



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
INSTITUTO SERZEDELLO CORRÊA

JOSÉ ARTHUR BEZERRA SILVA

OS SERVIÇOS E AS ATIVIDADES PRATICADAS NO ÂMBITO
DO SETOR PORTUÁRIO QUE SE ENQUADRAM NO CONCEITO
DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM A
REGULAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Brasília – DF
2011

JOSÉ ARTHUR BEZERRA SILVA

Artigo científico apresentado à Comissão de Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Controle Externo – PGCE do Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Controle Externo, área regulação.

Orientador: Adalberto Santos de Vasconcelos

Brasília – DF
2011

OS SERVIÇOS E AS ATIVIDADES PRATICADAS NO ÂMBITO DO SETOR PORTUÁRIO QUE SE ENQUADRAM NO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO E SUA RELAÇÃO COM A REGULAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

JOSÉ ARTHUR BEZERRA SILVA

RESUMO

O setor portuário vem recebendo bastante atenção da mídia e dos órgãos governamentais, principalmente em função dos altos investimentos que vem sendo realizados. Nessa esteira, chama a atenção que o setor ainda não tenha definido um conceito robusto de serviço público, nem que a regulação, principalmente a econômico-financeira, tenha tido seus objetivos e métodos delimitados para cada realidade, o que alguns setores, como o setor elétrico e o de telecomunicações, começaram a definir ainda nos anos 1990. Nesse sentido, o presente artigo pretende discutir a suficiência do entendimento de que a movimentação e armazenagem de mercadorias, por ser considerada serviço público, receba regulação econômico-financeira em todas as modalidades e segmentos do setor portuário. De fato, a investigação empreendida observou dois casos em que não são observados características de serviço público que mereçam tratamento regulatório econômico e financeiro, a saber, quando os terminais possuem natureza de centro de custos em uma cadeia produtiva verticalizada e quando se tem alguns tipos de terminais industriais.

Palavras-chave: Regulação, Serviço Público, Portos.

ABSTRACT

The port sector has been receiving much attention from media and government agencies, mainly due to the huge investments that have been carried out. On this track, it is a surprise that the sector still has not defined a robust concept of public service, or that the regulation, particularly the economic and financial type, had not yet delimited its goals and methods for each situation, which some sectors, such electric and telecommunications, start to set in the 1990s. Accordingly, this article aims to discuss the sufficiency of the understanding that the handling and storage of goods, as labeled as public service, receive economic and financial regulation in all modes and segments of the port sector. In fact, the research noted two cases where characteristics of public service were not observed, that is, when terminals have the nature of cost centers inside a verticalized chain of production and some types of industrial terminals. On these cases, the economic and financial regulation may not be appropriate.

Key Words: Regulation, Public Service, Ports.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	1
2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA	2
2.1. Evolução da Teoria do Estado	3
2.2. Teoria do Serviço Público	5
2.3. Concessão de serviço público.....	10
2.4. Racionalidade da regulação e seu conceito.	14
3. SETOR PORTUÁRIO.....	17
3.1. Âmbito do setor portuário.....	17
3.2. Histórico do setor portuário nacional	18
3.3. O porto organizado – definições.....	20
3.4. Os segmentos do setor portuário	21
3.4.1. Granel sólido mineral	22
3.4.2. Granel Sólido Agrícola.....	24
3.4.3. Granel Líquido.....	25
3.4.4. Contêineres	27
4. ANÁLISE	29
4.1. Terminal como centro de custos	30
4.2. Terminais industriais	33
5. CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS	36

1. INTRODUÇÃO

O setor portuário tem recebido cada vez mais atenção da mídia e dos Poderes da União. Contribui com isso a grande importância que os portos possuem no Programa de Aceleração de Crescimento – PAC, as diversas demandas judiciais questionando os direitos de arrendatários e a atuação das Companhias Docas, e mesmo a atuação do controle externo exercido pelo TCU, no que tange à análise de processos de arrendamento de áreas e instalações portuárias.

Historicamente, a escolha política do Governo, por meio do Ministério dos Transportes, foi privilegiar nas últimas décadas o transporte rodoviário em detrimento do transporte ferroviário e aquaviário. Isso quer dizer que houve insuficiência no desenvolvimento de políticas de incentivo e no planejamento visando à evolução do setor portuário.

Nesse contexto, o setor definitivamente se encontra atrasado em relação a aspectos que vieram sendo discutidos nos últimos anos em quase todos os setores de infraestrutura, como a definição do conceito de serviço público, a aplicação do princípio da subsidiariedade, a delimitação e evolução do planejamento e a discussão sobre a finalidade da regulação, dentre outros. Em resumo, a doutrina e os estudos jurídicos sobre o setor são em baixa quantidade e, em geral, pouco aprofundados.

A Lei n.º 8.630/1993 (Lei dos Portos) foi uma das primeiras leis a serem elaboradas depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 que buscou dar a roupagem de serviço público aos serviços elencados no art. 21 da Carta Magna. Percebe-se da citada norma que a licitação para arrendamento de instalações e áreas portuárias possui rito semelhante ao disposto na Lei de Concessões, nessa época, apenas um projeto de lei que tramitava no Congresso Nacional.

Essa era, contudo, uma preocupação nova e, assim, a Lei dos Portos acabou trazendo várias lacunas por tratar a questão com excessiva generalidade. Ademais, ressalte-se que a lei é antiga e não acompanhou a evolução que o setor teve nas últimas décadas, especialmente pelo crescimento da utilização de contêineres na operação portuária.

As normas posteriores foram suficientes para reduzir em algum grau tais lacunas, mas por serem normas gerais (Lei de Concessões, Lei n.º 10.233/2001, que criou a agência reguladora do setor), não trataram os portos com a especificidade que o setor portuário requer. Algumas tentativas têm sido feitas, mas por legislação de segunda ordem, como decretos presidenciais e resoluções da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq. Isso sem dúvida não é suficiente, principalmente porque ela precisa respeitar os termos da Lei de 1993,

que ainda gera dúvidas e discussões acaloradas entre os diversos entes que atuam no setor em razão de sua generalidade.

De fato, essa falta de especificação da norma tem causado alguns problemas recentes, tais como a discussão sobre a exata delimitação do conceito de serviço público a ser aplicada, pelo menos, nos serviços de movimentação e armazenagem de mercadorias, quando decorrentes do processo de arrendamento, além do formato e o objetivo a ser alcançado pela regulação econômica e financeira.

Pretende-se no presente neste artigo, em termos gerais, aprofundar o conceito de serviço público no setor portuário, analisando a suficiência do entendimento de que qualquer movimentação e armazenagem de mercadorias sejam assim caracterizadas.

Dentro desse escopo, o presente trabalho divide-se em cinco seções, contando esta introdução. O segundo capítulo trata da fundamentação teórica, em que será apresentada a evolução do Estado, bem como serão delimitados conceitos importantes como o de concessão de serviço público e o de regulação. O terceiro capítulo dedica-se à estruturação do setor portuário brasileiro, apresentando seu histórico e as características de suas principais cadeias produtivas. No quarto, será empreendida a análise proposta pelo presente artigo para, enfim, no quinto capítulo, tecer as conclusões alcançadas e as propostas de novos trabalhos.

A metodologia do presente artigo envolveu pesquisa documental de cunho qualitativo. Nos aprofundamentos sobre a cadeia produtiva dos diversos segmentos do setor portuário, também se empreendeu pesquisa na internet, principalmente nos sites de grandes empresas do setor. Além disso, foram utilizadas informações constantes dos anuários estatísticos disponibilizados pela Antaq e pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC).

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O objetivo deste item é apresentar, de forma geral, conceitos que são fundamentais para o completo entendimento de certas especificidades do setor portuário brasileiro. Isso para entender sua qualificação como serviço público e como as atividades portuárias são juridicamente prestadas e outorgadas.

Dessa forma, serão discutidas a evolução da teoria do Estado e do conceito de serviço público, bem como de sua outorga ao setor privado por meio de concessões e a racionalidade da regulação que normalmente acompanha essa delegação.

2.1. Evolução da Teoria do Estado

O Estado liberal, segundo Di Pietro (2009), trouxe consequências nefastas no âmbito econômico e social. Com a desigualdade na distribuição das riquezas, criou-se a classe do proletariado, que era explorada e vivia em condições desumanas.

O Estado resolveu intervir para tornar a situação menos injusta. Nasceu, assim, o Estado Social de Direito, que começou a tratar os homens não de forma igual, mas dentro de suas desigualdades, intervindo para que a igualdade pudesse ser atingida.

Isso ampliou sobremaneira as competências do Estado, que começou a adotar uma posição intervencionista extremista, que se resume em (i) atribuições assumidas como serviço público comercial, industrial ou social por meio de estatais; (ii) atividades econômicas que foram deixadas nas mãos do setor privado, mas o Estado passou a exercê-las também por meio de sociedades de economia mista e empresas públicas, a título de intervenção no domínio econômico e, por fim; (iii) outras atividades que não eram nem serviço público, nem sofriam intervenções, mas eram fomentadas. Todo esse contexto interventivo contribuiu para gerar ineficiência na prestação dos serviços públicos, aumento na burocracia, configuração de monopólios legais a favor do Estado e regulações excessivas que limitavam as liberdades econômicas e sociais fundamentais.

No direito, isso refletiu um aumento do Poder Executivo, que para não ficar refém do Poder Legislativo, acabou ganhando poder normativo, por meio de decretos-lei, medidas provisórias e regulamentos autônomos, trazendo mudanças no princípio da legalidade. Di Pietro (2009) afirma que a lei nessa época perdeu o caráter de justiça e de materialidade que existia no Estado Liberal, na medida em que houve um formalismo exagerado no âmbito público. O respeito ao processo passou a ser mais importante que o bem comum.

O controle, por sua vez, não teve tempo de lidar com o crescimento da máquina administrativa e sua nova função, pois estava acostumado com um Estado mínimo. Ou seja, precisou mudar seu foco e construir uma nova visão.

No entendimento de Furtado (2007), o modelo adotado pelo Estado Liberal (um atuar absenteísta) e pelo Estado Social (intervencionista) não foram capazes de atender aos anseios da sociedade brasileira. O primeiro não conseguiu adaptar-se às novas demandas da sociedade (universalização, modicidade, dentre outros) e o segundo tornou o Estado grande, fraco, caro e ineficiente.

Segundo este autor, nas monarquias absolutistas a função do Estado era, basicamente, de polícia administrativa, de limitação das liberdades individuais. Com o surgimento das concepções mercantilistas, os Estados passaram a desenvolver atividades de

fomento às atividades empresariais, mas de forma bastante preliminar. Isso quer dizer que nessa época as atividades públicas limitavam-se à justiça, à defesa territorial e a de relações exteriores. Após as revoluções realizadas em função da derrocada do sistema liberal (século XVIII), os Estados passaram a organizar de alguma forma atividades voltadas à satisfação das necessidades da população.

No início, essas atividades eram voltadas ao público em geral (polícia, forças armadas, serviços *uti universi*¹). Dessa forma, não se tratavam de atividades com a finalidade de satisfazer cada usuário, e onde se poderiam dividir as atividades e mensurar sua utilização individualmente, como ocorre hoje.

Portanto, o Estado começou a sofrer uma alteração na sua função. Em primeiro lugar, para desenvolver atividades positivas além do fornecimento de polícia (as chamadas utilidades), e, em segundo lugar, a função de construir e manter os sistemas de infraestrutura (estradas, pontes, ferrovias, portos etc.), garantido, também, uma prestação de serviços eficiente.

Reflexo disso, segundo Di Pietro (2008), é que a discussão dos limites dos poderes do Estado ficou em segundo plano. A urgência era o bem comum, e não qualquer abuso que o Estado poderia estar cometendo ao intervir na realidade econômica e social dos indivíduos. Dessa forma, novas transformações no papel do Estado deveriam ser realizadas. E elas vieram na chegada do Estado Democrático de Direito, que compreende o aspecto da participação do cidadão, visão extrapolada no Estado Social (reflexo do termo ‘democrático’); e o da justiça material (reflexo do termo ‘de direito’), extremada no Estado Liberal, que só se preocupava com a posse dos indivíduos.

