

NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO: forças econômicas e construção histórica

THE NEW PORT SECTOR REGULATORY FRAMEWORK: Economic Forces and Historical Development

José Carlos Higa de Freitas*

Resumo: A realidade do setor de infraestrutura portuária é econômica, assumindo posteriormente a forma jurídica. Este artigo se propõe a mostrar como a economia exerce influência sobre a evolução histórica dos modelos de regulação da exploração portuária no Brasil, procurando se utilizar de uma interpretação sistemática e histórica das leis que regulam o setor portuário. A análise crítica da Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013 demonstra, no entanto, a existência de uma contaminação da regulação administrativa por interesses econômicos que prejudicam a possibilidade de garantir a adequada expansão do setor portuário frente às necessidades do comércio exterior.

Palavras-chave: Porto. Histórico. Economia. Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013.

Abstract: The sector of port infrastructure has an economic reality, later assuming its legal form. This article aims at showing how the economy influences the historical evolution of the regulation models of the port exploitation in Brazil, using the historical and systematical system of law interpretation. The critical analysis of Law n. 12.815 of June 5, 2013 show, however, the economic interests influence on the administrative regulation, which deny the possibility to guarantee the necessary port expansion for the foreign trade.

Keywords: Port. History. Economy. Law n. 12.815 of June 5, 2013.

1 INTRODUÇÃO

O porto marítimo sempre desempenhou um papel relevante para o desenvolvimento econômico de qualquer nação inserida no âmbito do comércio internacional. No Brasil, o setor portuário movimenta anualmente 700 milhões de toneladas, o que representa quase 95% do comércio exterior brasileiro (BRASIL, 2014).

Apesar do papel estratégico desse setor de infraestrutura para o país, a atividade portuária sempre foi regulada por diplomas legais esparsos que atividade portuária recebeu uma abordagem própria através do artigo 21, inciso XII, alínea f, que estabeleceu a competência da

*Advogado. Graduado pela Universidade Mackenzie (2002). Especialista em Direito Público pela Escola Superior de Advocacia - SP (2005). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie (2008). Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie.

União Federal para explorar diretamente, ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos e do artigo 22, inciso X, que estabeleceu a competência privativa da União de legislar sobre o regime dos portos. Os dispositivos constitucionais tornam claro que a atividade portuária tem natureza de serviço público e é este o tratamento que determinado pela Lei nº. 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, que estabeleceu com maior clareza o regime jurídico de exploração dos portos organizados.

A expressão do fenômeno portuário através de um conjunto de normas jurídicas, certamente, reflete as práticas sociais e econômicas inseridas em determinado período histórico. O porto como elemento vivo da sociedade se projeta internamente e se estabelece conforme os produtos explorados dentro de sua zona de influência. A predominância de um tipo de carga em determinado porto se dá em razão do fluxo comercial a que ele se encontra submetido, sendo notório que a carga define o modo de operação dos terminais portuários.

O fator econômico, portanto, molda a formação dos portos não só no Brasil, como no mundo. Qualquer país que almeja o crescimento econômico sabe da importância de portos eficientes, bem administrados e que em última instância possam gerar maiores receitas para o Estado, mas não se pode deixar de lado o controle dessa atividade para o interesse nacional. A formação de portos públicos e de portos privados deveria obedecer, portanto, a essa dinâmica econômica.

A bem da verdade, a presença de terminais privados não representa um fato inédito na história do desenvolvimento do setor portuário. A escassez de recursos estatais para realização de investimentos na construção e exploração dos portos se observa desde a publicação da Carta Régia que permitiu a abertura dos portos brasileiros para as nações amigas.

O modelo de regulação administrativa do setor portuário caminhou, assim, em diferentes direções ao longo do tempo, imprimindo maior ou menor centralização de suas decisões, mas sempre com abertura para a inversão de recursos dos particulares na infraestrutura portuária.

Atualmente, o quadro normativo estabelecido pela Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013 estabelece claramente um modelo centralizador do planejamento do sistema portuário nas figuras da agência nacional de transportes aquaviários e na secretaria especial dos portos, determinando regimes jurídicos distintos para terminais portuários localizados dentro e fora do porto organizado sem considerar que a forma de exploração portuária possui características diferentes conforme o tipo de carga movimentada e seu respectivo mercado econômico e que a atividade portuária deve ser considerada um serviço público.

