas a serem movimentadas”

Em abril de 2008, a Associação Brasileira dos Terminais de Containeres de Uso Público – ABRATEC – propôs, ao STF, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF na qual argumenta que a “conduta atual da ANTAQ permite que terminais de uso privativo misto ilegítimos concorram, em situação de ampla vantagem competitiva, com terminais de uso público”. Em decorrência, a ABRATEC solicita que “as operações de movimentação e armazenagem de cargas de terceiros sejam realizadas primordialmente por meio de instalações portuárias de uso público, que operam mediante regime jurídico de direito público (de concessão ou permissão) e são submetidas, em regra, a prévia de licitação” e requer “a declaração de que os preceitos constitucionais referidos permitem que instalações portuárias de uso privativo, outorgadas a particulares mediante autorização e sem prévia licitação, realizem a movimentação e armazenagem de cargas não próprias (de terceiros) apenas de modo acessório ou secundário”.

O Supremo Tribunal Federal não se pronunciou ainda quanto ao mérito da Arguição. O Executivo, no entanto, incorporou a tese defendida pela Associação quando da edição do Decreto 6.620, em outubro de 2008. Esse texto infra-legal, ao “disciplinar concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas” introduz restrições à instalação de terminais privativos de uso misto não previstas na Lei 8.630. O quadro abaixo compara a Lei 8.630 com o Decreto 6.620 que a regulamenta:

Lei 8.630	Decreto 6.620
<b>terminal de uso privativo:</b> “movimentação de carga própria e de terceiros” (art. 4º, parag. 2º, II.b)	<b>terminal de uso privativo:</b> “movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros” (art. 35º, II)
<b>carga própria:</b> nenhuma qualificação	<b>carga própria:</b> “aquela pertencente ao autorizado, a sua controladora ou a sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária” (art. 2º, IX)
<b>carga de terceiros:</b> nenhuma qualificação	<b>carga de terceiros:</b> “aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária” (art. 2º, X).

A preocupação com uma eventual vantagem competitiva dos terminais de uso privativo em relação aos terminais de uso público aparece também na norma da ANTAQ, que operacionaliza o Decreto 6.620, a qual estabelece, mais uma vez sem respaldo legal, que “a ANTAQ poderá determinar à Autorizada a contratação compulsória de mão-de-obra junto ao OGMO quando identificar a existência de precarização de mão-de-obra, de conflito de âmbito concorrencial – ou a sua potencialidade –, entre o terminal de uso privativo misto e a zona de influência do Porto Organizado”.

Como avaliado em documento da Confederação Nacional da Indústria, “as novas restrições impostas pelo Decreto 6.620 implicam que o terminal privativo de uso misto deixe de ser um integrante pleno e permanente do sistema portuário do país,



uma vez que restringido a movimentar apenas eventual e subsidiariamente uma gama limitada de carga de terceiros. Mais do que isso, a definição de carga própria formulada pelo decreto dificulta até mesmo a realização de investimento para escoamento dessa carga, uma vez que a empresa a que pertence não pode contar com a receita gerada por cargas de terceiros para viabilizar a operação de seu terminal — sua operação só será autorizada se a carga pertencente ao autorizado, justificar ‘por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária’. O disposto no Decreto representa uma clara barreira à instalação de novos terminais privativos, o que se opõe à maior participação do setor privado na operação do sistema portuário do país e, conseqüentemente, à expansão desse sistema, ao mesmo tempo em que impede que uma maior concorrência venha beneficiar seus usuários. Esse efeito negativo das novas normas afeta, em particular, a circulação de contêineres. E isso não só porque impede sua movimentação nos terminais privativos de granéis, mas também porque é mais difícil viabilizar a implantação de terminais de contêineres com base apenas na movimentação da carga própria da empresa autorizada” (CNI, 2010, p. 52).

O Decreto 6.620/08 estabelece que as disposições nele contidas não alcançam os atos legais praticados anteriormente à sua edição. Não obstante, a aquisição da Embraport – Empresa Brasileira de Terminais Portuários — empresa que tem autorização para construir e explorar um terminal privativo de uso misto no Porto de Santos, outorgada em 2006 — foi objeto de contestação pela ABRATEC junto ao CADE.<sup>11</sup> Tal contestação se apoia no argumento de que as empresas adquirentes – DO World e Odebrecht – não usarão o terminal para operar carga própria e que, aproveitando-se dos menores custos que a Embraport apresenta em decorrência de assimetrias regulatórias, a DP World poderia oferecer descontos significativos no Brasil.