Ou seja, com essa nova teoria procurou-se humanizar o interesse público. Tais mudanças também refletiram mudanças no princípio da legalidade, que voltou a incorporar princípios que se encontravam na base do ordenamento jurídico, afastando o positivismo jurídico vazio que reinava na Administração Pública até então.

A característica principal desse novo Estado é a subsidiariedade (Di Pietro, 2009). Ou seja, o Estado deve atuar apenas onde o indivíduo não pode atuar de maneira eficiente por conta própria. Ele deve, então, fomentar, fiscalizar e coordenar a iniciativa privada, quando ela for deficiente.

A desestatização nas suas mais variadas formas (privatização, concessões e permissões de serviço público, arrendamentos e parcerias público-privadas) é uma tendência

¹ Serviços de caráter universal, onde não se pode precisar, individualmente, cada usuário.

da aplicação desse princípio. Nesse sentido, deve ficar a cargo do Estado as atividades próprias de ente soberano, indelegáveis (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia, controle) e devem ser regidas pela subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente. Furtado (2007) também reconhece tal evolução no pensamento jurídico.

Para Moreira Neto (2008), esses são os termos do novo constitucionalismo, que busca trazer alguns princípios fundamentais e demarcar o campo de ação do Estado. Sua funcionalização tratava de afirmar um primado de valores, garanti-los e promovê-los por meio de políticas públicas adequadas.

2.2. Teoria do Serviço Público

Após tecer breves palavras sobre a evolução do conceito de Estado, entende-se pertinente explicitar a criação da teoria do serviço público e como ela se alterou no decorrer do tempo até os tempos atuais. Este é o objetivo do presente subitem.

Os primórdios do serviço público, segundo Grotti (2002), remontam à Rosseau e seu título mais célebre, o Contrato Social, quando afirma que a sociedade abriu mão de sua liberdade em troca de o Estado cuidar de seus interesses, tais como segurança, justiça e outros. Esse autor conceitua serviço público citando Gaspar Ariño, que afirma tratar-se de *“uma técnica institucional, finalista, não puramente instrumental, impensável fora do contexto político-social”*.

Isso porque, como visto no tópico anterior, o Poder Executivo do Estado Liberal era pequeno e seu princípio norteador era não limitar a liberdade dos cidadãos. O indivíduo, assim, ficou só diante do Estado. Este foi progressivamente se tornando obrigado a assumir algumas atividades que até então não eram estatais, mas prestadas por corporações, por fundações, pela Igreja ou por universidades.

A noção de serviço público, assim, surge no direito administrativo sem que haja uma definição legal que a tipifique, que lhe dê os traços de maneira precisa. Toda essa doutrina inicial foi obra da jurisprudência e da doutrina francesa.

Grotti (2002) afirma, assim, que o conceito clássico de serviço público deve-se a Duguit, um dos membros fundadores da chamada Escola do Serviço Público. Sua definição clássica possuía três elementos básicos: (i) Subjetivo, ou seja, era aquele prestado pelo

Estado, (ii) Material, tem por objeto satisfazer necessidades coletivas e, por fim, (iii) Formal, aquele exercido em regime de direito público.

A derrocada do conceito clássico se deu porque o fim do Estado liberal trouxe para a competência do Estado diversas atividades que foram definidas como públicas, mas eram atividades comerciais e industriais que antes eram prestadas apenas pelo setor privado. Além disso, em alguns casos, o Estado concluiu que não era o mais apto a prestar **diretamente** certas atividades. Portanto, permitiu que fossem prestadas por meio de concessão e permissão, por meio de pessoas jurídicas criadas para esse fim (estatais) e por pessoas jurídicas de direito privado em regime de caráter predominantemente privado (autorizações). Ou seja, a noção tradicional de serviço público era por demais restrita, incapaz de abarcar essas novas possibilidades advindas do novo Estado que surgia. Essa realidade deixou o Estado grande e a obrigatória redução, segundo Grotti (2002), necessitaria de um novo conceito de serviço público.

Grotti (2002) continua afirmando que a qualificação como serviço público remete às escolhas políticas do País. Ou seja, não há um serviço público por natureza. Portanto, há uma razão para essa qualificação, tais como ordenar o aproveitamento de recursos finitos, promover justiça social, retirar da especulação privada, dentre outros.

No Brasil, a Constituição definiu alguns. Ela distinguiu entre serviços públicos privativos do Estado e não privativos. Nestas últimas estão, por exemplo, educação e saúde, que quando desempenhados por particulares, não são serviços públicos.

Medauar (2008) define serviço público como atividade prestacional necessária para a coletividade. Por ser voltada para a satisfação dos indivíduos, não se enquadrariam nesse conceito as atividades meio dos órgãos públicos, pois se tratam de atividades voltadas a necessidades do poder público. Seu regime jurídico, segundo esta autora, envolve uma relação maior do que aquela incorrida no poder de polícia. No serviço público, o Estado é responsável pela atividade, atributo que não ocorre na limitação das atividades decorrentes da atuação do poder de polícia.

Bandeira de Mello (2003) reconhece que os serviços públicos são marcados por dois substratos: (i) Material, que é a comodidade prestada pelo Estado e fruível pela sociedade e (ii) Formal, ou seja, o regime de direito público, em algum grau, a que se submete aquela atividade.

Grotti (2002) identifica, atualmente, dois grupos, no que concerne ao conceito de serviço público. O primeiro grupo, com uma visão legalista, defende que esse conceito depende apenas de mera definição legal. Defendem essa visão autores como Celso Antônio

Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. O segundo grupo possui visão conhecida como essencialista, sendo representado por Eros Grau. Nesta visão, o conceito de serviço público depende mais da necessidade da população em determinado momento histórico do que apenas o previsto na lei.

A doutrina reconhece, sem maiores discussões, a existência de diversos princípios ligados à prestação dos serviços públicos. Além disso, o legislador reservou espaço para seu reconhecimento expresso, especialmente na Constituição Federal e na Lei de Concessões, quando trata do conceito de serviço adequado. É pertinente nesse momento citar alguns: continuidade, regularidade, igualdade, neutralidade, universalidade (deve ser prestado a todos), obrigatoriedade, mutabilidade (adaptação constante), modicidade, participação dos usuários, cortesia, eficiência (satisfazer necessidades do modo menos oneroso, dentro dele estão a atualidade dos serviços e a segurança) e responsabilidade.

Um aspecto que deve ser mencionado no que tange à prestação de serviços públicos é a evolução de como a doutrina regulatória tem tratado o tema. Essa diferenciação será útil mais a frente, na aplicação desses conceitos ao setor portuário.

Segundo Grotti (2002), a regulação de serviços públicos possuía um modelo considerado 'fechado'. Isso quer dizer que o poder público declamava a titularidade sobre a atividade. Ou seja, as concessões eram fechadas e geravam direitos de exclusividade para quem as prestava em nome do Estado. Ademais, a Administração procurava limitar a liberdade empresarial ao máximo, fixando preços, definindo a forma como o serviço deveria ser prestado e quanto deveria ser gasto. Ou seja, a atividade prestada pelo particular era totalmente regulada até alcançar os mínimos detalhes em alguns casos.

Esse modelo apresentou algumas desvantagens e problemas graves de operacionalização. A limitação da liberdade empresarial foi um grande defeito desse modelo. Com o tempo, observou-se que o setor privado possuía, de fato, maior talento que o poder público para reduzir custos e criar inovações interessantes para melhoria da prestação. Além, óbvio, do melhor poder de negociação junto a fornecedores. Pode-se acrescentar, também, que a fiscalização desse tipo de modelo regulatório era cara e, na sua grande parte, ineficiente.

A evolução do modelo partiu, então, para um formato 'aberto', baseado na expurgação de direitos de exclusividade que não fossem estritamente necessários. Ou seja, começou-se a pregar a liberdade de entrada, a concorrência aberta com outras atividades comerciais ou industriais, bem como a lutar contra as reservas de mercado e diminuir a quantidade de consumidores cativos.

Um princípio que se reflete em toda essa nova estrutura de regulação aberta é a desintegração vertical, que tem como objetivos: (i) distinguir entre **atividades competitivas** e **não competitivas**, para aplicar regimes jurídicos diferentes e (ii) transparência informativa, para evitar subsídios cruzados entre as diversas atividades da cadeia produtiva.

Pode-se resumir, então, que esse modelo baseia-se em quatro liberdades principais: (i) de entrada, significando que a entrada deve ser um ato vinculado da Administração, ou seja, quem puder operar, tem direito a entrar no mercado; (ii) de acesso ao mercado, capitaneada pela criação da doutrina da facilidade essencial, ou seja, infraestruturas que economicamente não compensam ser duplicadas e que são essenciais aos serviços não devem ser utilizadas de forma exclusiva por um único prestador, mas compartilhada entre eles caso exista mais de um; (iii) de contratação e formação de preços e; (iv) de investimento.

Nesse contexto, Grotti (2002) afirma que as atividades não competitivas são vocacionadas para o regime de concessão e permissão de serviço público. O regime de concessão está relacionado, de forma conceitual, com a gestão de infraestruturas comuns onde diversos operadores podem prestar os serviços². O regime de permissões refere-se a prestações de serviços essenciais universais, que se abertos apenas à concorrência, o setor privado não prestaria em sua totalidade e não se interessaria por algumas partes ou segmentos³.

Grotti (2002), por fim, ensina que para essa abertura do serviço público à competição ser eficaz, deve-se mencionar, ainda, que não se pode qualificar como serviço público um setor em seu conjunto, mas apenas algumas atividades. Ou seja, deve-se definir, dentro dele, o que é universal e obrigatório, portanto, sujeito a alguma regulação (técnica, econômico financeira etc.).

São alterações profundas e que rompem definitivamente com o modelo clássico de **serviço público**, uma expressão que ainda é utilizada no Brasil, mas, segundo Sundfeld (2001), não reflete a realidade atual, pois foi criada para justificar a existência do Estado Empresário. Com o Estado Regulador, que permitiu a participação privada nos serviços públicos sempre sujeita ao poder público estatal, essa expressão não faz sentido. Tanto que foi

² Geralmente os serviços prestados por redes (telecom, ferrovias, energia elétrica e portos).

³ Um exemplo é o transporte interestadual de passageiros. No caso de abertura total dos mercados, existiria incentivo ao setor privado prestar serviço apenas nas linhas mais rentáveis. Isso porque é onde há maior demanda e maior poder de pagamento dos usuários, privilegiando o serviço diferenciado (leito) em detrimento do básico (convencional com sanitário). Isso prejudicaria o aspecto social e universal da prestação e linhas consideradas essenciais não seriam atendidas. Então o contrato de permissão obriga uma frequência mínima de serviço convencional (público) nas linhas e limita a utilização do serviço diferenciado. Outro exemplo são as linhas aéreas essenciais existentes no modelo de aviação civil norte-americano.

alterada pela Comissão Europeia para serviço de interesse econômico geral, ou seja, um tipo de serviço que permite a gestão privada com competição entre prestadores e aplicação do direito da concorrência. Afirma, ainda, que nos EUA começou a se tratar da ‘desregulação’ dos serviços de utilidade pública, mas, na verdade, era apenas a busca pela quebra dos monopólios e a injeção de competição nos serviços onde era possível. Ou seja, não se trata de eliminar a regulação, apenas mudar seu foco e criar novas técnicas e objetivos, sempre buscando a eliminação dos monopólios.

Bezerra (2008) traz interessante contribuição ao mencionar as dificuldades que existiram na evolução do conceito de serviço público no direito europeu. Afirma a autora que na Europa continental o Estado satisfaz a demanda social por meio de organizações burocráticas e concessões monopólicas ao setor privado enquanto nos EUA as necessidades de interesse geral ficaram a cargo de empresas privadas às quais se impuseram por lei obrigações públicas (universalidade e tarifas módicas) e um rigoroso regime de livre concorrência encabeçada pela doutrina da public utilities. Na União Européia havia essas duas realidades distintas, países de *civil law* e *common law*⁴.

