

Estrutura da Concorrência no Setor Portuário Brasileiro

Cesar Luis Pereira de Campos. Procurador Federal. Graduado em Direito pela UERJ. Pós-graduado em Direito Civil Constitucional pela UERJ. Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM.

Sumário: Introdução; 1. Assimetria regulatória e concorrência; 2. Panorama da situação da concorrência no setor portuário brasileiro; 3. Assimetria regulatória portuária na legislação vigente; 4. Conclusão; 5. Referência bibliográfica.

Palavras-chave: porto; concorrência; terminal de uso privado; assimetria regulatória; ADPF n.º 139; regulação portuária.

Introdução

O novo marco regulatório do setor portuário, instituído pela Lei n.º 12.815, de 5 de junho de 2013, trouxe significativas mudanças para sua estrutura concorrencial.

Uma das principais alterações diz respeito à criação da figura dos terminais de uso privado, substituindo aquela dos terminais de uso privativo misto e de uso exclusivo. Não havendo mais a distinção entre a movimentação de carga própria e a de terceiros, a grande maioria da doutrina e jurisprudência, ainda que incipientes, tem se posicionado pela possibilidade de os terminais de uso privado movimentar, sem restrições, cargas de terceiro, pondo fim a uma antiga controvérsia jurídica que chegou, inclusive, ao Tribunal de Contas da União e ao Supremo Tribunal Federal.

O presente artigo analisará o impacto dessa e de outras mudanças na concorrência do setor, identificando as assimetrias regulatórias existentes.

1. Assimetria regulatória e concorrência

Na concepção tradicional dos serviços públicos afastava-se a ideia de concorrência, pois se partia do pressuposto de um prestador único, o Estado ou seu delegatário, ou seja, dentro de um contexto monopolístico,

onde a remuneração pelo serviço seria uniforme e equânime, ou até não existiria.

Essa premissa fundava-se na circunstância de que o serviço público constituía-se, geralmente, em monopólios naturais, inviabilizando técnica e/ou economicamente a presença de mais de um prestador. Outro argumento a favor da concepção monopolística era de que o estreito vínculo entre o serviço público e os direitos fundamentais, e a solidariedade social deveria afastá-lo da lógica capitalista do mercado e da obtenção de lucros.¹

No entanto, Aragão identifica que a partir da década de oitenta, fortaleceu-se a noção do serviço público como atividade econômica, propugnando-se a instalação da concorrência, senão em todas, em muitas das atividades vinculadas a esse regime.

Nosso Direito Positivo buscou consagrar essa visão no art. 16 da Lei n.º 8.987/95, ao dispor que a concessão ou permissão não serão exclusivas, exceto nos casos de inviabilidade técnica ou econômica justificadas.

Em muitos casos, a implementação da concorrência veio acompanhada da despublicização da atividade econômica, ou seja, passando para a titularidade privada parte de setores antes totalmente titularizados pelo Poder Público, sujeitando-os deste modo à mera autorização.

A percepção dessas alterações é bem resumida por Alexandre Aragão:

Hoje, ao revés, estamos diante de uma regulação de serviços públicos na maioria das vezes incidente sobre mais de um concessionário, evitada que é a outorga de direitos exclusivos, abrindo-se em alguns casos a atividade para agentes econômicos que podem vir a prestá-la fora do regime de serviço público e com a perspectiva de que o mercado não é excluído da regulação, sendo, outrossim, por ela atraído e a ela integrado.²

Tanto o serviço público, quanto a concorrência são institutos consagrados em nossa Constituição, possuindo, portanto, a mesma

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C Belo Horizonte, n. 17, ano 4 Julho / Setembro 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12683>>. Acesso em: 9 junho 2011. p. 01.

² Ibidem, p. 02.

hierarquia normativa. Logo, a doutrina recomenda que eventuais contradições entre os valores e princípios que os fundamentam devem ser sopesadas sob a ótica do Princípio da Proporcionalidade.

Mas como devem ser aplicados os três aspectos da proporcionalidade para resolver o problema da incidência ou restrição da concorrência no âmbito dos serviços públicos?