2 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A INSERÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA

O sistema portuário brasileiro nasceu público e se manteve assim por mais de três séculos (GOLDBERG, 2009, p.63). Com a vinda da família Real para o Brasil, o aumento da movimentação de cargas nos portos não foi significativo, de forma que a demanda era atendida perfeitamente pela rudimentar rede de pontes e píeres de atracação em diversos trapiches espalhados pela costa brasileira.

Com relação a esse período, se observa (SOUZA JUNIOR, 2008, p.45) que:

Devemos considerar que, nesse estágio do desenvolvimento da estrutura administrativa pública brasileira, consolida-se o ambiente portuário como ponto de referência tributária nas operações de embarque e desembarque de mercadorias. Nesse período ainda não se cogita sobre questões relativas à qualidade das operações, custos ou logística portuária, em razão de que as rudimentares estruturas portuárias existentes atendiam às necessidades da época, sem inibir ou prejudicar a competição das mercadorias brasileiras no mercado internacional.

Essa situação, no entanto, teve que mudar após o período de gestação da economia cafeeira que permitiu o país se reintegrar às correntes do comércio exterior no último quarto do século XIX (FURTADO, 2007).

O aumento da produção do café e a falta de recursos para garantir a expansão da infraestrutura portuária conduziu o governo do império a lançar mão de um programa de incentivo à realização de investimentos da iniciativa privada no setor portuário. Desta forma, foi promulgado o Decreto nº. 1.746 de 13 de outubro de 1869, que autorizava o governo a contratar a construção, nos diferentes portos do Império, de docas, armazéns para carga, descarga, guarda e conservação de mercadorias destinadas à importação e a exportação.

Analisando essa forma embrionária de regulação do setor portuário, afirma Cristiana Maria Melhado Lima (LIMA, 2011, p.16) o seguinte:

Nesse período, a concessão de portos mostrava-se muito semelhante à concessão de obra pública. As regras financeiras eram simples: como forma de compensação pelos recursos investidos, os concessionários podiam explorar os serviços de docas e armazenagem, por prazo não superior a 90 (noventa) anos. Havia uma prévia aprovação, pelo governo, do capital da concessionária, ou seja, sendo este reconhecido pelo governo, não poderia aumentar ou diminuir, e ficaria a empresa concessionária obrigada a constituir um *fundo de amortização*, após 10 (dez) anos da conclusão da obra.

Durante o século XIX, a propriedade de cais e trapiches era um bom negócio que tinha a sua remuneração garantida tanto pela prestação de serviços, como pelo arrendamento

do cais a terceiros. Algumas empresas se localizavam a beira mar, podendo importar diretamente a matéria prima e exportar os seus produtos beneficiados.

Por este motivo houve uma multiplicação de pedidos de autorização para a construção de píeres e trapiches para a exploração do litoral por particulares. No entanto, estes projetos passaram a ser rejeitados pela administração pública que se encontrava pressionada pela necessidade de construção de portos marítimos administrativamente organizados, com maior porte e prontos para atender a necessidade de crescimento da operação portuária em escala e qualidade. (SOUZA JUNIOR, 2008, p.50)

Dentro desse contexto, a conclusão da ligação ferroviária das regiões produtoras de café com o litoral paulista levou à realização de uma concorrência pública, que teve como objeto a construção e o aprimoramento da estrutura do porto de Santos, na qual saiu vitorioso o grupo liderado por Cândido Gaffrée e Eduardo Guinle.

O grupo em questão recebeu autorização para explorar o porto de Santos por 39 anos, conforme o decreto n°. 9.979 de 12 de julho de 1888, prazo que foi ampliado na sequência para 90 anos. Foi constituída, assim, a empresa Gaffrée, Guinle & Cia, com sede no Rio de Janeiro, mais tarde transformada em Empresa de Melhoramentos do Porto de Santos e, em seguida, em Companhia Docas de Santos (BRASIL, 2013).

Percebe-se, assim, que atuação livre dos agentes privados não era suficiente para se encontrar, já naquela época, uma solução capaz de compatibilizar os interesses públicos, os interesses dos usuários e os interesses do setor.