Criou-se, então, um conceito dentro da União Européia que abarcasse essas duas realidades. Não há definição específica de serviço público no novo Tratado de Funcionamento da União Européia (TFUE), mas nele a ideia de ‘serviço público’ é utilizada para designar o organismo produtor do serviço ou, teoricamente, a missão de interesse geral que essas palavras significam. Com a onda de liberalizações, veio o conceito de serviço universal, que significa o conjunto mínimo de serviços de uma determinada qualidade aos quais têm acesso todos os usuários, a um preço acessível.

Os antigos serviços públicos, no conceito francês clássico transformaram-se em serviços de interesse geral, que se dividem em serviços não econômicos (proteção social), funções soberanas (segurança e justiça) e econômicos de interesse geral (transportes, energia elétrica). Ou seja, são as atividades de serviço comercial que operam no mercado e que, por motivo de interesse geral, também são impostas obrigações de serviço público, a depender do Estado. São as atividades prestadas em regime de rede. A regra pra elas é atuar em livre concorrência, salvo casos de monopólio natural.

Aplicar essa evolução no direito administrativo brasileiro significa dizer que em algum momento a própria definição legal de serviço público comumente encontrada na

⁴ *Civil Law* refere-se aos países baseados no direito germânico, que buscam uma visão legal codificada e positivada. *Common Law*, ao contrário, representa sociedades que interpretam o direito à luz do costume e da jurisprudência em detrimento de leis e códigos, tal como a Inglaterra e os Estados Unidos.

doutrina terá de ser radicalmente modificada. Toda a hermenêutica jurídica aplicável aos serviços públicos deverá encontrar novos princípios e reinterpretar antigos para justificar essa necessária mudança de visão no conceito de serviço público. Nessa realidade, entende-se pertinente transcrever citação de Luís Roberto Barroso em texto de Moreira Neto (2009):

Deve-se rejeitar uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.

Amparado nesse discurso, propõe-se neste artigo analisar, dentro do setor portuário brasileiro, algumas de suas principais cadeias produtivas com o intuito de buscar um maior aprofundamento dos objetivos e das utilidades da regulação econômico-financeira em cada uma delas. Mais especificamente, se há segmentos do setor portuário que não deveriam estar submetidos ao conceito lato de concessão de serviço público e, assim, sujeitar-se à regulação econômico-financeira por parte do Estado.

Como se percebe, antes de tal análise, é necessário apresentar algumas ideias sobre a concessão de serviço público, bem como sobre a racionalidade e o conceito de regulação no direito brasileiro.

2.3. Concessão de serviço público

Furtado (2007) afirma que o Estado pode transferir a prestação de serviço público por diferentes meios. A outorga, por exemplo, pode ser feita diretamente a entidade da Administração Indireta. Nesse caso, uma entidade política detém, por meio de lei, a titularidade de um serviço público e o transfere, por ato administrativo, a órgão de sua estrutura. É típico caso de descentralização administrativa. Ressalte-se que a lei que autoriza a outorga pode abarcar tanto a prestação quanto a titularidade.

Outra forma é a realizada por concessão, que pressupõe assinatura de contrato administrativo e licitação. Este subitem trata dessa segunda forma, que interessa diretamente para o presente artigo.

Segundo Furtado (2007), nem todo serviço público pode ser repassado para a iniciativa privada mediante concessão. Para este autor, a atividade deve possuir alguns requisitos:

- (i) deve tratar-se de serviço privativo do Estado, definido na lei ou na Constituição Federal (CF) como serviço público;
- (ii) o serviço deve admitir sua exploração a título empresarial (ou seja, que as receitas auferidas pelo concessionário são suficientes para cobrir seus custos);

- (iii) o usuário direto deve ser a população e não a Administração Pública;
- (iv) o serviço deve ser *uti singuli* (o destinatário é identificado individualmente, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no caso da iluminação pública);
- (v) lei ou dispositivo constitucional deve autorizar, previamente, a delegação.

Uma questão inicial que merece ser debatida refere-se à generalidade do art. 175 da CF (a prestação dos serviços públicos pode ser direta ou mediante concessão e permissão, isto é, não delimita que tipo de atividade) e sua relação com o rol de atividades do art. 21 da Carta Magna. É prudente questionar se lei poderia, então, reger que serviços diferentes daqueles previstos no art. 21 fossem prestados em regime de concessão. Furtado (2007) entende que sim, na medida em que interpretar o art. 21 de forma restritiva significaria retirar a funcionalidade do art. 175. A interpretação deve ser que lei ordinária pode prever outros serviços em regime de concessão, enquanto que a CF quis deixar claro que os serviços do art. 21 estão autorizados desde já. Entende-se correto tal raciocínio. Por isso é importante que a atividade a ser concedida possua certos atributos, tais como aqueles elencados anteriormente.

Esse raciocínio permite afirmar, também, que a lei ordinária possui competência para delimitar com maior especificidade as atividades de cada setor que, por suas características, não possuem atributos de serviço público, logo, o fomento e a regulação dessas atividades teria amplitude e objetivos próprios, diferentes daqueles normalmente buscados na regulação tradicional.

Em relação ao conceito, Di Pietro (2009) reconhece que a Lei 8.987/1995 (Lei de Concessões) é imprecisa. Segundo o texto legal, concessão é “*o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço*”.

Segundo esta autora, a concessão baseia-se em duas ideias contrárias. De um lado o serviço público, que deve funcionar no interesse geral e sob autoridade da Administração e, de outro, a empresa capitalista, que busca o maior lucro possível.

Dessa dicotomia surgem, no regime jurídico público aplicável, algumas características bem particulares. É pertinente citar algumas delas. Em relação à primeira ideia (serviço funciona no interesse geral e sob autoridade da Administração), nota-se que o contrato possui cláusulas regulamentares que regem a prestação do serviço, ou seja, a liberdade empresarial não é absoluta, nem deve ser. O concessionário possui prerrogativas de poder público, na medida em que presta um serviço público de interesse da coletividade. Entre essas prerrogativas, cite-se promover desapropriações, constituir servidões, captar e

gerir os recursos necessários à prestação do serviço e fazer subconcessão. Observe-se que em razão desse fato, a empresa sujeita-se, em sua atuação, aos princípios dos serviços públicos, tais como continuidade, mutabilidade, modicidade, dentre outros. Adicionalmente, deve-se observar também que os bens utilizados na prestação do serviço possuem natureza pública, ou seja, devem ser revertidos ao Poder Concedente ao final da outorga. Decorre também das prerrogativas públicas do concessionário o fato de que a responsabilidade civil da empresa é regida por normas públicas. Um último aspecto, refere-se ao fato de que mesmo diante dessa sujeição da concessionária a diversos aspectos do direito público, o controle e a execução sobre o serviço público continuam sob competência da Administração. Ou seja, a Administração detém o poder-dever de orientação e controle sobre a execução do serviço, porque não transfere ao particular sua titularidade. A Lei 8.987/1995 previu várias formas de controle e fiscalização. O limite desse controle é tal que ele não substitua a gestão da empresa, já que é razoável esperar que aquele que fiscaliza, não administre. Óbvio que esse poder de controle vem acompanhado do poder sancionador.

Da segunda ideia (empresa busca o maior lucro) surgem a natureza contratual da concessão e o direito do concessionário ao Equilíbrio Econômico-Financeiro (EEF). Ou seja, depreende-se da outorga o fato de que o concessionário terá responsabilidades que serão remuneradas na forma que rege o contrato. Qualquer alteração nessa relação deve ser reequilibrada, seja para o concessionário, seja para a Administração Pública. Então o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na perspectiva do concessionário, serve para limitar o poder da Administração. Na perspectiva do Poder Público, para limitar o lucro extraordinário do concessionário.

Não se pode deixar de notar diante dessa realidade que a concessionária atua em regime jurídico híbrido. Internamente ela é uma empresa privada (no tocante a sua organização e ao regime de seus trabalhadores), mas sua relação com a Administração e com os usuários é regida em grande parte pelo direito público.

A concessão possui efeitos trilaterais. É celebrado apenas com o poder concedente, mas alcança terceiros externos, que são os usuários. Di Pietro (2009) afirma que a natureza da relação entre usuários e concessionária é variada na doutrina: (i) para alguns ela é contratual por meio de contrato de adesão, (ii) para outros, é estatutária, pois o usuário passa a submeter-se às normas regulamentadoras sem que para isso haja um contrato, (iii), para outros, ainda, depende da situação, isto é, a relação varia entre contratual e estatutária.

A evolução da concessão acabou concebendo-a como um contrato que deveria ser mutável e flexível, já que ela serve para a prestação de serviço público no interesse geral. Esse

requisito é importante para garantir sua continuidade, pois prestar serviço público significa atuar em regimes bastante dinâmicos.

Corolário disso é que veio surgir o direito do concessionário ao EEF, que tem raízes em princípios importantes, como a equidade (não pode haver locupletamento ilícito de alguma parte), razoabilidade, continuidade e indisponibilidade do interesse público.

A dificuldade do trato da concessão é exatamente conciliar duas ideias aparentemente opostas: o direito ao EEF e o fato de que o serviço público é executado por conta e risco do concessionário.

Essa conciliação é realizada, segundo Di Pietro (2009), da seguinte forma. Áleas ordinárias correm por conta do concessionário e áleas extraordinárias⁵, que são imprevisíveis, correm por conta do poder público, autorizando o EEF. Entre as extraordinárias, cabe destacar a álea econômica (geralmente classificada como teoria da imprevisão), que é imprevisível, inevitável e torna a execução do contrato excessivamente onerosa ao contratado. Autoriza a utilização da cláusula *rebus sic stantibus*⁶.

É importante mencionar que “*por sua conta e risco*” significa, para Di Pietro (2009), que o concessionário assumiu o risco de obter um lucro maior ou menor naquele empreendimento. Então EEF não significa que a Administração deve manter a mesma faixa de lucro durante toda a vigência do contrato.

O que caracteriza a concessão é que o pagamento do concessionário deve vir, principalmente, de receitas decorrentes da exploração comercial do serviço, mesmo que o pagamento não seja efetivado diretamente pelos usuários. Esta fonte é a principal. Outras fontes devem estar previstas no edital e devem ser obrigatoriamente consideradas para o inicial EEF, nos termos do art. 9º da Lei 8.987/1995. Elas podem ser geradas pela exploração do espaço adjacente ou subsolo com a instalação de outros empreendimentos comerciais, associados ou paralelos ao serviço concedido.

A Lei 8.987/1995 admite a figura da subconcessão em seu art. 26, exigindo para tanto que seja precedida de concorrência (licitação). Ela tem a natureza pública do contrato de concessão (contrato administrativo) e deve possuir a expressa anuência do poder concedente. O subconcessionário subroga-se em todas as prerrogativas, responsabilidades e poderes do concessionário que foram transferidas a ele pelo poder concedente, tais como promover

⁵ fato da administração, fato do príncipe e teoria da imprevisão.

⁶ contratos de prestação sucessiva e que dependem de fatos futuros devem ser cumpridos se a situação permanecer igual àquela assinada na origem do contratado.

desapropriações, instituir servidões, gerir recursos públicos utilizados na prestação dos serviços, exercer o poder de polícia sobre os bens objeto da concessão, dentre outros.

A lei não difere subconcessão parcial da total. Di Pietro (2009) entende que a total não deveria ser possível, pois se o contrato de subconcessão não extingue o concessionário e o subconcessionário não possui relação com o poder público, logo, o concessionário ficaria apenas gerindo contrato(s) de subconcessão e não prestando o serviço público, destoando do conceito de concessão, que foca na prestação dos serviços por conta e risco do concessionário.