O CADE, acompanhando o Relator Cezar Mattos, desconheceu a contestação e aprovou a aquisição sem restrições. Essa decisão é relevante, no entanto, porque o relator examina em seu voto os argumentos levantados pela ABRATEC para apoiar

a sua tese sobre a assimetria regulatória entre os terminais de uso público com gestão privada e os terminais privativos de uso misto. Esses mesmos argumentos serviram de base para a edição do Decreto 6.620/08. Na verdade, como indicado em nota divulgada pelo CADE, “esta foi uma oportunidade para o CADE, dentro de sua função de advocacia da concorrência, realizar uma avaliação sobre o impacto das regras de concorrência entre os TUPs e TUMs em função das assimetrias regulatórias alegadas”.<sup>12</sup>

O quadro abaixo indica as assimetrias regulatórias que, segundo a ABRATEC, implicariam maiores custos para os terminais de uso público (TUPs) relativamente aos terminais privativos de uso misto (TUMs), às quais são contrapostas a avaliação do CADE.

No cômputo geral, a análise desse Conselho conclui que “não há assimetrias regulatórias que gerem custos ou obrigações aos TUPs que justifiquem o constrangimento da concorrência dos TUMs com base na regra de obrigatoriedade de preponderância da carga própria. E quando tais assimetrias podem efetivamente ter feito, as medidas corretivas ideais não passam pelo constrangimento da concorrência”.

Face essa conclusão, o documento do CADE observa que “em um setor historicamente caracterizado no Brasil como de permanente estado de excesso de demanda ou insuficiência de oferta e excesso de custos como portos, a redução na atratividade de investimentos dos TUMs, reduzindo a oferta de longo prazo, constitui, no mínimo, medida contraditória. Levando ainda em conta a retomada da economia e o fato que o investimento proposto na operação se observa em terminal de contêineres, o tipo de carga que mais cresce, este constrangimento da concorrência dos TUMs se torna ainda mais ineficiente”.

<sup>11</sup> Ato de Concentração nº 08012.007452/2009-31. Ver [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)

<sup>12</sup> CADE. “Sumário Executivo. Ato de Concentração Odebrecht e Dubai Port – Porto de Santos”.

Assimetria apontada pela ABRATEC	Avaliação do CADE
os TUPs são arrendados e concedidos via leilão, enquanto os TUMs são simplesmente autorizados, sem qualquer mecanismo de leilão, o que geraria um ônus a mais para os TUPs, não arcados pelos TUMs;	a assimetria de custos estaria superestimada dado que os TUPs arrendariam por leilão uma área já com investimentos consolidados e em operação, enquanto os TUMs devem fazer investimento greenfield. Assim, tal assimetria não justificaria inibir a concorrência dos TUMs frente aos TUPs. [seria interessante para efeitos de maior eficiência na escolha do operador portuário uma maior utilização de leilões também para as autorizações dos TUMs]
os TUPs são concedidos por 25 anos (renováveis por mais 25 anos), enquanto os TUMs seriam autorizados sem previsão de término do contrato, o que viabilizaria preços menores para estes últimos para efeito de viabilizar recuperação dos investimentos;	há elevada probabilidade de renovação por mais 25 anos para os TUPs e ainda, o caráter precário da autorização, não permite inferir que se trata de uma perpetuidade. De qualquer forma, restringir a concorrência dos TUMs não parece ser a medida mais adequada. Eventuais medidas corretivas, como garantir a antecipação da renovação dos TUPs, seriam menos distorcivas.
a contratação de mão-de-obra pelo Órgão Gestor da Mão de Obra (OGMO) seria obrigatória para os TUPs e optativa para os TUMs;	neste caso, ou se eliminam as eventuais ineficiências alegadas da contratação pelo OGMO, eliminando as desvantagens dos TUPs, ou se desobrigam ambos, TUPs e TUMs, de contratar pelo OGMO. Não se justifica limitar a concorrência dos TUMs ou obrigá-los a contratar por um regime que seja efetivamente mais custoso.
a prática indevida de freeriding, visto que os TUPs pagariam taxas à autoridade portuária (não pagas pelos TUMs), que seriam investidas nas áreas comuns, beneficiando, também, os TUMs.	não foram detectadas quaisquer taxas não pagas pelos TUMs por serviços efetivamente usufruídos por estes terminais. De qualquer forma, se existirem, as medidas corretivas adequadas seriam simplesmente definir a cobrança proporcional ao uso desses serviços dos TUMs e não constrirem a concorrência.
os TUPs teriam obrigações de atender todas as solicitações de movimentação de cargas, inclusive as menos rentáveis, enquanto os TUMs poderiam escolher as cargas mais rentáveis, configurando uma situação regulatória conhecida como cream-skimming; restringir a concorrência dos TUMs evitaria este problema conforme a ABRATEC;	A operação dos TUPs é considerada como serviço público (em tese, com obrigações de universalização, continuidade, modicidade tarifária). No caso concreto, estas “obrigações” não geram quaisquer efeitos mais palpáveis. Como os TUPs trabalham em efetiva liberdade tarifária podem cobrar os preços que desejarem. Naturalmente, podem recusar cargas simplesmente cobrando mais alto que os donos das cargas estão dispostos a pagar. Isto implica que a tese do cream-skimming neste setor não seria aplicável e o constrangimento da concorrência dos TUMs apenas serviria para ampliar os lucros supracompetitivos dos TUPs e não para financiar serviços públicos