Mais do que isso, a intervenção direta do Estado na economia foi importante para que certos objetivos possam ser alcançados. Pouco depois da concessão realizada em Santos, foi necessário que o Estado obtivesse crédito de bancos estrangeiros para financiar diretamente a construção do porto da cidade do Rio de Janeiro, o qual, depois de pronto, teve a sua administração delegada a uma empresa privada (SOUZA JUNIOR, 2008, p.53).

As soluções distintas encontradas para os casos do porto de Santos e do Rio de Janeiro demonstram, primeiro, que o Estado não deve se abster completamente de intervir em um setor de grande importância para a economia nacional, como o setor portuário, estando claro, ademais, que as forças do mercado nem sempre irão responder da mesma forma, no mesmo período, ao mesmo modelo administrativo de regulação.

Em uma fase posterior, o sistema portuário acaba sofrendo a influência do dirigismo econômico da era Vargas em que o Estado impõe a centralização administrativa do setor. Este feito é alcançado através da publicação de quatro decretos, todos publicados no

ano de 1934, que estabelece um núcleo normativo que concretiza a primeira sistematização do direito portuário.

Assim, se apresenta o Decreto nº. 24.446 que firma o conceito de “porto organizado”, “administração portuária” e estabelece a distribuição de competência dos diversos ministérios intervenientes do sistema portuário. Também surge o Decreto nº.24.508 que define os serviços prestados pela administração portuária e trata do modelo tarifário a ser adotado em cada porto. É publicado, ainda, o Decreto nº. 24.599 que estabelece novas regras pertinentes à concessão portuária. E, finalmente, o Decreto nº. 24.511 que regula a utilização das instalações portuárias. Convém destacar que esse conjunto normativo vigorou até a promulgação da Lei nº. 8.630 de 1993.

Analisando o artigo 1º, § 1º do Decreto nº. 24.511 de 1934 se percebe que os serviços portuários eram assim considerados quando prestados a outrem, sem qualquer preferência e com a máxima eficiência. A forma estabelecida normativamente, neste período, deixa claro que a atividade portuária representa um serviço público exercido dentro de um modelo que se aproxima do atual conceito de terminal portuário de uso público.

O regime militar iniciado no ano de 1964 procurou criar um ambiente favorável à realização de investimentos em instalações portuárias. Desta forma é publicado o Decreto-lei nº. 05 de 04 de abril de 1966 que garante a construção e exploração de terminais portuários sob a condição de utilização exclusiva para uso próprio.

Justifica-se essa forma de exploração no caso de mercados onde há uma grande concentração, tendo uma empresa capaz de estar presente em toda cadeia produtiva. O terminal privativo seria um estabelecimento ou parte de um estabelecimento de uma empresa industrial ou comercial, sendo utilizado apenas em suas atividades. Um exemplo de aplicação da precitada norma se encontra na operação do terminal portuário de Tubarão explorado pela antiga Companhia Vale do Rio Doce. Neste caso, não cabe se falar em prestação de serviço público portuário por se atender apenas o interesse da própria empresa responsável pela operação portuária do terminal privativo.

Quase uma década depois, a Lei nº. 6.222 de 10 de julho de 1975 autorizou a criação da empresa pública denominada Empresa de Portos do Brasil S.A. PORTOBRÁS, que tinha como suas principais atribuições a construção, administração e exploração dos portos e das vias navegáveis interiores, exercendo a supervisão, orientação, coordenação, controle e fiscalização sobre tais atividades.

Trata-se de um modelo em que houve a concentração da decisão política do sistema portuário e também o monopólio da União Federal que administrava diretamente 10

portos e encampava indiretamente a administração de 15 outros portos através do controle exercido sobre as Companhias Docas responsáveis.

Ao contrário do que muitos atualmente pensam a respeito da figura da Portobrás, este modelo gerou importantes resultados (SOUZA JUNIOR, 2008, p.74) para o setor portuário, a saber:

O período de atuação da Portobrás foi caracterizado por um, ainda inigualável, desenvolvimento do setor portuário nacional, período em que foram realizados diversos investimentos no aumento da capacidade física de manuseio e estocagem, dragagem e melhorias nas técnicas operacionais.