Entre os tipos de concessão previstos na norma, a concessão de obra pública caracteriza-se pelo fato de o poder público permitir que o privado construa uma obra, por sua conta e risco, e depois a explore comercialmente para se remunerar da construção. Essa exploração não necessariamente se constituirá como exploração de serviço público.

2.4. Racionalidade da regulação e seu conceito.

Ao Poder Público incumbe o dever de prestar, direta ou indiretamente, os serviços públicos. Tal preceito constitucional (art. 175 CF) tem fundamento nos fins sociais do Estado, obrigando-o a buscar sempre a satisfação dos interesses e necessidades do cidadão e da coletividade, alcançando, dessa forma, os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro de construir uma sociedade justa, livre, solidária, garantindo o desenvolvimento nacional e promovendo o bem de todos, conforme disposto no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

A dicotomia existente na prestação de serviços públicos pelo setor privado é decorrente da diferença entre o interesse público e o particular. Se por um lado, a universalidade, a continuidade, a modicidade tarifária e a qualidade dos serviços prestados são os principais interesses do poder público, as empresas privadas motivam-se a buscar sempre a maximização do lucro, o que contradiz os interesses antes colocados. Para conciliar esses interesses diametralmente opostos, foi criada a necessidade jurídica para a regulação da prestação de serviços públicos fornecida pelo setor privado (Di Pietro, 2009).

A racionalidade econômica para a regulação sempre foi justificada como um instrumento pelo qual o Estado resolveria os diversos conflitos existentes no mercado. Ou seja, como o mercado não é capaz de lidar sozinho com alguns problemas estruturais específicos, a regulação surge como mecanismo que superará essas falhas. Entre essas falhas de mercado podem ser citadas a (i) existência de externalidades, (ii) o poder de mercado e a (iii) informação assimétrica (Mota, 2003).

Externalidade é a diferença entre o custo verdadeiro de um produto para a sociedade e o preço não-regulado daquele produto. Em outras palavras, é um custo externo produzido

por uma atividade econômica que não encontra reflexo no preço dos respectivos produtos ou serviços, como a poluição, por exemplo, em suas mais diversas formas.

O poder de mercado abre a possibilidade do aumento de preços para muito além dos custos de produção. É esperado que as empresas busquem a maximização de seu lucro. Ou seja, buscarão vender sempre acima do custo social para obter os chamados lucros extraordinários. Isso demonstra que as empresas tendem a diminuir o bem-estar econômico do consumidor com o objetivo de obter maiores lucros caso não haja uma regulação que garanta o equilíbrio entre bem-estar social vis-à-vis a remuneração da empresa.

Embora o remédio mais eficaz para limitar o poder de mercado seja a introdução de concorrência, nem sempre isso é possível ou desejável economicamente. Há mercados onde a escala mínima viável⁷ é de tal magnitude que torna imprópria a entrada de outro concorrente. Ou então, isso demandaria a duplicação de infraestrutura cara e o custo não compensaria o investimento⁸. Assim, o fornecimento do mercado por somente uma empresa minimizaria os custos de produção. Mercados assim são caracterizados como de monopólio natural.

Por conseguinte, justifica-se a existência de uma regulação que evite que as empresas façam uso do poder de mercado fixando preços mais altos que os custos de produção obtendo, assim, lucros extraordinários. Esse é o caso dos setores caracterizados como de monopólio natural, onde há facilidades e incentivos para o uso desse poder de mercado em detrimento do bem estar social (Di Pietro, 2009). Fala-se do caso do monopólio, mas o raciocínio aplica-se aos oligopólios de igual forma.

Informações assimétricas decorrem da falta de informações, seja da qualidade do produto, seja dos custos envolvidos na sua produção ou de qualquer outro fator, cuja informação estratégica ou essencial é detida por uma das partes em grau desproporcional a outra parte. Isso significa que os diferentes atores do mercado dispõem de diferentes quantidades de informação, deixando os fornecedores com vantagens que podem resultar em captura do regulador para uma atuação mais ineficiente, resultando em tarifas mais caras e piores serviços. Nesse viés, justifica-se a existência da regulação para corrigir os problemas relativos à informação inadequada de preços e qualidade dos produtos, entre outros fatores.

⁷ O número mínimo de vendas suficientes para que um entrante no mercado tenha ressarcido seus custos de entrada naquele mercado.

⁸ Nítido caso é o da energia elétrica. Para competir na distribuição de energia elétrica com a Companhia Energética de Brasília – CEB, um entrante deveria construir redes elétricas ao lado das já existentes, o que tornaria a escala mínima viável altamente desproporcional por causa do alto custo delas, podendo resultar na falência de ambas as empresas.

Nota-se que, economicamente e juridicamente, a regulação é justificável e desejável nos setores em que as falhas de mercado se fazem presentes, como por exemplo, o setor elétrico e de telecomunicações. Em outros, caracterizados como contestáveis⁹, a possibilidade de competição inspira cautela e a regulação deveria se dar na forma de fomentar uma maior concorrência ao invés de limitá-la na forma de um contrato de concessão (Viscusi, Vernon e Harrington Jr, 1998).

Mas em certo grau, mesmo um mercado contestável necessita de cuidados regulatórios por parte do Estado, ou seja, mesmo a abertura do mercado para a concorrência não deve tornar o Estado omissivo na fiscalização e na implementação de certas metas e também inibir o abuso do poder econômico (Guerra, 2003).

Sobre o conceito de regulação, a Constituição Federal utiliza o termo expressamente, porém, sem explicá-lo, tornando sua conceituação tarefa do intérprete. Dispõe o artigo 174 da CF, in verbis:

“Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. (grifamos).

Segundo Pagotto (2003), duas posições são razoáveis diante desse artigo. Na primeira, considera-se “regulação” e “normação” duas atividades distintas do Estado, sendo que regular seria fiscalizar, o que não tem absolutamente nada com normatizar. Na segunda, e correta segundo nosso entendimento, essas duas funções estariam totalmente ligadas, sendo que regular englobaria normatizar, ou seja, *“regular traria em seu bojo não só a ideia de conformação da norma à realidade, mas também a de conformação da realidade à norma”*.

Isso quer dizer que a função reguladora não se pode distanciar da função normativa, sob pena de tornar sem efeitos práticos a regulação enquanto remédio para as falhas de mercado. Ou seja, uma vez que quem regula precisa normatizar de alguma forma, deve-se partir do pressuposto que essas funções estão ligadas ou ferir de morte o instituto da regulação, o que não seria interessante sob o ponto de vista do interesse coletivo e da necessidade da desconstrução do Estado.

Di Pietro (2003) reconhece na palavra regulação três atividades fundamentais: (i) estabelecimento de regras de conduta; (ii) controle da atividade administrativa pelo Estado (polícia administrativa, segundo a autora); (iii) finalidade pública de estabelecer o funcionamento equilibrado do mercado. Como antes mencionado, a grande dicotomia

⁹ Existe potencial competitivo e a entrada no mercado é suficiente para limitar a utilização de poder de mercado.

existente na privatização seria de que as empresas privadas sempre tenderão a buscar o lucro e abusar do poder econômico e das proteções inerentes ao contrato de concessão em função dos lucros extraordinários e em detrimento do bem estar dos usuários e da sociedade como um todo. Pois bem, a regulação tem a função também de levar o setor privado ao caminho do interesse público, ou seja, de interesses mais desejáveis e louváveis.

Luís Roberto Barroso (2002) entende que a regulação pressupõe as atividades de planejamento, regulamentação e fiscalização.

Nota-se, a partir do exposto, que de certa forma a doutrina tem pacífico entendimento quando o assunto é definir o que seria regular. Pode-se dizer que o Estado visa atingir os seguintes objetivos: Estabelecer e implementar regras de conduta que controlem a atividade privada, adequando-a ao interesse público; equilibrar o mercado promovendo um saudável ambiente de competição onde isso seja possível e controlar o poder de mercado onde isso não seja possível e; garantir a prestação dos serviços públicos com todas as finalidades e características previstas na lei.

De posse desse referencial teórico, pode-se iniciar o estudo do setor portuário.

3. SETOR PORTUÁRIO

3.1. Âmbito do setor portuário

Antes de delimitar o setor portuário para os fins do presente artigo, entende-se pertinente ressaltar a sua importância para a balança comercial brasileira. Dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC) demonstram que o transporte marítimo responde sozinho por 80%¹⁰ das exportações em termos de valor e 96% em termos de tonelagem. Isso quer dizer que a participação dos outros modais (aeroviários, dutoviários, rodoviários) quando somados correspondem à movimentação de apenas 4% do peso das exportações brasileiras. Os portos, nesse caso, como entreposto natural para a logística do transporte marítimo, devem estar preparados para sustentar o ritmo das transações comerciais, oferecendo as melhores condições de infraestrutura e prestação de serviços aos usuários.

Nesse sentido, podem-se conceituar os portos, de uma forma geral, como os espaços físicos nos quais se realizam as necessárias trocas modais, interfaces, entre os diversos meios de transporte, aquaviários e terrestres, de pessoas e mercadorias, representando importante elo na cadeia logística de transportes. As peculiaridades físicas, geográficas e sociais em torno de um porto são determinantes para viabilizar economicamente o transporte e a movimentação

¹⁰ Média da participação do transporte marítimo calculada entre 2001/2008.

de mercadorias entre os países. Em outras palavras, o porto deve possuir acessos terrestres (rodovias e ferrovias) e marítimos bem planejados, possuir áreas de expansão e facilitar sua logística com as cidades ao redor, sem ser estrangulado por elas.

Da mesma forma que o transporte aquaviário, os portos podem ser marítimos, fluviais ou lacustres, de acordo com o volume de água em que se situem. É importante considerar, no entanto, que um porto fluvial, quando serve de entreposto para a navegação de longo curso¹¹, é tratado como porto marítimo. Essa definição é necessária, pois na bacia amazônica existem portos fluviais com características marítimas, como os portos de Manaus, de Santana, de Santarém e de Vila do Conde.

Para os objetivos do presente artigo, é importante fazer uma ressalva. Não serão tratados aqui os serviços de navegação. Esta é a atividade exercida pelo transporte aquaviário pelo qual uma embarcação se desloca no meio líquido, por via marítima, fluvial ou lacustre (TCU-Sefid/FGV, 2008a). Dessa forma, interessará na análise as atividades prestadas pelo porto para a carga e não para o navio.

Comumente, confundem-se as atividades inerentes ao porto com aquelas associadas à navegação. Dessa forma, é pertinente esclarecer que os assuntos relacionados ao transporte aquaviário, como a navegação de cabotagem, os serviços associados à navegação marítima, como a praticagem¹², e as questões associadas aos portos fluviais e lacustres estão excluídos do presente estudo.

3.2. Histórico do setor portuário nacional

As bases do sistema portuário nacional remontam à abertura dos portos promovida pelo Rei D. João VI. Com esta abertura, a ideia inicial era promover investimentos privados em obras de expansão. Esse modelo durou até 1930, quando o Estado assumiu o papel de financiador e, por meio da criação da empresa Portos do Brasil (Portobras), levou esse papel de financiador ao máximo. Nessa época, a referida empresa atuava como autoridade portuária e como operador portuário explorando o cais comercial. Segundo o Relatório do TCU-Sefid/FGV (2008a), estabeleceu-se então o conceito jurídico de que a cada porto organizado

¹¹ A navegação de longo curso é aquela efetuada entre portos de diferentes países. A navegação entre portos do país pela sua costa é conhecida como cabotagem.

¹² Os serviços de praticagem são comumente associados aos portos, no entanto, fazem parte dos serviços prestados ao navio e, por isso, devem ser relacionados à navegação.

corresponderia o monopólio da exploração de uma hinterlândia¹³. Por essa estrutura de organização geográfica, o território nacional foi particionado, consistindo cada hinterlândia de uma parte do litoral e sua respectiva projeção para o interior do país. Observa-se desse período, também, o início da sistematização da legislação portuária nacional, com a publicação dos Decretos 24.447/1934, 24.508/1934 e 24.550/1934.