Como ponto de partida, não podemos esquecer que serviço público é, antes de tudo, uma atividade econômica em sentido amplo e, portanto, também se submete aos princípios constitucionais que regem nossa ordem econômica. Dentre eles, a livre concorrência apresenta-se como princípio fundamental. Assim, a restrição à liberdade concorrencial deve ser sopesada em relação aos demais valores e princípios reitores dos serviços públicos.

Temos, então, que a imposição de limites à concorrência somente é admissível se for meio adequado à concretização dos valores constitucionais pertinentes aos serviços públicos, instituindo-se, e.g, a liberdade tarifária se for mais benéfica ao usuário.

Sob o aspecto da necessidade, a restrição da concorrência deve ser a menor possível dentre as opções adequadas à promoção daquelas diretrizes constitucionais.

Por fim, sopesando os meios adequados menos restritivos, é preciso avaliar se o custo-benefício dessa limitação é razoável diante dos resultados esperados com sua implantação. Aragão exemplifica afirmando que a proporcionalidade em sentido estrito impede a concessão de direitos de exclusividade para tornar mais baratos serviços de valor agregado que representem apenas um conforto adicional em relação aos básicos para os usuários.³

A otimização de valores constitucionais em potencial conflito, a livre iniciativa e a livre concorrência face à dignidade da pessoa humana, conduz à necessidade de mecanismos que confirmam a maior efetividade possível a todos eles, dentre os quais estão medidas regulatórias que tornem a concorrência o melhor meio para atendimento dos interesses sociais.

A assimetria regulatória se caracteriza por graus diferenciados na

³ Ibidem, p. 9.

intensidade com que o Estado intervém em atividades de um mesmo setor regulado, abrindo a oportunidade de competição entre os agentes envolvidos, mas criando a necessidade de dosagem da concorrência conforme as peculiaridades do regime jurídico a que se submetem.

Essa intensidade variável na regulação pode ser observada em diversos setores, como os de telecomunicações, portuário e de energia elétrica, onde a legislação de regência respectiva previu regimes jurídicos distintos para atividades com o mesmo objeto nuclear, tornando premente medidas normativas de modulação da competição.

Por exemplo, até mesmo na regulação do mercado de capitais encontra-se tratamento diferenciado - mas com justificativa isonômica - por parte da regulação da CVM, conforme aponta Vitor Rhein Schirato:

A assimetria regulatória no mercado de capitais revela-se, principalmente, no tratamento dispensado aos denominados Investidores Qualificados, previstos no artigo 109 da Instrução CVM n.º 409, de 18 de agosto de 2004. Em diversos dispositivos e decisões decorrentes da regulação da CVM, verifica-se a existência de tratamento diferenciado aos investidores qualificados, constante, por exemplo, da reserva de determinados valores mobiliários aos investidores qualificados, em razão dos riscos decorrentes de tais valores mobiliários (por exemplo, quotas de Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios, nos termos do inciso II do artigo 3º da Instrução CVM n.º 356, de 17 de dezembro de 2001).⁴

Floriano Marques Neto observa que o setor da saúde foi o primeiro a manifestar essa diferença de regimes jurídicos:

A atividade econômica (lato sensu) de prestação de serviços de saúde é submetida, segundo a disciplina constitucional, a dois regimes distintos. De um lado, será serviço público, quando deva ser provida pelo Estado. De outro, poderá vir a adquirir a feição de atividade econômica em sentido estrito, quando prestada por particulares fora do âmbito público do serviço, inserindo-se neste caso na esfera mais ampla da liberdade de empreendimento da iniciativa privada (atividade econômica stricto sensu). O Estado não se encarrega, desta vez, da prestação direta, mas tão somente da regulação do setor, devido à relevância pública estabelecida também em sede constitucional, no artigo 197. O papel do Estado corresponderá, neste caso, a assegurar os interesses dos usuários deste sistema privado, suplementar ao sistema público. Vê-se, pois, que o regime constitucional da saúde cuidou da primeira manifestação entre nós do

⁴ SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, n. 16, ano 4, out./dez. 2006. p. 11. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38663>>. Acesso em: 9 junho 2011.

instituto da regulação assimétrica (**assimetria regulatória traduzida na dualidade de regimes para uma mesma atividade como forma de calibração de interesses públicos com interesses de mercado**), bem como se tratou de uma precursora previsão da com petição em sede de serviços públicos (ou de relevância pública). (grifo nosso)⁵

2. Panorama da situação da concorrência no setor portuário brasileiro

Sob a regência do marco regulatório anterior do setor portuário, já se discutia no âmbito do STF a liberação da movimentação de cargas de terceiros nos terminais de uso privativo misto. O ponto polêmico que gerou a propositura da ADPF n.º 139 foi a intenção da ANTAQ, à época, de liberar essa movimentação de modo a ampliar a competição no setor portuário.