Contudo, na década de 1980 o Brasil enfrentou um período de depressão econômica, reflexo de problemas estruturais como a alta da inflação e o endividamento público, que determinou uma queda abrupta dos investimentos no setor portuário. O Produto Interno Bruto que crescia a uma média de 7,4% ao ano entre 1964 e 1980 passa para um índice próximo a 2% ao ano, reduzindo a capacidade de investimento do Estado em infraestrutura.

A infraestrutura portuária existente começa a ficar ultrapassada e perde totalmente a competitividade frente aos demais países. Começa, então, a ser questionado por grupos empresariais o chamado “custo Brasil” e a necessidade de remodelação do setor. Em consequência, o Estado acaba determinando a extinção da Portobrás através da Lei nº. 8.029 de 1990, substituindo, após um período de “lacuna institucional” o quadro normativo vigente pela Lei nº. 8.630 de 1993, conhecida como a Lei de Modernização dos Portos.

A Lei nº. 8.630 de 1993 estabelece um novo regime jurídico para o setor portuário, inspirado, neste momento, pelas mudanças neoliberais empreendidas na Inglaterra, trazendo como objetivo a introdução de mecanismos de concorrência no setor em uma política guiada pela desregulamentação, descentralização e privatização, a fim de se atingir maior produtividade e menores custos nos serviços portuários (OLIVEIRA, 2000).

Dessa forma, a Lei de modernização dos portos implicou na reformulação dos principais conceitos do setor como porto organizado, administração portuária, trabalho portuário, operador portuário, etc. Além disso, ela introduziu novas figuras como a do Órgão de Gestão de Mão de Obra do Trabalho Portuário que assume a competência de administrar o fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário-avulso para os operadores portuários.

Finalmente, a Lei nº. 8.630 de 1993 definiu um novo modelo de regulação da exploração portuária que pode ser resumido da seguinte forma (LIMA, 2011, p.21):

O regime jurídico será diferenciado não em razão da modalidade do porto, público ou privativo, mas em razão da natureza das instalações portuárias. Explicamos. Nos portos públicos é possível encontrar tanto terminais, instalações portuárias, de uso público – sujeitos a regime jurídico de Direito Público, quanto terminais, instalações portuárias, de uso privativo – sujeitos ao regime de Direito Privado, mesmo situados dentro da área do porto público – podendo estes últimos serem explorados de forma exclusiva ou mista pelo particular. Nos portos de uso privativo, somente se encontram instalações portuárias de uso privativo; não é possível encontrar fora da área do porto organizado, instalações portuárias marítimas de uso público, sendo, nesse caso, o regime do porto exclusivamente privado.

Passados exatos 20 (vinte) anos da lei que trouxe uma guinada liberal para a atividade portuária, o Estado decide assumir uma posição de maior controle das informações pertinentes à movimentação de cargas, centralizando novamente as principais decisões relativas aos portos nas figuras da Agência Nacional de Transportes Aquaviários e da Secretaria Especial de Portos. Procura-se, igualmente, uma maior fluidez no procedimento de construção e exploração de novos terminais portuários, que encontra a resistência natural dos processos burocráticos de licitação.

Conclui-se, dessa forma, a evolução histórica das normas aplicadas ao setor portuário com a promulgação da Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013, que é resultado dos objetivos destacados acima. Apesar de estar longe de demonstrar a mesma racionalidade de sua antecessora, a nova lei dos portos reforça a presença do capital privado como agente motriz da expansão e aprimoramento da atividade portuária, como se verá a seguir.

3 DA ATIVIDADE PORTUÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO

O interesse público pode eleger determinadas atividades econômicas como prioritárias, o que leva o Estado a exercê-las em um regime de exclusividade ou delegação, assumindo, dessa forma, uma função de integração capitalista. Quando se confirma essa opção do legislador constituinte ou ordinário se passa ao campo dos serviços públicos.

Pois bem, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a União Federal possui a competência de explorar diretamente ou por delegação os portos marítimos. Existe, portanto, uma clara transposição da atividade econômica de exploração dos portos para o âmbito público.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2012, p.687), o serviço público é determinado por dois elementos fundamentais:

[...] seu *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, *traço formal* indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de direito público, isto é, numa unidade normativa.