Esse modelo de financiamento e gestão apresentou elevado desgaste em razão das dificuldades financeiras que assolavam o Brasil no final da década de 80. Isso resultou na extinção da Portobras em 1990, levando à edição da Lei 8.630/1993, chamada de lei de modernização dos portos, que redefiniu os papéis da autoridade portuária, do operador portuário e do próprio Estado na gestão e na regulação do setor. Os objetivos da lei eram de conceder a operação portuária por meio de arrendamentos de áreas e instalações, gerando recursos para o governo, além de incentivar a concorrência entre portos e terminais.

Isso quer dizer que, basicamente, a lei buscava: a quebra do monopólio estatal nos serviços de movimentação de cargas nos cais públicos, que passaram a ser realizados por empresas privadas, mediante sua qualificação como operadores portuários; a reestruturação do papel das autoridades portuárias; a movimentação de cargas de terceiros em terminais de uso privativo misto¹⁴ e a concessão de áreas e instalações portuárias para empresas privadas, por meio de contratos de arrendamento.

Em 2001, a Lei 10.233 criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), encarregada da regulação do setor e, mais tarde, em 2007, o segundo governo Lula resolveu desincumbir o Ministério dos Transportes do planejamento dos portos marítimos e encarregar a recém criada Secretaria Especial de Portos (SEP), órgão que seria ligado diretamente à Presidência da República.

Atualmente, o setor portuário marítimo brasileiro é constituído por portos organizados, sujeitos à jurisdição de uma autoridade portuária (que pode ser federal, estadual e municipal), e por terminais portuários de uso privativo.

Passada a fase preliminar de apresentação do setor portuário, passa-se a delimitar a natureza jurídica das atividades prestadas por autoridades portuárias e arrendatários no que tange ao porto.

¹³ Hinterlândia é definida como a área geográfica onde o custo logístico total de/para qualquer outro porto é maior que para o porto em análise. Ou seja, quanto menor o custo portuário, menor o custo logístico total, maior a área de influência e, assim, maior a demanda capturável (Goldberg, 2009).

¹⁴ Não se entrará neste artigo no tema da quantidade de cargas de terceiros que pode movimentar um terminal privativo misto.

3.3. O porto organizado – definições

Pode-se observar, de forma geral, que as autoridades portuárias exercem duas atividades no porto. Sua administração enquanto empresa, tais como buscar clientes, fazer o programa de arrendamentos e o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto; e a operação (movimentação e armazenagem) das cargas.

A Lei 8.630/1993 exige que o porto seja concedido. Ou seja, a autoridade portuária exerce suas funções com lastro em um contrato de concessão, que prevê a execução dessas duas atividades. Isso decorre da própria lei quando rege que Porto Organizado é o “*construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias*” e cujas “*operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária*”.

Dessa forma, o contrato de arrendamento é uma forma de descentralização da operação portuária e apenas dela. Isso quer dizer que é preciso definir a natureza jurídica da operação, pois assim pode-se tentar entender o comportamento do contrato de arrendamento no mundo jurídico. Considerando a exploração do porto como serviço público, deve-se então questionar se explorar suas instalações teriam a mesma natureza.

Para tanto, observe-se, inicialmente, as características de serviço público, segundo Mello (2005):

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”

Para o autor, a noção de serviço público seria composta necessariamente por dois elementos: o substrato material, que é a prestação de utilidade ou comodidade; e o substrato formal, que consiste em um específico regime de direito público.

Costa (2006) entende que os serviços decorrentes da exploração portuária apresentam tal substrato material, uma vez que se constata “*a prestação, diretamente pela União ou por parte da concessionária, de uma utilidade fruível por todos os administrados (princípio da generalidade), dado que o exercício de tais atividades se faz indispensável para o desenvolvimento estratégico do país*”. Para a autora, essa generalidade estaria presente tanto no contrato de concessão de serviço público quanto no de arrendamento portuário. A operação portuária é definida pela Lei 8.630/1993, art. 1º, §1º, inciso II, com a redação dada pela Lei 11.314/2006 como:

“II - Operação Portuária: a de movimentação de passageiros ou a de movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários.”

Assim, essa ‘utilidade fruível’ não está só na exploração do porto como um todo, mas, também, nos serviços que a União ou o concessionário prestam à sociedade, tal como a movimentação ou armazenagem de carga. Não é a divisão do porto em áreas e o arrendamento dessas áreas que constituirá uma utilidade fruível pela coletividade. Essa divisão é uma tarefa acessória para a atividade principal, que é o embarque e desembarque de cargas nos navios e sua armazenagem no porto.

Em outras palavras, administrar o porto nada mais é que administrar a prestação da operação portuária por operadores portuários de forma a atender a hinterlândia. E se a autoridade portuária busca, por princípios legais, que o porto atenda ao máximo de clientes, com eficiência e de forma módica, com maior razão deve-se exigir comportamento semelhante dos arrendatários. Portanto, se a concessão do porto (administrar os serviços) é serviço público, a prestação propriamente dita sem dúvida merece receber o mesmo tratamento jurídico.

O contrato de arrendamento portuário, dessa forma, teria a natureza jurídica de uma subconcessão de serviço público, na medida em que reflete o uso de bem público (áreas e instalações) que o arrendatário explorará em benefício próprio.

Acrescente-se, todavia, que essa definição não é suficiente. É pertinente investigar, e é o objetivo deste artigo realizar esta tarefa, **se todos os tipos de movimentação e armazenagem podem ser considerados serviços públicos**. Em caso negativo, se é possível, de forma preliminar, apontar características que identifiquem razoavelmente quando a movimentação tratar-se-ia, efetivamente, de serviços públicos, portanto, onde a regulação econômica estatal seria melhor aproveitada.

Para efetuar essa análise, é pertinente estudar os principais tipos de cargas movimentadas no setor portuário e chamar a atenção para algumas de suas características principais, o que será feito no próximo tópico.

3.4. Os segmentos do setor portuário

A análise que se fará do setor portuário no presente artigo envolverá conceitos gerais relacionados à cadeia de produção de diversos tipos de cargas transportadas por meio de portos no país. Nesse sentido, entende-se necessário classificá-las antes de empreender qualquer análise mais aprofundada. As divisões de segmentos feitas no setor portuário

encontram baixa contradição doutrinária. Para os fins do presente artigo, citar-se-á o trabalho realizado por Macheti e Pastori (2006).

Inicialmente, entende-se adequado dividir as cargas entre granéis, commodities de baixo valor agregado, geralmente transportadas soltas; e carga geral, itens de industrialização e produção mais complexa, logo, de alto valor agregado.

Os granéis podem ser sólidos ou líquidos. Dentro dos sólidos, é pertinente diferenciar entre os minerais¹⁵ e os agrícolas¹⁶. No que tange aos granéis líquidos, dividem-se, normalmente, em três categorias: derivados de petróleo (combustível), agrícolas¹⁷ e químicos¹⁸.

A carga geral divide-se entre roll on/roll off¹⁹, solta e contêinerizada. O contêiner é a embalagem onde são inseridas as cargas. Sua utilização foi uma verdadeira revolução no setor, na medida em que permitiu transportar cargas soltas com maior velocidade, segurança e eficiência.

Atualmente se costuma diferenciar em anuários estatísticos as cargas que são transportadas por contêiner daquelas que vão soltas no navio, mas é importante ressaltar que a única diferença entre elas é o meio de entrada/saída do navio e não a carga em si²⁰.

A partir dessa classificação, far-se-á uma explanação geral sobre a cadeia produtiva de cada segmento, apontando suas principais características, de forma que no próximo subitem seja possível analisar cada segmento e a pertinência da amplitude da regulação econômica aplicada. Esclarece-se, também, que a descrição da cadeia produtiva não se restringirá às relações porto-navio, mas considerará, de igual forma, a produção da carga e o transporte/acesso ao porto.

3.4.1. Granel sólido mineral

Os produtos transportados nesse segmento geralmente tem início em uma mina e, dependendo de suas características, recebem tratamento em uma indústria. Trata-se de

¹⁵ Minério de ferro; produtos metalúrgicos, tais como ferro-ligas, bobinas, lingotes; e produtos siderúrgicos, como aço e ferro-gusa.

¹⁶ Soja, açúcar, milho, algodão, arroz, feijão, dentre outros.

¹⁷ Vinho, azeite, sucos em geral.

¹⁸ Na maior parte gás natural, mas são produzidos também butano e propano, por exemplo.

¹⁹ Cargas rodantes, como veículos, tratores e caminhões

²⁰ Acrescente-se que atualmente mesmo alguns granéis estão sendo transportados por contêiner.

produtos pesados em termos de tonelagem e de baixo valor agregado, portanto, são transportados comumente por ferrovia e apresentam sérias limitações quando movimentados por outros meios de transporte. Por exemplo, movimentar minério de ferro por meio de aviões é inviável e por rodovia, quando possível, possui reduzida produtividade. O transporte aquaviário seria possível e desejável, mas a mina teria de estar próxima a um rio navegável ou apresentar uma ligação ferroviária consistente, o que é raro no Brasil.

Por todo esse contexto, poucas empresas de grande porte e fortes exportadores de commodities dominam o setor, como a Companhia Vale e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN). Dessa forma, quando elas não são donas de sua infraestrutura de transporte, o que tradicionalmente ocorre, são clientes cativas das concessionárias de ferrovias, e gozam, por isso, de benefícios regulatórios²¹.

Disso decorre uma característica importante. A produção e o transporte de carga de terceiros nesse segmento é muito raro e marginal.

Como se trata de carga de baixo valor agregado, a escala é muito importante e não pode haver risco de produzir algo que eventualmente não seja transportado. Ademais, a duplicação da infraestrutura ferroviária e acesso portuário é cara e não compensaria os custos, ou seja, as empresas de pequeno porte dificilmente conseguem escala para obter a concessão de uma ferrovia e, por isso, devem levar suas cargas até as ferrovias dos donos da mina ou concorrer com eles pelo transporte, na medida em que as tarifas ferroviárias são livres dentro do preço máximo estipulado para cada concessionário.

Ao chegar no porto, o cenário não é diferente. Os terminais que lidam com granéis sólidos minerais geralmente pertencem aos produtores. Ou seja, eles se caracterizam como mais uma infraestrutura numa cadeia logística integrada e verticalizada e não como um prestador de serviços de movimentação e armazenagem. Funcionam como mero centro de custos administrado pelo produtor, tal como a ferrovia ou sua planta de produção.

Em razão disso, além de serem empresas de grande porte e alto poder aquisitivo, possuem preferência por instituir Terminais de Uso Privativo (TUP) ao invés de atuar no porto. O Panorama Aquaviário, elaborado pela Antaq com dados de 2009, demonstra que

²¹ A Resolução – ANTT 350/2003 criou e delimitou o conceito de usuário dependente, que é aquele que para recebimento ou despacho de produtos ou insumos não disponha de outro modal que seja técnica e economicamente viável, face a competitividade de seu negócio ou que realize investimentos em malhas concedidas. Com essa qualificação recebe o direito de assinar contrato específico com o concessionário, no qual há garantia de que a produção estipulada no contrato será transportada pelo preço acordado no instrumento, ou seja, o preço deixa de ser livre, como normalmente ocorre.

65% das cargas de granel sólido (considerando também os agrícolas) foram transportadas por meio de TUP.

Considerando a estrutura verticalizada dessa cadeia de produção, observa-se que os terminais transportam em sua maioria cargas cativas, portanto, existe baixa concorrência intraterminais. Isso porque, além da verticalização, esse tipo de carga geralmente envolve investimentos pesados em acesso terrestre (dutos, ferrovias, tanques, equipamentos) que não se justificam para competir pela pouca carga não cativa que sobra. Portanto, incentivar essa concorrência seria pouco relevante para beneficiar o setor.