A agência reguladora baseou-se na Lei n.º 8.630/93 (revogada pela Medida Provisória n.º 595/2012, posteriormente convertida na Lei n.º 12.815/2013) para defender sua posição, manifestando-se nos seguintes termos naquela ação:

108. Nesse trilhar, não se pode perder de vista que o art. 6º, da Lei n.º 8.630/93, foi editado com o propósito de recuperar os princípios constitucionais da livre iniciativa e da participação subsidiária do Estado na exploração direta da atividade econômica, transmutada em serviço público, permitindo que, sob regime da autorização, as instalações portuárias privadas pudessem movimentar cargas de terceiros, sem nenhum limitador ou restrição, que prevista em lei – segurança nacional, saúde humana etc.

109. Há de se ressaltar que a exploração do terminal privativo misto deverá ser exercida em regime de livre mercado e livre concorrência, podendo movimentar carga própria e de terceiros, sem qualquer relação entre elas, cabendo ao titular do terminal decidir livremente sobre o tipo de carga que pretende operar em seu terminal, sem sofrer limitações ou embaraços que não decorram diretamente da lei.

110. De igual modo, mostra-se inadequado o entendimento que não deve haver competição entre os terminais públicos e os terminais de uso privativo misto.⁶

Na inicial da ADPF n.º 139 defendia-se que o então sistema normativo vigente não admitia a competição entre os terminais privativos e públicos, porque o regime jurídico destes era mais rigoroso e severo, gerando maiores encargos que desestabilizariam uma relação concorrencial,

⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12799>>. Acesso em: 10 junho 2011. p. 3.

⁶ ANTAQ ADPF n.º 139, fl. 2.777.

implicando, ao final, a frustração da própria figura do terminal de uso público.

Cinco aspectos que gerariam esses maiores ônus eram destacados: 1) a exigência de licitação como requisito para a outorga de sua exploração, obrigando o interessado a assumir encargos perante o Estado e os usuários que não existiam, em regra, para os terminais privativos; 2) o dever de prestação de serviço público universal e ininterrupto, que recairia apenas sobre o operador do terminal de uso público, vedando-lhe a escolha de cargas de maior valor agregado ou dos períodos em que manteria sua atuação; 3) o prazo determinado dos contratos de arrendamento; 4) a reversão ao domínio público das benfeitorias e acessões edificadas pelo operador do terminal; 5) observância das regras, limites e encargos inerentes ao porto organizado.

Em função dos maiores custos, os terminais de uso público não conseguiriam oferecer preços inferiores aos então terminais de uso privativo, perdendo, conseqüentemente, seus clientes. Haveria, portanto, violação ao princípio da livre concorrência, que pressupõe equilíbrio na competição, e à determinação constitucional sobre a existência de serviços públicos no setor portuário.

Segundo Gesner Oliveira, as principais fontes na distorção de custos entre aquelas modalidades de terminais eram: a) os valores gastos com arrendamento, incluindo valor de entrada e valores pagos mensalmente às autoridades portuárias referentes à área ocupada e ao volume de carga movimentada; b) as taxas devidas à autoridade portuária pelo uso da infraestrutura terrestre e portuária; c) obrigação de contratação de mão-de-obra avulsa; d) obrigatoriedade de aceitar cargas, ainda que deficitárias; e) reversão de bens à autoridade portuária; e, f) modicidade tarifária.⁷

A reversibilidade dos ativos ao Poder Público e o prazo determinado dos contratos de arrendamento eram importantes aspectos dos custos diferenciados, por conferir um horizonte limitado para o retorno dos investimentos realizados no empreendimento.