Assim, a atividade portuária apresenta-se como serviço público ao se abrir para a coletividade, garantindo uma comodidade ou utilidade material que pode ser usufruída individualmente pelos particulares mediante contraprestação financeira. Esse é o traço particular dos portos públicos que são obrigados a colocar à disposição de qualquer interessado um serviço adequado que atenda as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas. Atualmente, pode-se verificar essa mesma característica de prestação de uma utilidade a toda coletividade foi ampliada pela Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013 de forma a incorporar, também, a atividade dos terminais portuários de uso privado.

Quanto ao aspecto formal, dentro do chamado porto organizado, a exploração dos portos é regida exclusivamente pelo direito público. No entanto, a mesma premissa não se repete em relação aos terminais portuários de uso privado que se encontram submetidos ao regime jurídico de direito privado, o que significa que eles se encontram livres para contratar com terceiros independentemente de um controle tarifário.

A coexistência desses dois regimes jurídicos precisa ser analisada à luz do que determina a disposição do artigo 21, inciso XII, alínea f) da Constituição Federal, pois toda atividade portuária deveria assumir a natureza de serviço público quando destinada a uma prestação universal a ser aproveitada individualmente pelos usuários.

Seguindo essa linha de pensamento, torna-se importante frisar a definição de serviço público estabelecida pelo prof. Silvio Luís Ferreira da Rocha (ROCHA, 2013, p.525), que o reconhece como sendo:

[...] espécie de atividade econômica de titularidade exclusiva do Estado, prevista na Constituição ou em leis, sujeita a observância de regime jurídico de direito público, por meio do qual o Estado, ou quem o substitua, presta aos particulares, por obrigações de dar ou fazer, comodidades, utilidades, aproveitáveis individualmente, mediante contraprestação pecuniária ou não.

É de fundamental importância que o desenvolvimento da atividade portuária manifeste respeito à Constituição Federal e assuma as características de serviço público conforme a definição acima destacada. Não se pode impor ou admitir forma estranha que venha a desrespeitar a vontade do poder constituinte originário.

Ora, se é intenção do legislador que a atividade portuária assuma a natureza de serviço público, ele assim o faz porque sabe dos reflexos jurídicos dessa disposição. O princípio da continuidade do serviço público transformam os equipamentos, terrenos e

instrumentos em bens afetados ao desenvolvimento da atividade portuária, enquanto utilizados para esse fim, conforme previsão dos artigos 66, inciso II e 69 do Código Civil.

Mais do que isso, quando se determina a natureza de serviço público à determinada atividade econômica pressupõe-se a sua importância para coletividade, de forma a exigir que ela seja desempenhada dentro de uma normalidade em relação às prescrições técnicas a execução do serviço; que ela seja prestada sem interrupção, salvo em casos de emergência, razões de ordem técnica ou de segurança e inadimplemento do usuário; que ela se realize sem riscos e de forma eficiente, seguindo preceitos técnicos modernos; que ela seja prestada a todos que se encontrem na condição de usuários; que a contraprestação exigida pelo serviço não prejudique o acesso ao serviço disponível.

Desta forma, não se pode olvidar que o marco de regulação administrativa da atividade portuária deve obediência à Constituição Federal, razão pela qual ele precisa estar estabelecido de acordo com as características do serviço público, não havendo como se admitir formas ou regimes jurídicos distintos para essa atividade.

4 DA DINÂMICA ECONÔMICA DA ATIVIDADE PORTUÁRIA

A percepção do serviço público nem sempre é muita clara e se situa em uma zona limítrofe entre o direito público e o direito privado. É dentro desse espaço limite que se desenvolve o modelo regulatório administrativo, respondendo as mudanças técnicas e econômicas da sociedade para redefinir o papel do Estado em um dado período temporal.

É salutar perceber que o setor portuário representa um segmento econômico estratégico em que a presença do Estado direta ou indiretamente é de extrema relevância. Por isso, em um quadro claro de privatização do setor, o controle do Estado se torna ainda mais importante até pela tendência da atividade portuária em estabelecer um monopólio natural.

Convém reconhecer, assim, que a regulação mediante imposições normativas de prestações positivas ou negativas sobre o desempenho da atividade econômica será bem sucedida apenas quando refletir adequadamente o funcionamento econômico do setor sem criar imperfeições regulatórias.