*Elaborado a partir de CADE. “Sumário Executivo. Ato de Concentração Odebrecht e Dubai Port – Porto de Santos”*

## 6. O sistema portuário brasileiro vis-à-vis do modelo da Lei dos Portos

O sistema portuário brasileiro, ainda hoje, não reflete plenamente a configuração contemplada pela reforma portuária aprovada pela Lei 8.630 em 1993. De fato, a transferência da exploração e gestão dos portos para o setor privado — que, ao lado da flexibilização das relações de trabalho, constituía seu foco principal — está ainda bem aquém do previsto pela reforma.

A divergência entre a realidade atual e o modelo proposto é maior quando as transformações desejadas dependiam de iniciativas de Governo. É o caso da transferência da Administração dos Portos Organizados para o setor privado, possibilidade prevista naquela lei, que não se materializou. Da mesma forma, a difusão da gestão privada de terminais de uso público nos portos organizados está ainda incompleta — em boa medida, uma decorrência da permanência das Cias. Docas estatais na Administração dos Portos.

Já a disseminação dos terminais de uso privativo — que dependia basicamente de iniciativa do investidor privado — foi mais significativa, notadamente no caso dos terminais de graneis líquidos e sólidos que responderam, em 2009, por 80% e 66% dos totais de cargas dessas naturezas movimentadas no sistema portuário do país. A expansão dos terminais de carga geral foi menos expressiva, embora tais terminais tenham aumentado sua participação no volume de carga geral movimentada no país nos últimos anos, alcançando 29% em 2009. O aumento dessa participação está associado ao incremento da percentagem de contêineres movimentados nesses terminais, que cresce de 1% em 2005 para 12% em 2009.

Essa evolução reflete o interesse, crescente ao longo da década, de investidores pelas oportunidades de investimentos em infraestrutura no Brasil. Esse interesse se manifesta também em relação aos terminais privativos.

**Tabela 1**  
**Participação dos terminais privativos na movimentação de carga no país**  
**2005-2009 (milhões de toneladas)**