Mas livre concorrência não deve ser confundida com livre competição. Ela é princípio de ordem instrumental, i.e, não constitui um fim

⁷ OLIVEIRA, Gesner. Parecer elaborado em 24 de março de 2008. ADPF n.º 139, fls. 128-129.

em si mesma, devendo ser voltada para a repressão ao abuso do poder econômico, o combate ao aumento arbitrário de lucros e para proteção do consumidor, e, deste modo, contribuindo para efetivar a finalidade constitucional precípua da ordem econômica, que é assegurar a todos existência digna.

Paula Forgioni ressalta a necessidade de atuação estatal sobre a livre iniciativa e a livre concorrência para a consecução daqueles valores constitucionais.

É bastante natural, entretanto, que quando nos referimos à ‘livre iniciativa’, tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado) e pensemos o agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de ‘repressão’ estatal. No entanto – insistimos –, essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental.

Assim, no princípio da livre iniciativa (e da livre concorrência) abriga-se, também, a atuação estatal no sentido de (i) disciplinar comportamentos que resultam em prejuízos à concorrência e (ii) disciplinar a atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública, dando concreção aos ditames dos arts. 170 e §3º da CF.⁸

Alexandre Aragão também identificava esse desequilíbrio competitivo a favor dos terminais de uso privativo a partir da assimetria regulatória gerada pela coexistência no setor portuário de dois regimes jurídicos distintos: o dos serviços públicos concedidos e o das atividades privadas regulamentadas.

A atitude da ANTAQ, segundo esses autores, apenas promoveria uma competição predatória e imperfeita, que prejudicaria a manutenção dos serviços públicos no setor portuário.

Alexandre Aragão expunha a possibilidade de os então terminais privativos, ao contrário dos terminais públicos, incidirem na prática do *cherry picking*, o que lhes conferiria ampla vantagem competitiva. De acordo com o doutrinador:

O terminal portuário privativo não foi concebido para ser opção ampla e irrestrita ao terminal de uso público. Caso o fosse, o legislador teria de tê-los submetidos às mesmas obrigações; não cabe à lei promover

⁸ FORGIONI, Paula A. *Direito concorrencial e restrições verticais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 67-68.

discriminações injustificadas entre agentes econômicos, favorecendo a competitividade de uns em detrimento da de outros. Dar-se-ia, aqui, o que a teoria econômica chama de *cherry picking*: os terminais portuários de uso privativo misto, liberados da exigência de operarem cargas próprias, mas contando com preços livres, e, ainda, desonerados do dever de universalidade e continuidade, enfrentariam os terminais públicos com larga vantagem; escolheriam os melhores usuários e as cargas mais valiosas, restando, àqueles, as cargas menos lucrativas e de maior risco. A prática merece tradução popular e livre, que ora se pede vênua para sugerir: é a de ‘ficar com o filé mignon’. Aos terminais públicos restaria roer algum osso.⁹

Segundo parte da doutrina analisada, a previsão legal de movimentação de cargas terceiros nos terminais de uso privativo misto tinha por fim conferir-lhes maior eficiência na operação, suprimindo eventual ociosidade gerada por cargas próprias sazonais. Alguns autores justificavam a própria previsão legal dos terminais privativos ao ganho de eficiência decorrente da integração econômica entre a atividade principal do titular do terminal e a necessidade de utilização do transporte marítimo. Nessa perspectiva, a liberação da restrição à movimentação de cargas de terceiros representaria burla ao regime jurídico dos serviços públicos e ao processo licitatório, permitindo que agentes atuando sob regras distintas compitam na exploração da mesma atividade.

Rui Santa Cruz¹⁰ construía seu raciocínio adotando um viés mais econômico.

Primeiramente identificava o setor portuário com as economias de rede, para explicar que a presença de um grande número de competidores, ao invés de incrementar a eficiência econômica, acabava por reduzi-la, produzindo um aumento no custo médio dos serviços prestados, por impedir que os terminais públicos aproveitassem as economias de rede inerentes à atividade.

Ressaltava haver necessidade de balanceamento entre as condições de oferta e demanda para maximizar o bem-estar econômico e social, pois na ausência desse equilíbrio haveria perda da eficiência produtiva dos empreendimentos. A diferença na lógica de funcionamento entre os

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Parecer datado de 29 de setembro de 2007, juntado na ADPF n.º 139, fl. 180 dos autos.