Desse modo, o aprofundamento em relação à dinâmica econômica do setor portuário é fundamental para poder se alterar a adequação de um determinado modelo regulatório.

O primeiro momento da compreensão da dinâmica econômica do setor portuário se estabelece pela análise do conceito de *hinterland*. Toda estrutura portuária opera em função

de uma zona de influência econômica que se projeta para o interior do país. A ponderação do custo logístico de um ponto até determinado porto irá definir o perímetro de captação de demanda.

Observa-se uma condição de “isocusto” quando o custo logístico total entre um ponto e os dois portos mais próximos sejam equivalente limitando, assim, a região de influência. No entanto, se é verificada uma movimentação menor que o potencial da zona de influência significa que existe uma falha de gestão no porto que conduz as cargas para outro local apesar de inicialmente haver um custo de transporte maior (GOLDBERG, 2009).

Da mesma forma, o perfil das mercadorias acaba por determinar as características do terminal portuário necessário para movimentá-las. Por esse motivo, a operação de um terminal de contêineres, granel sólido, granel líquido e carga geral são mundos totalmente diversos.

O contêiner, por exemplo, envolve mercadorias de diferentes gêneros com uma característica de dispersão dos destinatários. Por isso, não existe uma concentração em um agente de mercado, mas sim a oferta necessária à coletividade. Sua atuação é ampla e envolve a movimentação e armazenamento de bens de consumo, bens intermediários e bens de produção, adequando-se perfeitamente ao regime jurídico dos portos públicos e à competição intraportos.

A operação portuária de granéis, por sua vez, se destaca pela concentração em grandes embarcadores, refletindo a existência de uma cadeia verticalizada. É o caso da maioria das *commodities* produzidas e exportadas pelo Brasil. Esse tipo de atuação se amolda ao conceito de terminais portuários de uso privado, sendo menos provável a competição intraportos.

Como afirmado anteriormente, a atividade portuária tende a formação de um monopólio natural visto que o ganho de escala resulta necessariamente na diminuição dos preços e isto é reflexo da evolução da navegação marítima que opera com navios de maior dimensão, ganhando em capacidade de carga.

Por consequência, um terminal portuário com maior extensão de cais e infraestrutura de armazenamento é capaz de justificar a prática de preços mais reduzidos do que dois terminais portuários menores em regime de competição. Tal fator de escala precisa necessariamente ser considerado pelos entes administrativos que regulam o setor.

Nessa linha, inclusive, se assentou na operação de terminais portuários de contêineres o conceito de dois tipos de terminais: os *hubs ports* que são centros de

distribuição onde predomina a atividade de transbordo e os *feeders* que são portos menores que recebem ou direcionam as cargas aos *hubs* através da navegação de cabotagem.

Assim, um programa político para o setor portuário deve trabalhar com o conceito de ganho de escala e integração nacional de um grande distribuidor e portos menores vinculados ao porto principal. Tal medida dificilmente será alcançada por força apenas da iniciativa dos agentes econômicos privados.

O planejamento se torna fundamental em um projeto de expansão econômica, tal qual ocorreu nas últimas duas décadas na China. A construção do *hubport* de Yangshan em Xangai é um bom exemplo disso. A construção do maior terminal de contêineres do mundo em uma ilha artificial demonstra a importância da interferência governamental para que a atividade portuária possa atender a demanda de crescimento de setores ligados à exportação e importação.

É preciso estar atento, ainda, à tendência mundial de formação de uma cadeia verticalizada de empresas de navegação que se tornam operadoras portuárias na movimentação de contêineres, visto a capacidade dessas empresas de manobrar a demanda nesse setor.

Logo, cabe considerar a condição estratégica dos portos para os interesses nacionais em razão da ameaça do avanço do capital estrangeiro, concentrado nas mãos de grandes transportadores de carga, sobre um mercado que pode ser facilmente abalado pelo regime de funcionamento de terminais de uso privado mediante autorização.

As forças econômicas são importantes indicadores da direção que deve ser tomada na política econômica do setor, pois do contrário corre-se o risco de determinar uma regulação anacrônica e incapaz de garantir o desenvolvimento do setor portuário.