	2005	2006	2007	2008	2009	Taxa anual
<b>Graneis sólidos</b>						
Portos	120,5	130,3	152,2	147,7	148,0	4,2%
TUP	272,2	285,4	305,5	312,5	285,0	0,9%
Total	392,7	415,8	457,6	460,2	433,0	2,0%
<b>TUP/ Total</b>	<b>69,3%</b>	<b>68,6%</b>	<b>66,8%</b>	<b>67,9%</b>	<b>65,8%</b>	
<b>Graneis líquidos</b>						
Portos	38,0	40,9	43,5	40,5	39,7	0,9%
TUP	125,6	134,5	151,0	155,1	158,2	4,7%
Total	163,6	175,4	194,5	195,6	197,9	3,9%
<b>TUP/ Total</b>	<b>76,8%</b>	<b>76,7%</b>	<b>77,6%</b>	<b>79,3%</b>	<b>79,9%</b>	
<b>Carga geral</b>						
Portos	76,3	82,7	83,8	85,8	72,1	-1,1%
TUP	16,3	18,6	18,5	26,7	29,9	12,9%
Total	92,6	101,3	102,2	112,5	102,0	2,0%
<b>TUP/ Total</b>	<b>17,6%</b>	<b>18,4%</b>	<b>18,1%</b>	<b>23,7%</b>	<b>29,3%</b>	
<b>Contêiner</b>						
Portos	54,5	61,5	65,9	67,1	57,5	1,1%
TUP	0,5	1,9	2,2	6,1	7,8	74,7%
Total	55,0	63,3	68,0	73,2	65,4	3,5%
<b>TUP/ Total</b>	<b>0,9%</b>	<b>2,9%</b>	<b>3,2%</b>	<b>8,3%</b>	<b>12,0%</b>	

Fonte: ANTAQ. Anuário Estatístico 2009.

É nesse contexto que se situa a orientação de Governo de limitar a expansão dos terminais de uso privativo, que se explicita com as restrições à instalação de terminais de uso misto introduzidas pela Resolução 571 da ANTAQ em 2005 e se consolida, em uma versão mais radical, com o decreto presidencial de 2008. Tal mudança de política ocorre exatamente quando as decisões de investir em terminais privativos, notadamente das associadas a contêineres, estavam ganhando momento. A incerteza jurídica criada pela resolução manteve em suspenso diversos projetos de investimento em fase de elaboração e implantação, a maioria dos quais foi finalmente abandonada após a decisão presidencial.

De modo geral, o resultado da não implementação plena do modelo formulado pela Lei 8.630 tem sido a continuidade da baixa eficiência e custos elevados do sistema

portuário; o volume insuficiente de investimentos no setor, o que afeta a expansão da oferta de serviços portuários; e um ambiente que arrefece a concorrência.

Na verdade, os obstáculos à maior participação do setor privado na atividade portuária criadas pela política de Governo sequer têm como contrapartida uma atuação mais eficaz dos órgãos públicos.

**Tabela 2**  
**Orçamento de investimento das Cias. Docas (milhões de reais)**

	Dotação	Realizado	
2005	389,6	90,6	23%
2006	410,7	99,8	24%
2007	601,5	105,6	18%
2008	613,2	177,2	29%
2009	662,2	187,0	28%

Fonte: Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais ([www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?sec=4](http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?sec=4))

O volume de investimento previsto pelas Cias. Docas, apesar de ter crescido nos últimos anos, é ainda insuficiente para atender as oportunidades associadas aos portos organizados que administram. Mais grave, no entanto, é a incapacidade dessas empresas de utilizar os recursos disponibilizados. A parcela das dotações orçamentárias anuais efetivamente dispendidas no exercício é muito reduzida (menos de 30%) e não têm apresentado uma evolução favorável ao longo dos anos.

Essa evolução não contribui para superar as principais deficiências do sistema portuário do país: baixa eficiência, custos elevados, volume reduzido de investimentos e expansão insuficiente da oferta de serviços.

## Referências bibliográficas

ANTAQ. **Anuário Estatístico 2009**

Castro, N.R. e Lammy, P. 1992. “A Desregulamentação do Setor Transportes: o Caso do Subsetor Portuário”, IPEA: Texto para Discussão 28.

Confederação Nacional da Indústria. **A indústria e o Brasil. Transporte de cargas. Agenda para um Brasil Competitivo**. Brasília: CNI, 2010.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. “Sumário Executivo. Ato de Concentração Odebrecht e Dubai Port – Porto de Santos”. [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)

Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais  
([www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?sec=4](http://www.planejamento.gov.br/secretaria.asp?sec=4))

World Bank 2007. **Port Reform Toolkit. Second Edition**. Washington, D.C.  
([www.worldbank.org](http://www.worldbank.org))