Nesse segmento, o operador do terminal, geralmente o produtor, é a parte mais forte, com grande poder de barganha. O transporte das cargas não é atomizado, ou seja, são poucos terminais concentrando toda a carga. Assim, o armador (dono do navio) usualmente se submete à cadeia logística e não possui poder para definir sozinho as rotas e os terminais que serão visitados.

3.4.2. Granel Sólido Agrícola

Este segmento, ao contrário do mineral, apresenta um setor de produção menos concentrado, com a atuação de grandes *traders* e pequenas fazendas de maneira mais equilibrada. A carga também tem tonelagem inferior a mineral, portanto, o transporte rodoviário é bastante utilizado, fornecendo mais opções de escoamento e reduzindo a taxa de cargas cativas.

Diante dessa realidade, percebe-se que o acesso ao porto neste segmento é mais fácil e menos limitado, reduzindo o grau de integração vertical, embora não totalmente. Por isso, a concorrência pelo transporte se dá no preço e é mais acirrada do que aquela que ocorre nos granéis minerais. Logo, as empresas de maior recurso disponível (geralmente as grandes) possuem espaço para restringir o acesso de concorrentes de menor poder aquisitivo, em caso de ferrovias no auge da capacidade.

No porto, observa-se que os terminais arrendados, em sua grande maioria, pertencem aos grandes *traders*, que possuem escala e poder aquisitivo para uma empreitada deste porte. Quando isso ocorre, o dono do terminal busca verticalizar-se também no transporte, seja por concessões ferroviárias, ou por empresa de transporte rodoviário (caminhões) própria ou terceirizada contratualmente.

Esses terminais, ao contrário dos terminais de granel sólido mineral, trabalham com cargas de terceiros. Uma vez que o acesso ao porto é mais facilitado e o setor é servido por pequenas empresas, muitas vezes coligadas em cooperativas, existe, efetivamente, cargas de

terceiros de forma mais abundante que no setor mineral. Isso porque a presença de pequenos fazendeiros e cooperativas sem escala para seu próprio terminal diminui a quantidade de carga cativa transportada, incentivando a concorrência intraterminal, bem como a competição entre arrendatários com capacidade livre e o porto público. Saliente-se, ainda, que a participação de TUPs nesse mercado também é bastante significativa.

Acerca da concorrência entre arrendatários e porto público, esclarece-se que o Brasil hoje opera com duas realidades distintas. Existem os terminais especializados (arrendatários), que investiram na modernização de equipamentos e métodos de movimentação e armazenagem. Por outro lado, os cais públicos, administrados pelas companhias docas, são obsoletos e trabalham com equipamentos em mau estado. É pertinente lembrar, por outro lado, que nem todos os produtores/empresas desejam arrendar áreas e instalações. Para custear um arrendamento é necessário ter escala produtiva que justifique o investimento, o que muitas pequenas fazendas e boa parte das cooperativas efetivamente não possuem. Ou seja, o grande entrave não é a quantidade de terminais arrendados administrados por grandes *traders*, mas o estado de depreciação que grande parte dos cais públicos se encontram.

Disso conclui-se que o aumento da concorrência nesse setor seria benéfica aos donos de cargas, pois contariam com mais opções, sujeitando-os menos ao poder de mercado dos donos dos terminais, verticalizados ou não.

A parte forte nesse segmento, tal como no granel mineral, é o dono do terminal (normalmente grande *trader*). Portanto, o armador sujeita-se à cadeia logística produtiva, que no porto é concentrada em terminais de grande porte e que funcionam como concentradores.

3.4.3. Granel Líquido

O enfoque aqui será dado no setor de derivados de petróleo (combustível e gás), que possui características que tornam sua operacionalidade única, já que além de materialidade, envolvem toda uma cadeia de serviços industriais acessórios com grande impacto no setor portuário e em sua regulação.

Ressalte-se, ainda, que o segmento de granel líquido não derivado de petróleo (água, sucos), em geral, aproxima-se do que foi descrito para o setor de granel sólido agrícola, cujas características também já foram debatidas. Acrescente-se, ainda, que essa limitação não interfere nas conclusões deste trabalho.

Atualmente, a exploração de petróleo *offshore*²² encontra-se bastante difundida e, com isso, a necessidade por terminais e serviços portuários aumentou sensivelmente nos últimos anos, notadamente por conta da Petrobras. Dados do panorama aquaviário 2010 da Antaq demonstram que a Transpetro responde, sozinha, por 70% da movimentação anual de granel líquido. O mesmo documento afirma que 85% do setor é servido por TUPs. Essa informação, contudo, deve ser vista com certa parcimônia, pois isoladamente pode levar a crer que o segmento opera marginalmente nos portos públicos. O que ocorre, porém, é que não se pode analisar este mercado sem observar os serviços industriais e de navegação que o assessoram, que quase sempre estão sediados nos terminais arrendados dos portos organizados ou na sua retroárea.

A exploração de petróleo requer, sem entrar em detalhes técnicos, uma fonte que não será compartilhada por terceiros. Ou seja, dá-se de forma monopólica. A concorrência entre exploradores existe, mas aquela fonte específica não é explorada por outros produtores.

Disso decorre que o setor de transporte é verticalizado com o de produção, ou seja, aquele que explora a fonte constrói também o duto que leva o granel até o porto e não ocorre divisão dessa infraestrutura com terceiros. Pode-se concluir, assim, que a superestrutura utilizada para transportar esse produto é exclusiva.

Chegando ao porto, a situação não se altera. Quem constrói um duto, o faz para que ele chegue num ponto de escoamento, seja um terminal arrendado, seja um TUP. Essa verticalização, praticamente necessária, explica a alta taxa de participação de TUPs nesse segmento. Ou seja, o terminal nesse mercado funciona como um centro de custo administrado pelo produtor e não como um prestador de serviços de movimentação e armazenagem, a exemplo do que foi explicado para o setor de granel sólido mineral.

A verticalização explica também porque esse segmento é alimentado, basicamente, por grandes multinacionais, como Petrobras, Texaco e Shell. Trata-se de setor tão especializado que os navios não conseguem atender outro tipo de demanda sem realizar vários procedimentos de adaptação. Logo, os armadores sujeitam-se à cadeia logística integrada, não possuindo poder para estipular rotas e discriminar usuários.

É importante, por fim, entender toda a cadeia de serviços que integra esse mercado.

²² A exploração de petróleo pode se dar de forma *onshore*, quando ocorre em terra, ou *offshore*, quando realizada no mar (águas rasas, profundas ou ultraprofundas). A título de informação, entre 2000 e 2007, a participação da produção *offshore* aumentou de 83 para 89% da produção total, já que a produção *onshore* vem perdendo espaço desde 2003 (Costa, Pires e Lima, 2008).

Uma plataforma da Petrobras para exploração *offshore* de petróleo, por exemplo, envolve as indústrias que a montam e realizam sua manutenção, que constroem as furadeiras ou os tubos flexíveis pelos quais o petróleo é retirado e escoado, bem como a navegação de cabotagem que faz apoio marítimo a toda essa infraestrutura. São serviços muito específicos e geralmente contratados fora do porto, mas que influem sobremaneira em sua regulação, operacionalidade e planejamento, principalmente porque se tratam de atividades muito rentáveis, oferecendo alto retorno para a autoridade portuária. Dessa forma, ocupam o porto por meio de terminais arrendados ou licenças transitórias de curto prazo²³.

Ressalte-se que em razão de vários desses produtos serem industriais e de grande porte, só podendo ser movimentados via marítima, necessitam ficar perto da margem, dentro do porto. Isso quer dizer que este ‘terminal’ industrial não é desenvolvido para movimentação e armazenagem de cargas e servir de interface logística entre produtores e armadores. Ele serve com o único propósito de atender demandas específicas, que foram contratadas fora do porto. Exemplo, a Petrobras realiza licitação (convite) para contratar empresa que monte tubos flexíveis para uma de suas plataformas durante certo prazo. Logo, o que vai reger as atividades desse ‘terminal’ é o contrato assinado com a Petrobras, no qual não há qualquer participação da autoridade portuária em questão.

3.4.4. Contêineres

Deve-se esclarecer, inicialmente, que a contêinerização ocorrida nos últimos anos levou a diversas discussões no setor portuário. Trouxe também uma mecanização das atividades prestadas, em detrimento dos antigos trabalhadores, cuja função era carregar as cargas em sacos.

Por causa disso é que esse segmento foi responsável pelo crescimento vertiginoso do setor portuário nos últimos anos deixando em segundo plano o mercado de cargas soltas. Dessa forma, é o segmento que acarreta maiores discussões regulatórias atualmente, portanto, entende-se pertinente que mereça tópico específico neste artigo.

Ao contrário do setor de granéis em sua grande parte, a ‘cadeia produtiva’ desse segmento é vasta, diversificada e bastante dispersa. Como não envolve uma gama específica de produtos, mas qualquer produto que possa ser transportado via contêiner que não seja

²³ Muitos portos criaram instrumentos jurídicos – ilegalmente – para atender essa demanda. Empresas que assinavam contratos de dois anos, por exemplo, para fornecimento de tubos para a Petrobras e necessitavam de terrenos para armazená-los antes de montá-los. Essa foi uma das formas de utilização dos contratos operacionais, termos de permissão de uso, dentre outros, pelas Companhias Docas encontrada no TC 021.253/2008-2, do Tribunal de Contas da União.

granel (embora alguns graneis estejam utilizando contêiner atualmente), percebe-se que a atomização desse mercado é enorme.

Isso quer dizer que o transporte desses produtos até o porto também é bastante diversificado e competitivo. Logo, é improvável que ocorra verticalização da produção até o porto, como ocorre no setor de graneis como um todo. Ou seja, o terminal de contêineres não busca produzir ou se industrializar, mas apenas se dedicar a prestar o serviço de movimentação e armazenagem de cargas.

Embora não exista integração vertical da produção até o porto, mesmo não se pode afirmar no que tange à relação entre porto e armadores.

A evolução do setor mostrou a importância dos ganhos de escala e escopo, ou seja, um terminal de contêiner precisa ter cais longo para permitir a atracação dos navios cada vez maiores que são produzidos, bem como muito espaço de pátio e retroárea. Terminais de contêiner menores, em termos de pátio e cais, serão atendidos por navios menores, que não fazem mais parte das grandes rotas internacionais de navegação de longo curso, assim, jamais se tornarão portos concentradores e centros de distribuição regional²⁴. Logo, o grande desafio do setor é aliar a necessidade constante de aumento de escala com a regulação e o incentivo à concorrência.

Por todo esse contexto, o segmento vem passando por uma tendência de integração vertical *downstream* – operação e navegação, já que armadores têm investido em se tornar também operadores portuários (comprando participação nos terminais existentes quando se tratam de empresas de capital aberto ou concorrendo nas licitações para outorga de novos terminais). Em 2006, três dos maiores armadores estavam na lista dos 14 maiores operadores do mundo, visando buscar ganhos de escala e de escopo cada vez maiores, formando um sistema *hub and spoke*²⁵ em cada macro região, conforme seu campo de atuação. Evidente que para isso funcionar o armador deve possuir um terminal. Se não ele terá de dividir sua

²⁴ Segundo Goldberg (2009), Stopford divide o desenvolvimento físico dos portos em 4 gerações:

- (i) portos pequenos locais: infraestrutura básica e superestrutura e equipamentos multipropósito com foco em carga geral em pequenas quantidades.
- (ii) portos grandes locais: quando o aumento da carga começa a justificar os primeiros terminais especializados e a melhoria de acessos rodoviários e ferroviários ao longo do cais.
- (iii) portos grandes regionais: portos que começam a movimentar cargas provenientes de longo curso com mais intensidade. Aumentam a especialização por meio de equipamentos e superestrutura.
- (iv) centros de distribuição regional: possuem um papel mais amplo de centro de distribuição para embarcadores e armadores. São uma verdadeira federação de terminais especializados em graneis sólidos, líquidos, contêineres e carga solta.