5 DO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO

Uma nova lei deveria, em tese, retratar a evolução da sociedade pela consolidação de suas principais aspirações, privilegiando, em grande medida, o interesse público. No entanto, as deficiências do processo democrático tornam em determinadas ocasiões mais proeminente a captura do Estado pelos interesses privados.

O processo legislativo da Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013 é um belo exemplo de como forças políticas e econômicas podem caminhar paralelamente para provocar o retrocesso de um modelo de regulação administrativa que se não era perfeito, estabelecia uma organização do setor mais clara e sistematizada.

Não foram estabelecidas medidas com o propósito de aprimorar o modelo regulatório a fim de adequá-lo às práticas modernas do setor portuário. Pelo contrário, a vontade política de centralização das decisões em determinados entes administrativos e a composição de forças econômicas deram o tom nas mudanças realizadas pela nova lei dos portos.

A força econômica de alguns grupos empresariais foi crucial para definir que os terminais portuários de uso privado estarão aptos a realizar a movimentação de cargas de terceiros, passando, assim, a competir diretamente com os terminais públicos no mesmo mercado relevante. Tal medida não se mostra eficiente nem adequada a todos os tipos de cargas.

É preciso ter em mente que essa situação não estará devidamente estabilizada enquanto algumas medidas judiciais e administrativas, que questionam a possibilidade dos terminais privados realizarem a movimentação de cargas de terceiros, não forem julgadas em definitivo. A ação mais importante a esse respeito é a arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 139 movida pela Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC) contra a agência nacional de transportes aquaviários. O controle jurisdicional dos atos administrativos pode ser importante para se alcançar a racionalidade econômica e o respeito à determinação constitucional de que a atividade portuária deve ser entendida, antes de tudo, como um serviço público.

Observa-se, assim, que o novo marco regulatório preservou a insegurança jurídica que permeava os investimentos nos terminais de uso privado, pois apesar da recente guinada legislativa é possível ainda se questionar a sua adequação ao modelo estabelecido na Constituição Federal. O terminal privado deve ser admitido se e somente se existir carga própria para justificar a sua operação.

A mais peculiar das mudanças empreendidas pela Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013 se direciona especificamente para um pequeno grupo de terminais portuários privativos que atuavam com cargas mistas dentro do chamado porto organizado. O artigo 58 da nova lei dos portos determina que essas instalações portuárias terão assegurada a continuidade de suas atividades, desde que seja realizada a sua adaptação aos contratos de adesão previstos para os novos terminais de uso privado.

Cria-se, portanto, uma situação anômala à própria sistematização que se pretende estabelecer através da nova lei dos portos. Se o critério de classificação dos portos públicos e dos portos privados se fundamenta no critério espacial e administrativo de estar ou não dentro do porto organizado, como esperar que um terminal portuário possa operar segundo o regime

de direito privado, onde deveria imperar o regime de direito público. Esta é uma verdadeira amostra de que a nova lei dos portos foi conduzida não para o aperfeiçoamento da gestão portuária, mas sim para atender interesses comerciais particulares.

O quadro normativo atual do setor portuário provoca um desbalanceamento nas relações de direitos e deveres dos terminais portuários públicos e privados que poderá desaguar, no futuro próximo, em um estado de concorrência assimétrica entre esses agentes econômicos, colocando em risco, inclusive, a concepção dessa atividade como serviço público.

Os portos públicos estão sujeitos ao controle tarifário, obediência ao regime de movimentação mínima, a contratação de trabalhadores através do órgão gestor de mão de obra (OGMO) e ao regime de reversão de bens, enquanto os portos privados não se submetem ao controle tarifário, não existe uma meta de movimentação mínima, podem contratar os seus funcionários livremente no mercado sem a intermediação do OGMO e não existe a previsão de reversão de seus bens. Existe, claramente, uma situação não isonômica entre esses dois tipos de terminais portuários.

Ademais essa condição é agravada pela incerteza criada em relação à possibilidade de prorrogação dos contratos administrativos de arrendamento dos portos públicos que fica a critério do poder concedente. Não basta o adimplemento das obrigações contratuais dentro do prazo inicial do contrato de arrendamento. O arrendatário de porto público estará submetido ao poder discricionário da autoridade competente.