¹⁰ SANTA CRUZ, Rui. Parecer datado 18 de outubro de 2007, juntado na ADPF n.º 139, fl. 431 dos autos.

terminais concorrentes ampliaria as chances de esse desbalanceamento ocorrer no setor.

Consoante o autor, os operadores de terminais públicos e privados possuíam objetivos e formas de atuação totalmente distintas. Os titulares de terminais públicos focavam seu empreendimento na operação portuária. Por sua vez, os controladores dos terminais privados tinham como atividade econômica precípua a produção da mercadoria que seria escoada pelo porto, constituindo a operação portuária nesses terminais apenas uma das etapas logísticas do negócio principal.

Outra questão levantada era que uma concorrência desleal implicaria alteração da base econômica sobre a qual os contratos de arrendamento foram celebrados, podendo levar à violação do princípio da boa-fé objetiva com a quebra do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos. Como esse equilíbrio é uma garantia constitucional, haveria a possibilidade de os terminais prejudicados pela concorrência pleitearem a revisão das condições pactuadas, como, por exemplo, extensão do prazo do arrendamento, justificada por um período mais prolongado para amortização dos investimentos realizados. A provável perda de rentabilidade dos terminais públicos, apontada por esses autores, implicaria redução de investimentos e da oferta de serviços adequados aos usuários que não interessam aos Terminais Privativos de Uso Misto (que não tinham compromisso de universalização).

Dadas as distinções entre o regime jurídico que regia os terminais de uso privativo e o que incidia sobre os terminais de uso público seria essencial promover o balanceamento do ambiente competitivo no setor portuário. A marginalização da movimentação de cargas de terceiros evitaria impacto significativo no preço médio do mercado, e, conseqüentemente, resguardaria o rendimento dos operadores que prestavam serviço público.

Rebatendo a vantagem de custos sobre os terminais públicos, a ANTAQ asseverava que os então terminais de uso privativo, caso se encontrassem fora da área do porto organizado (pela legislação atual somente podem ser constituídos fora do porto organizado), necessitavam bancar toda a infraestrutura terrestre e aquaviária, sendo responsáveis ainda pela manutenção das condições de navegabilidade e acesso ao cais do

seu terminal.¹¹

Por sua vez, a LLX Logística ressaltava que os terminais privativos arcavam com os mesmos impostos, taxas e obrigações trabalhistas dos terminais públicos, destacando a necessidade, em regra, de maiores investimentos e prazo mais longo para que pudessem iniciar sua operação, pois o titular do terminal público, em geral, deparava-se com toda a infraestrutura portuária pronta e mantida pelo Poder Público, o que incluía ancoradouros, docas, cais, pontes e píers de atracação e acostagem, terrenos e vias de circulação interna, bem como a infraestrutura de proteção e acesso ao porto, tais como, guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio.

De acordo com as informações prestadas, um terminal privativo precisava, em média, de três ou quatro anos de investimentos para que começasse a operar. Não se podia ignorar, também que, apesar de o autorizatário não arcar com o custo do arrendamento, a aquisição do domínio útil de um terreno propício à instalação de um terminal portuário não é gratuita, envolvendo normalmente o dispêndio de vultosas quantias e o risco de terem o licenciamento ambiental negado ou questionado. Os terminais públicos, por serem instalados em terrenos concedidos ou arrendados, não possuíam esse custo.¹²

3. Assimetria regulatória portuária na legislação vigente

Sobre os cinco aspectos destacados na inicial da ADPF n.º 139 que resultariam na diferença de encargos, é possível tecer algumas considerações.

No atual marco regulatório, a figura dos terminais de uso privativo misto e exclusivo foi substituída pela dos terminais de uso privado, não mais havendo menção aos tipos de carga própria e de terceiros. A intenção foi ampliar a competição no setor portuário pela retirada completa das restrições impostas pela regulação anterior à movimentação de cargas de terceiros nos terminais de uso privativo misto. Apesar das modificações trazidas pela Lei n.º 12.815/2013 muitos dos argumentos acerca da assimetria regulatória levantados na ADPF n.º 139 permanecem válidos.