²⁵ Sistema *Hub and spoke* é um sistema logístico que trabalha com o conceito de centro de distribuição. Existe um ponto central para onde as cargas convergem e de lá vão para outro centro de distribuição. Essa concentração torna a movimentação mais eficiente, permitindo a viagem de menos navios, mas com maior número de cargas, contrastando com o disperso transporte ponto a ponto.

carga em vários portos a fim de não dar poder de barganha para um operador específico, o que reduziria seus ganhos de escala e escopo (Goldberg, 2009).

Lidar com essa integração vertical é outro desafio futuro da regulação. A atomização do mercado de contêineres certamente privilegiaria os donos das cargas pelo aumento da concorrência, enquanto a busca constante pela escala serve para reduzir as tarifas de movimentação e armazenagem, mas com possibilidade real de gerar monopólios ou oligopólios em cada hinterlândia. Por isso, essa tendência de integração vertical é liderada pelos armadores, que são a parte forte do segmento e possuem os grandes ativos (navios).

4. ANÁLISE

Considerando os conceitos e explanações que foram feitos até aqui, pode-se, finalmente, refletir acerca de algumas propostas para a regulação econômico-financeira do setor portuário.

Como visto, a regulação tem como finalidade precípua, de maneira geral, proteger usuários de serviço público do poder de mercado dos prestadores de serviços ou da captura de agentes públicos, por meio da criação de um mercado concorrencial artificial. Dessa forma, para superar as falhas inerentes ao mercado, busca-se reproduzir suas características incentivando os prestadores a buscar eficiência ao invés de usar tais falhas para maximizar o lucro, em detrimento dos usuários e da própria prestação do serviço.

No setor portuário, isso significa que a prestação do serviço público de movimentação e armazenagem de mercadorias precisa de licitação (controle da entrada), ser vinculada a um contrato administrativo que impõe uma eficiência mínima em termos de movimentação (controle da qualidade) e ter o preço cobrado compatível com o custo da prestação (controle do custo), quando não houver limite formal (*price cap*²⁶). Para isso, a autoridade portuária precisa desenvolver complexo estudo de viabilidade técnica e econômico-financeiro. Percebe-se que toda a finalidade da regulação no setor, como não poderia deixar de ser, envolve a proteção de usuários, embora não apenas deles. Ou seja, a regulação considera que o prestador do serviço teria incentivos para se aproveitar das falhas de mercado do setor portuário e prejudicar o interesse público (em outras palavras, o aumento do custo Brasil).

²⁶ O mecanismo de tarifação que se constitui numa regra de reajuste por índice de preços, deduzido de um coeficiente que representa o repasse para o usuário da redução de custos relativa ao aumento de produtividade (Possas *et al.*, 1997; Giambiagi e Além, 2000).

Considerando a quantidade de setores e serviços prestados nesse setor, esse tipo de regulação sem dúvida envolve enormes quantidades de recursos das autoridades portuárias, da agência reguladora, dos entes de fiscalização interno e externo, bem como do Poder Executivo em termos de políticas públicas. Por isso, a teoria do serviço público atual prega que a delimitação desse conceito em cada segmento de um setor deve ser muito bem especificada e justificada.

Busca-se, então, contribuir nessa discussão. Assente que movimentação e armazenagem de mercadorias é um serviço público, deve-se questionar agora que tipo de movimentação de mercadorias deveria ser enquadrada nesse conceito.

Do que foi pesquisado em relação às cadeias produtivas dos diversos segmentos, encontraram-se duas situações em que, em termos gerais, não se está diante da prestação de serviço público que necessite proteção regulatória. Ou, ainda, que a regulação econômico-financeira, no âmbito do setor portuário, possa trazer qualquer benefício em termos estruturais, seja *downstream* – navegação e comercialização –, seja *upstream* – produção e transporte. Discutir-se-á a seguir cada uma dessas situações e suas implicações.

4.1. Terminal como centro de custos

A primeira situação envolve o mercado de granéis. Mais comumente em alguns sólidos minerais, como minério de ferro e aço, e nos líquidos, principalmente combustíveis. Mas pode ocorrer também no de sólidos agrícolas, no caso de grandes *traders* com cadeia de produção verticalizada, bem como no de cargas soltas refrigeradas (notadamente mercado de carnes para exportação).

Como ressaltado anteriormente, as características desse segmento sugerem que a chance de uma verticalização completa da cadeia é muito alta e, de certa forma, desejável. Nesse contexto, o dono da carga (usuário) e o prestador do serviço confundir-se-ão, tornando a movimentação mera atividade integrada dentro de uma planta de produção, ou seja, o terminal seria apenas um centro de custos.

É sabido que se o terminal está prestando ‘serviço’ apenas para si próprio terá incentivos máximos a buscar eficiência, bem como a se atualizar e a inovar, reduzindo o custo da cadeia produtiva como um todo. Isso explica porque esses segmentos preferem atuar como TUPs ao invés de buscar o porto organizado. É difícil alcançar o nível máximo de eficiência dentro do porto, porque nele existem diversos custos não administráveis, como a contratação via OGMO ou as interferências políticas do CAP, por exemplo. Corrobora essa visão quando se percebe que os terminais graneleiros em TUPs, principalmente da Vale, apresentam alta

eficiência de movimentação em relação a cais públicos e arrendatários, conforme consta das Estatísticas de Desempenho Portuário de 2010²⁷.

É interessante notar que as atividades prestadas em TUPs são de livre precificação, não há licitação e dependem de mera autorização da autoridade competente (Antaq)²⁸. E essa definição vem desde a Lei 8.630/1993. Isso é importante porque se percebe, por essa delimitação, a sugestão legal para que as atividades desenvolvidas por TUPs não se enquadrem no conceito de serviço público posto para os arrendamentos e para a concessão de porto organizado.

Por outro lado, se um projeto de terminal com características de TUP exclusiva for desenvolvido dentro do porto organizado, deve passar por todos os procedimentos licitatórios anteriormente colocados. Em termos operacionais, a única diferença entre os dois terminais é a titularidade do terreno, privada nos TUPs e pública no porto organizado. É interessante, então, questionar os princípios envolvidos e os benefícios trazidos em toda essa contextualização. Isso porque afirmar que um terminal com características de TUP exclusiva deve ter forte regulação econômica, como se prestasse serviços públicos a usuários (terceiros) apenas porque o titular do terreno é o poder público, não parece razoável. Adicionalmente, é imperioso reconhecer que essa regulação não traz qualquer benefício para a prestação do serviço público de armazenagem e movimentação de mercadorias. Ela não se justifica mesmo para a avaliação justa do terreno, na medida em que o valor de outorga de uma licitação em relação ao terreno (parte fixa²⁹) não influi na regulação econômico-financeira que é feita no decorrer da execução do contrato.

Essa regulação também não é eficiente em termos de cadeia produtiva. A preocupação com o preço, custo, incentivos à busca de eficiência e seu repasse para usuários ocorre no momento em que a empresa é eficiente para melhorar sua planta de produção. Os benefícios para a autoridade portuária se dão no aumento da movimentação, cuja ampliação é verificada e paga pelo terminal em tempo real. Caso ocorra algum problema concorrencial no mercado *upstream* – produção e transporte – ou *downstream* – navegação e comercialização –, a regulação econômica nos terminais não tem o condão de evitá-la ou reduzi-la. Logo, não é útil ou necessária. A título de esclarecimento, imagine-se duas situações: (i) a Vale se recusa a

²⁷ <http://www.antaq.gov.br/Portal/DesempenhoPortuario/2010/tabelas/tabela16.pdf>, acessado em 13/4/2011.

²⁸ É importante considerar aqui que não se está tratando de toda a problemática envolvendo os TUPs mistos e o conceito de carga própria e de terceiros. Enfrentar essa questão não é importante para o presente trabalho.

²⁹ O critério de adjudicação em uma licitação para arrendamento no setor portuário envolve, geralmente, duas partes. Uma parte chamada ‘fixa’, correspondente ao valor pago pelo terreno e suas facilidades, caso existam (sítio padrão), e a parte ‘variável’, incidente sobre a movimentação real do arrendatário.

transportar cargas de concorrentes em sua ferrovia ou o faz em preço elevado e (ii) a Vale possui 80% do mercado de exportação de graneis e, em razão disso, eleva o preço da *commodity* ao consumidor intermediário e final. Regular o terminal para sanar qualquer desses problemas não possui qualquer racionalidade. As medidas a serem tomadas envolvem o setor ferroviário e o de proteção da defesa da concorrência, mas não o setor portuário.

A licitação nesse tipo de arrendamento continua sendo extremamente necessária. Não apenas por critério legal, mas econômico. O espaço de um porto é limitado, logo, algum grau de controle da entrada deve sempre existir. Mas a licitação deveria ter como foco a remuneração justa pela utilização do terreno e a escolha do melhor negócio para a autoridade portuária, considerando o planejamento nacional e local para o setor. Ou seja, deve-se retirar o foco na regulação econômico-financeira do contrato, na medida em que não se está falando em prestação de serviços a terceiros.

Nesse sentido, a autoridade portuária deve possuir conhecimento das potencialidades de cada terreno. Ou seja, um estudo de viabilidade de cada projeto ainda deve existir, mas com o intuito de escolher o melhor negócio (melhor retorno) para a hinterlândia, para o crescimento do porto e para autoridade portuária, dentro do planejamento estratégico de nível nacional e local. Dessa forma, a fiscalização desse tipo de licitação envolveria apenas aspectos a respeito do planejamento do porto, ou da justificativa para sua alteração, se for o caso. Com isso, objetiva-se impedir que as autoridades portuárias desrespeitem o planejamento nacional e local buscando apenas projetos de maior retorno financeiro em detrimento do desenvolvimento planejado para aquele espaço. Ou seja, se em razão da vocação do porto ou pela necessidade de se incentivar crescimento em determinada região certo terreno está vinculado para o arrendamento de terminal de granel sólido agrícola, sua alteração para granel líquido só deveria ser concretizada mediante justificativa robusta. Note-se que nesse processo é imprescindível a fiscalização pelos órgãos de controle.

Como corolário desse aspecto, o contrato assinado nesse tipo de arrendamento não deve garantir qualquer tipo de reequilíbrio econômico-financeiro. Essa conclusão parece óbvia. Se não há necessidade de preocupação com custos, preços, qualidade e desempenho; o projeto escolhido maximiza as potencialidades do terreno (resultado de uma licitação bem realizada) e não existe prestação de serviços públicos, não há, portanto, qualquer motivo pelo qual o contrato deveria garantir direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Não se está contratando nessa situação o fluxo de caixa de um empreendimento. Em termos gerais, trata-se apenas do aluguel de terreno, por mais que seja público. Obviamente o contrato está resguardado pelas regras gerais de avenças bilaterais, como a cláusula *rebus sic stantibus* e a

teoria da imprevisão, o que é bem diferente do equilíbrio econômico-financeiro que os contratos administrativos vinculados à prestação de serviços públicos possuem, em termos de reajuste, revisão e resguardo do fluxo de caixa inerente a contratações deste tipo.

A proposta discutida neste item promove um maior poder de manobra para a autoridade portuária, o que é desejável. O planejamento do setor começa no nível federal, que busca, genericamente, saciar os corredores de exportação do país. No nível local, o porto tem pretensões menos gerais e pode com muito mais eficiência dirigir sua atuação para o desenvolvimento de cidades/áreas metropolitanas específicas, além de possuir maior capacidade de absorver e entender as mudanças em sua hinterlândia, respondendo a elas de maneira mais célere e no ritmo do mercado, que é muito mais dinâmico que o setor público. Ressalte-se também que os maiores e mais eficientes portos do mundo, como Roterdã, Hamburgo e Antuérpia, são geridos de forma que a autoridade portuária seja bastante ligada à sua administração local e possua enorme poder de manobra (Goldberg, 2009). Dessa forma, é interessante que a regulação estatal tenha foco e metas muito específicas e, assim, libere a autoridade portuária para atuar com grande manobra em áreas onde essa regulação não é necessária³⁰.