Percebe-se, portanto, que o veto presidencial a condição de prorrogação necessária torna mais incerta a posição dos agentes econômicos em portos públicos, que precisam ter garantida uma perspectiva de amortização de seus investimentos em função da condição de reversibilidade dos bens, para que possam ganhar maior competitividade frente aos terminais privados que entrarem em operação.

Tais iniciativas demonstram que o legislador não teve a sensibilidade de analisar a dinâmica econômica do setor portuário em pontos básicos, ignorando a sua relação direta com o tipo de carga movimentada e abrangência de zona de influência.

De nada adianta permitir o investimento de terminais de uso privado se essa realidade vier a prejudicar a estrutura existente nos portos públicos. É preciso se definir de forma técnica quando e como um novo agente econômico deve ingressar em um mercado que possui a tendência de se tornar um monopólio natural.

Há que se ter cuidado, ademais, na adoção de um modelo de regulação mista e centralizada nas figuras da Secretaria Especial dos Portos e na Agência Nacional de

Transportes Aquaviários. O modelo de concorrência entre portos é importante para o ganho de eficiência no custo logístico total. No entanto, essa condição pode ser prejudicada pelo enfraquecimento das autoridades portuárias locais em face de um poder central mais forte.

A única ressalva favorável ao modelo concentrador se encontra no fato de que ele pode ajudar na definição de uma política nacional para fomentar o desenvolvimento dos chamados *hub ports* que integrados aos portos menores poderá resultar em maior eficiência do sistema portuário brasileiro.

Observa-se, enfim, que o aumento dos investimentos em novos terminais portuários não pode representar uma premissa a ser considerada cegamente, sem que tenham sido ponderados os reflexos sociais e econômicos dessa iniciativa. Deve-se evitar condições que propiciem o estabelecimento de condições de concorrência assimétrica dentro da peculiaridade de cada tipo de carga movimentada, sopesando, ainda, questões pontuais como a restrição a participação de terminais portuários que atuem na mesma região de influência e a restrição ao controle de operadores portuários pelas empresas de navegação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, a Lei nº. 12.815 de 05 de junho de 2013 está longe de significar um aprimoramento do modelo regulatório administrativo do setor portuário por manter as mesmas deficiências sem atingir a mesma racionalidade da estrutura prevista pela Lei nº. 8.630 de 1993. A integração da dinâmica econômica ao modelo normativo que regula o setor é fundamental para que se possa aumentar a eficiência do setor e não apenas os investimentos, conforme os interesses de grupos econômicos dominantes. A atividade portuária exige uma modelo de regulação administrativa que esteja atenta as principais tendências econômicas do setor, como o processo de concentração vertical promovida pelas grandes transportadoras de carga, a fim de obstar a formação de uma condição de concorrência assimétrica que pode levar a substituição do atual modelo de portos públicos para uma condição de total dependência aos interesses particulares dos agentes econômicos, o que certamente, resultará

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

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

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

em prejuízo aos grandes objetivos do setor portuário que é a promoção do desenvolvimento econômico, a integração regional e a soberania nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Companhia Docas do Estado de São Paulo. **Resumo Histórico**. Disponível em: <<http://www.portodesantos.com.br/historia.php>>. Acesso em: 3/11/2013.

BRASIL. Estado de São Paulo. **Com novo porto, Xangai é a cidade com maior movimentação de carga do mundo**, 27 de junho de 2011. Disponível em <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,com-novo-porto-xangai-e-cidade-com-maior-movimentacao-de-carga-do-mundo-imp-,737342>. Acesso em 31/05/2014

BRASIL. Secretaria de Portos. **Plano Nacional de Logística Portuária**. Resumo executivo, 14/10/2010. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/programas-e-projetos/plano-nacional-de-logistica-portuaria/plano-nacional-de-logistica-portuaria>>. Acesso em: 3/3/2014.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOLDBERG, David Joshua Krepel. **Regulação do setor portuário no Brasil: análise do novo modelo de concessão de portos organizados**. 2009. Dissertação (Mestrado em Engenharia Naval e Oceânica)—Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime jurídico dos portos marítimos**. São Paulo: Verbatim, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Clician do Couto. **O processo de modernização nos portos brasileiros na década de 90**. 2000. Dissertação (Mestrado em ciências econômicas) – Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2000.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SOUZA JR, Suriman Nogueira. **Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008.