¹¹ ANTAQ ADPF n.º 139, fl. 2.778 dos autos.

¹² Petição da LLX Logística S/A na ADPF n.º 139, fl. 2.886 dos autos.

No que concerne à exigência de outorga mediante processo licitatório, a assunção de encargos pelo adjudicatário do terminal público não significa que o titular do terminal privado seja isento de obrigações. O art. 14 da Resolução ANTAQ n.º 1.660/2010, impõe às Autorizadas, por exemplo, várias as obrigações relacionadas à manutenção e aos investimentos que devem ser realizados.

Inclusive, o processo licitatório traz algumas vantagens relativas à segurança econômico-financeira do terminal público em instalações arrendadas, uma vez que, nos termos da Resolução ANTAQ n.º 2.240/2011, o Programa de Arrendamento compreenderá a elaboração prévia de estudos de viabilidade do empreendimento, assim como a obtenção de licenças prévias ambientais, permitindo-se que o arrendatário seja remunerado pelo tomador dos serviços a preços condizentes com os praticados no mercado em regime de eficiência (art. 5º, da Resolução ANTAQ n.º 2.240/2011).

O prazo determinado do contrato de arrendamento e a reversão dos bens ao seu término também não podem ser considerados, por si só, fatores de desvantagem, pois a vigência contratual deve ser suficiente para garantir a amortização dos investimentos previstos no contrato, proporcionando à arrendatária adequada remuneração, conforme o estudo de avaliação mencionado. Inclusive, uma das alterações promovidas pela Lei n.º 12.815/2013 foi estabelecer prazo de até 25 anos para as autorizações dos terminais de uso privado, podendo haver sucessivas prorrogações desde que se mantenha e invista na atividade portuária¹³.

A preocupação com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do arrendamento transparece, ainda, na Resolução ANTAQ n.º 2.367/2012, que estabelece procedimentos para preservar esse equilíbrio, mediante revisões periódicas e extraordinárias.

O pagamento de taxas pelo uso da infraestrutura terrestre e portuária não pode ser apontado, ao contrário do que afirma Gesner Oliveira, como fonte de distinção de custos entre as modalidades de exploração, uma vez que os terminais privativos, mesmo localizados fora da área do porto organizado, também arcam com esses encargos quando se utilizam da infraestrutura mantida pela administração portuária, conforme

¹³ Art. 8º, §2º, I e II da Lei n.º 12.8415/2013.

consubstanciado na Resolução ANTAQ n.º 1.660/2010. E, caso utilizem infraestrutura própria, precisam arcar com o custo de sua implementação e manutenção, recaíndo-lhes diversas obrigações.

Confrontando o quinto aspecto ressaltado por Marçal Justen Filho como gerador de ônus aos terminais públicos, temos o fato de que os terminais de uso privado também devem cumprir, no que couber, o Regulamento de Exploração do Porto, fazer uso da infraestrutura fornecida e mantida pela administração portuária¹⁴.

Ademais, a Resolução ANTAQ n.º 1.660/2010 fixa, em seu art. 18, pesadas penalidades pelo descumprimento das obrigações impostas aos terminais de uso privativo.

4. Conclusão

Nota-se, pelo exposto, que parece equivocada levantar a premissa abstrata de que os terminais de uso público arcam sempre com ônus maiores que os de uso privado, inviabilizando, deste modo, a concorrência entre eles, principalmente quando estes últimos utilizam a infraestrutura de acesso desse porto.

No entanto, não temos a pretensão também de afirmar o contrário, i.e, que há absoluto equilíbrio entre as modalidades de exploração, permitindo a livre competição. Com efeito, o terminal de uso privado não se submete ao OGMO e à Autoridade Portuária, possuindo, portanto, maior autonomia na gestão dos recursos investidos, o que lhes confere mais agilidade na resposta às demandas do mercado e maior atratividade ao capital privado.¹⁵ Essa vantagem não implica necessariamente uma

¹⁴ Art. 14, inciso XIII, da Resolução ANTAQ n.º 1.660/2010.