4.2. Terminais industriais

Outra situação onde, pelas pesquisas realizadas, a regulação econômico-financeira do contrato não parece necessária é no caso dos terminais com características industriais. Aqui, geralmente, a cadeia produtiva fundiu-se e o segmento do transporte foi, pode-se dizer, excluído. O produtor encontra-se ou dentro do terminal ou muito perto dele.

O que acontece em alguns casos é que as mercadorias industriais produzidas são tão específicas que são feitas, apenas, mediante encomenda/contrato de prestação de serviços com a empresa interessada e toda essa transação é regulada e precificada fora do âmbito do porto e a autoridade portuária não possui qualquer ingerência. Essa situação é bastante explícita no

³⁰ Em uma realidade ótima, que parece ser aquela onde estão os portos do norte da Europa citados, existe um planejamento estratégico em nível nacional e local muito bem feito e a concorrência entre portos e terminais é grande por causa da alta demanda e forte capacidade de investimento público e privado. Dessa forma, consegue, em algum grau, fazer frente ao poder de mercado dos armadores, ou seja, o mercado de prestação de serviços a terceiros, ao que tudo indica, funcionaria com nível aceitável de eficiência e equilíbrio. Além disso, a autoridade portuária é capacitada tecnicamente e tem total conhecimento de seus poderes, limites e competências, portanto, atua de forma eficaz. Nessa realidade, a regulação estatal quase não é necessária, por isso esses portos conseguem atuar com poder de manobra quase total sem, em tese, prejudicar a prestação dos serviços de forma adequada (módica e com qualidade). A realidade do Brasil, por outro lado, ainda está longe do ideal, então se entende arriscado que as autoridades portuárias abdicuem totalmente da regulação estatal e da fiscalização inerente a ela nesse estado inicial e precário que se encontra o setor e a sua regulação.

mercado de empresas que prestam serviços industriais para plataformas da Petrobras, por exemplo.

O contrato que rege a produção de tubos flexíveis, bem como seu transporte, armazenagem e movimentação para as plataformas da Petrobras regula a duração do serviço, a necessidade de investimentos da empresa (para atender a demanda mínima) e o preço pago pelos tubos e pela movimentação no terminal arrendado. Esse contrato é originado, geralmente, de licitação na modalidade convite realizada e modelada pela Petrobras, com nenhuma participação da autoridade portuária. A diferença, neste exemplo, é que existe prestação de serviços a terceiros. O que se deve questionar, mais uma vez, é a natureza dessa prestação e o benefício que a regulação econômico-financeira pode trazer a esse tipo de contratação.

Percebe-se que todo o raciocínio desenvolvido no tópico anterior cabe perfeitamente para a situação descrita neste exemplo. Ressalte-se, de forma adicional, que existem casos em que a cadeia é totalmente integrada e não existe prestação de serviços a terceiros, para a qual também valem os argumentos expostos anteriormente.

Voltando ao exemplo dado, o fato de existir regulação econômico-financeira nesse tipo de arrendamento não alterará em nada o resultado do convite ou a forma como a empresa disponibilizará seu serviço porque este será contratado dentro de uma cadeia integrada (produção e movimentação portuária), conforme a necessidade do cliente.

Entende-se, contudo, que esse raciocínio aplica-se apenas quando o cliente dispõe de opções e algum poder de transação. No exemplo em comento, a Petrobras selecionou empresas via convite modelado de acordo com as suas necessidades. No caso de monopólios, clientes cativos, possibilidade de sobrepreço na movimentação ou restrição a concorrentes, a intervenção estatal não só é desejável como é necessária. Excluindo esses casos, a regulação não substituirá o contrato, nem poderá alterá-lo para dirimir ou atenuar conflitos, portanto, não traz qualquer benefício para as partes ou para o setor.

À guisa de conclusão desta seção, convém explicitar que a proposta presente neste artigo, em termos gerais, pretende aprofundar o conceito de serviço público no setor portuário porque não se mostra suficiente o entendimento de que qualquer movimentação e armazenagem de mercadorias sejam assim caracterizadas. Como visto, existem casos em que a prestação de serviços de movimentação não existe e outros em que a movimentação existe, mas a regulação portuária não tem, e nem deveria ter, poder para proteger usuários ou dirimir conflitos, caso ocorram. Dessa forma, a delimitação do serviço público deve evoluir para

incluir, além da existência efetiva de movimentação e armazenagem, características do dono da carga (e sua cadeia produtiva) e do projeto que se pretende arrendar.

Dessa forma, conceder-se-ia maior mobilidade e flexibilidade para a atuação das autoridades portuárias e da Antaq, exatamente porque são os órgãos capazes de avaliar o benefício da regulação econômico-financeira e sua influência na prestação de serviço adequado para os usuários em cada projeto para cada porto dentro de um planejamento amplo.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo procurou investigar a suficiência do atual conceito de serviço público existente no setor portuário brasileiro.

O estudo levou em consideração a evolução do direito administrativo moderno, principalmente nos seus aspectos de forte privilégio à concorrência intra e intermodal em detrimento de monopólios legais e verticalizações desnecessárias. Como visto no segundo capítulo, isso quer dizer que a atividade regulatória deve primar por especificar cada vez mais o conceito de serviço público aplicável, retirando do escopo de proteção pública as atividades em que a regulação não seja efetivamente necessária. Atualmente, considera-se qualquer movimentação e armazenagem de mercadorias como serviço público no setor portuário.

Verificou-se, também, que os arrendamentos portuários possuem natureza de subconcessão de serviço público, ou seja, devem obedecer aos princípios estipulados na Lei 8.987/1995, tais como generalidade, modicidade e eficiência. Por essa razão, há necessidade de regular a movimentação e armazenagem de mercadorias, na medida em que os portos são facilidades com acesso e espaço limitados e sujeitos a falhas de mercado.

A investigação realizada encontrou duas situações em que, aparentemente, a movimentação e a armazenagem de mercadorias não teriam características de serviço público, sendo elas o caso dos terminais que funcionam apenas como centro de custos, ou seja, parte de uma cadeia produtiva integrada e verticalizada; e a situação de alguns terminais industriais, especialmente os que produzem e prestam serviços para plataformas da Petrobras.

Nesses terminais, observou-se que a regulação econômico-financeira, que visa precipuamente proteger os interesses dos usuários, não possui utilidade. No primeiro caso porque não há serviço sendo prestado e no segundo porque a especificidade da cadeia produtiva sugere que a regulação não protegeria nenhum interesse, já que a contratação dos serviços se dá fora do porto e sem a interação da autoridade portuária.

Elencou-se, por fim, que diante dessa realidade, uma possível solução seria suprimir a regulação econômico-financeira, tecendo contratos que não possuam cláusulas com tetos de preço, de qualidade e de eficiência, por exemplo. Além disso, sugeriu-se uma flexibilização na licitação, na forma de se desenvolver um EVTE menos complexo, demonstrando, apenas, que a utilização do terreno foi realizada de acordo com o planejamento nacional e local e, ainda, que se buscou selecionar o negócio com melhor retorno, seja financeiro ou social. Isso quer dizer que, nesses casos, a autoridade portuária atuaria com mais liberdade, sem excluir, contudo, a fiscalização pelos órgãos de controle.

Dessa forma, sugeriu-se que o conceito de serviço público aplicável ao setor portuário fosse aprofundado para incluir, também, aspectos relacionados à cadeia produtiva, principalmente no que tange ao dono da carga e as características do negócio em si. Não se pesquisou a relevância desses casos e a frequência que existem no setor, pois não era o objetivo do trabalho. No entanto, entende-se que e as situações relatadas servem para iniciar a discussão sobre o conceito de serviço público no setor portuário ou, pelo menos, para demonstrar que a suficiência dele carece de investigações mais detalhadas.

O objetivo do presente artigo foi, assim, alcançado. Ele, contudo, não esgota as possibilidades. Decerto que esse conceito ainda pode ser melhor delimitado se cada um dos segmentos que compõem a atividade portuária brasileira for aprofundado. Portanto, para trabalhos futuros, sugere-se segmentar mais cada um desses mercados do setor portuário, de forma identificar com maior acerto os segmentos em que a regulação estatal seria mais útil e necessária.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 16º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de (org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Européia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. *Direito, Estado e Sociedade*, n. 32, p. 104 a 133, jan/jun 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 1/10/2010.

_____. Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8630.htm. Acesso em 1/10/2010.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm. Acesso em 1/10/2010.

_____. Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10233cons.htm. Acesso em 1/10/2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17º ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

COSTA, Ricardo Cunha da; PIRES, Victor Hugo; LIMA, Guilherme Penin Santos. Mercado de embarcações de apoio marítimo às plataformas de petróleo: Oportunidades e desafios. **BNDES Setorial**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 125-146, set. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.) **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. **Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

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

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). **Direito Administrativo Econômico**. 1º ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUERRA, Glauco Martins. Agências reguladoras no Brasil: Princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito regulatório: Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portos Brasileiros: Diagnóstico, política e perspectivas. **Comunicados do IPEA**. n. 48, 17 de maio de 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MARCHETTI, Dalmo dos Santos; PASTORI, Antonio. Dimensionamento do potencial de Investimentos para o setor portuário. **BNDES Setorial**. Rio de Janeiro, n. 24, p. 3-34, set. 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12º ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

MOTA, Carolina Theodoro da Silva. Regulação e desregulação: uma discussão sobre o equilíbrio entre mercado e coletividade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Direito regulatório: Temas polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PAGOTTO, Leopoldo Ubiratan Carreiro. Fundamento constitucional da atividade normativa das autarquias no direito brasileiro. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Fórum: Belo Horizonte.

POSSAS, M. L.; PONDÉ, J. L. e FAGUNDES, J. Regulação da Concorrência nos Setores de Infra-estrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual. In: Rezende, F. e Paula, T. B. (Coord.). **Infra-Estrutura: perspectivas de reorganização e regulação**. Brasília: IPEA, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, J. A. B.; MARTINS, F. G. D. Uma análise conceitual da essencialidade e da equidade no âmbito da regulação dos serviços públicos de transporte rodoviário interestadual de passageiros. **Panorama Nacional da Pesquisa em Transportes 2007. XXI ANPET: Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes**. Rio de Janeiro, RJ, Brasil, 18 a 21 de novembro de 2007. CYBIS, H. B. B.; ORRICO FILHO, R. D.; D'AGOSTO, M. A., editores. Rio de Janeiro: ANPET, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

STOPFORD, Martin. **Maritime Economics**. 2nd edition. Abingdon, Oxon: Routledge, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do direito global. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1. n.º 2, maio de 2001. Disponível em [HTTP://www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br). Acesso em 30/11/2010.

_____. **Direito Administrativo da Economia**. Revista, ampliada e atualizada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

TCU, Tribunal de Contas da União. **Processo TC 021.253/2008-2, Acórdão 2.896/2009-Plenário**. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/PesquisaFormulario>>. Acesso em 11 de fev. de 2011.

TCU/SECRETARIA DE FISCALIZAÇÃO DE DESESTATIZAÇÃO – SEFID; FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Relatório sobre Fiscalização da Regulação Econômico-Financeira: Setor Portuário**, Produto 3 – Desenvolvimento de Métodos e Técnicas, Projeto “Apoio à Modernização do Tribunal de Contas da União – Aperfeiçoamento do Controle Externo da Regulação”. Brasília: TCU, Sefid, 2008a. In press.

_____. **Relatório do Modelo de Métodos e Técnicas para Fiscalização da Regulação Econômico-Financeira do Setor Portuário**, Produto 3 – Desenvolvimento de Métodos e Técnicas, Projeto “Apoio à Modernização do Tribunal de Contas da União – Aperfeiçoamento do Controle Externo da Regulação”. Brasília: TCU, Sefid, 2008b. *In press*.

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M., HARRINGTON JR., Joseph E. **Economic regulation and antitrust**. Cambridge, Massachussets: The MIT Press, 1998.