¹⁵ Em dissertação sobre a regulação portuária brasileira, David Joshua Goldberg criticava a perda de autonomia do concessionário frente às interferências do CAP nos portos concedidos. Segundo expunha: “Em decisões chave, como a definição da tarifa portuária, o CAP teria, segundo a Lei, a palavra final, independentemente da vontade do concessionário. Algumas dessas relações sequer fazem sentido num porto concedido. Por exemplo, o que poderá opinar o CAP sobre o orçamento de um consórcio privado? Fosse ao menos do concessionário a voz com maior poder de voto nos CAPS dos novos POs, tratar-se-ia meramente de uma burocracia adicional na gestão. Não será, porém, o caso. O investidor continuará tendo apenas um quarto dos votos, já que a AP e os operadores pertencem ao mesmo bloco”. GOLDBERG, David Joshua Krepel. *A regulação do setor portuário no Brasil*. Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica. São Paulo, 2009, p. 169. A Lei n.º 12.815/2013 resolveu esse problema ao retirar do Conselho de Autoridade Portuária as competências instituídas pelo art. 30 da Lei n.º 8.630/93,

concorrência desleal, pois aqueles órgãos, se forem bem aparelhados e atuarem com eficiência, contribuem para uma boa gestão dos ativos, não prejudicando a competitividade do porto organizado. Aliás, com relação à atuação do CAP, a Lei n.º 12.815/2013 resolveu o problema ao retirar desse Conselho as competências instituídas pelo art. 30 da Lei n.º 8.630/93, transformando-o em mero órgão consultivo da administração do porto, conforme dispõe o caput do seu art. 20.

A localização e a especialização da instalação portuária, relegadas a segundo plano nos pareceres jurídicos analisados, são fatores importantíssimos a serem levados em conta para a concorrência entre os portos e podem ser manejados pela regulação para promover um ambiente competitivo saudável, que ao mesmo tempo seja capaz de atender com eficiência as demandas dos usuários e não por em risco um ou outro tipo de empreendimento.¹⁶

A intenção dos argumentos apresentados é levar à reflexão de que a questão da concorrência no setor portuário é mais complexa, não sendo adequado à realidade gerar conclusões absolutas tanto no sentido de sua vedação, quanto no de sua liberação completa. A concorrência é importante para o setor e constitui um dos objetivos principais objetivos do novo marco regulatório, mas diante da assimetria regulatória precisa ser sopesada.

5. Referência bibliográfica

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Parecer datado de 29 de setembro de 2007, juntado na ADPF n.º 139, fl. 180 dos autos.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Concorrência. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C Belo Horizonte, n. 17, ano 4 Julho / Setembro 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12683>>. Acesso em: 9 junho 2011.

transformando-o em mero órgão consultivo da administração do porto, conforme dispõe o *caput* do seu art. 20.

¹⁶ Em estudo realizado pelo BNDES em setembro de 2006 sobre o dimensionamento dos portos brasileiros, abordou-se, dentro outros assuntos, o padrão de concorrência no mercado portuário nacional pelo tipo de carga movimentada, destacando-se as características predominantes de cada um. MARCHETTI, Dalmo dos Santos e PASTORI, Antônio. Dimensionando o potencial de investimentos para o setor portuário. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 24, 2006, pp. 12-21.

FORGIONI, Paula A. Direito concorrencial e restrições verticais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOLDBERG, David Joshua Krepel. A regulação do setor portuário no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica. São Paulo, 2009.

MARCHETTI, Dalmo dos Santos e PASTORI, Antônio. Dimensionando o potencial de investimentos para o setor portuário. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 24, 2006.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Público e privado no setor de saúde. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, p. 105-154, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12799>>. Acesso em: 10 junho 2011.

OLIVEIRA, Gesner. Parecer elaborado em 24 de março de 2008. ADPF n.º 139, fls. 128-129.

Parecer da ANTAQ na ADPF n.º 139.

Petição da LLX Logística S/A na ADPF n.º 139, fl. 2.886 dos autos.

SANTA CRUZ, Rui. Parecer datado 18 de outubro de 2007, juntado na ADPF n.º 139, fl. 431 dos autos.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A regulação brasileira do mercado de capitais: restrição da autonomia privada para a satisfação do interesse público. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, n. 16, ano 4, out./dez. 2006. p. 11. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=38663>>. Acesso em: 9 junho 2011.