TIAGO MACIEL DE BARROS

**Análise e avaliação dos novos critérios de adjudicação de portos e
terminais sob o novo marco regulatório do setor portuário
brasileiro**

São Paulo

2014

TIAGO MACIEL DE BARROS

Análise e avaliação dos novos critérios de adjudicação de portos e terminais sob o novo marco regulatório do setor portuário brasileiro

Dissertação apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Engenharia

Área de concentração:
Engenharia Naval e Oceânica

Orientador: Professor Doutor
Marcos Mendes de Oliveira Pinto

São Paulo

2014

Este exemplar foi revisado e alterado em relação à versão original, sob responsabilidade única do autor e com a anuência de seu orientador.

São Paulo, 05 de dezembro de 2014

Assinatura do autor

Assinatura do orientador

FICHA CATALOGRÁFICA

Barros, Tiago Maciel de

**Análise e avaliação dos novos critérios de adjudicação de portos e terminais sob o novo marco regulatório do setor portuário brasileiro/ T.M. de Barros – São Paulo, 2014
167 p.**

Dissertação (Mestrado) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica.

1.Portos marítimos (Regulamentação; Uso) 2.Terminais marítimos 3. Licitação 4.Avaliação de risco I. Universidade de São Paulo. Escola Politécnica. Departamento de Engenharia Naval e Oceânica II. t.

RESUMO

Este trabalho compreende a análise e avaliação dos critérios de adjudicação de portos e terminais introduzidos pelo novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. O objetivo principal consiste em avaliar se a aplicação na prática desses critérios deverá levar ao alcance dos objetivos da alteração do marco regulatório, a partir da MP 595/2012, depois convertida na Lei 12.815/2013: o aumento da oferta de capacidade e a redução dos custos portuários.

A metodologia empregada consiste principalmente na revisão bibliográfica e na análise documental dos instrumentos legais e infralegais que regem o tema, bem como das minutas de editais e contratos dos primeiros arrendamentos de instalações que se prevê licitar sob os novos critérios de adjudicação. Dada a previsão de adoção de regulação econômica em parte significativa dos novos arrendamentos, discutem-se também aspectos da competição portuária e formas de regulação.

Aborda-se ainda, resumidamente, outros aspectos que foram alterados a partir da MP 595/2012, especialmente a flexibilização dos requisitos para a outorga de autorização a terminais de uso privado e a centralização dos processos de arrendamentos nos órgãos setoriais (SEP e ANTAQ), em detrimento das autoridades portuárias.

Conclui-se que os critérios de seleção a serem utilizados na prática em novos arrendamentos, a maior capacidade efetiva de movimentação e a menor tarifa, embora alinhados com os objetivos iniciais do novo marco regulatório, apresentam riscos à efetiva consecução desses objetivos. Enxerga-se um risco maior no caso das licitações com base na menor tarifa, em que a ausência de pisos para as tarifas nos leilões torna operadores verticalizados os vencedores naturais do processo – nesse caso, a menor tarifa ofertada não deverá, na prática, resultar em menores custos aos usuários, já que a redução do valor no leilão pode ser repassada a outro elo da cadeia.

Palavras-chave: concessão de portos e terminais; critérios de adjudicação.

ABSTRACT

This study comprises the analysis of the criteria to be used in the concession of seaports and seaport terminals under the new Brazilian ports law. The study's main objective is to analyze if the application of these criteria will lead to the objectives that governed the change in the ports law, introduced by the Provisional Measure 595/2012, after converted in Law 12.815/2013: the increase of port capacity and the reduction of port costs.

The methodology applied was mainly the research of the bibliography of the subject and the documental analysis of legal and infralegal instruments that govern the issue in Brazil, as well as the drafts of the bid documents of the first seaport terminals to be conceded under the new criteria. Aspects of port competition and regulation are also discussed, given the forecasted adoption of tariff regulation in a relevant part of the new port terminals concessions.

The study also approaches other aspects that the Provisional Measure 595/2012 has changed, especially the reduction of the requirements for private terminals to be authorized and the centralization of seaport terminals concession procedures, which were former responsibilities from the Port Authorities, in federal bodies (SEP and ANTAQ).

The conclusion of the study is that, despite being aligned with government initial objectives, the criteria to be applied – highest throughput commitment or lowest tariff – offer risks to the effective achievement of these objectives. The risk is higher in the bids based on the lower tariff, in which the absence of floors for the tariffs make vertically integrated players the natural winners of the bidding process – in this case, the lower tariff offered will probably not result in lower costs for port users, once the reduction in the port tariff can be passed on to other links of the chain.

Keywords: seaport and seaport terminals concession; bidding criteria.

AGRADECIMENTOS

Ao Marcos, principal responsável pela realização deste trabalho e pela minha formação profissional.

À minha família e meus amigos, por todo o suporte e paciência ao longo do processo.

Aos meus amigos de trajetória profissional, que tanto me ensinaram ao longo desses anos, em especial àqueles que colaboraram com referências e discussões acerca do tema deste trabalho.

À equipe do Projeto Portos, em especial àqueles que colaboraram com referências e discussões acerca do assunto.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Principais alterações do novo marco regulatório por dimensão de funcionamento do setor	21
Figura 2 – Principais portos mundiais em movimentação de cargas e contêineres, por modelo de administração portuária: pública x privada (Fonte: BNDES, 2012, Vol. I, pp. 141)	22
Figura 3 – Critérios de adjudicação possíveis em função dos objetivos da concessão (Fonte: ESTACHE e RUS, 2000)	49
Figura 4 – Critérios de adjudicação utilizados na Europa (Fonte: NOTTEBOOM, 2008, pp.15)	59
Figura 5 – Etapas do processo de adjudicação de terminais portuários (Fonte: THEYS et al, 2010, pp38)	61
Figura 6 – Estruturas possíveis do processo de adjudicação (Fonte: THEYS et al, 2010, pp45; elaboração própria)	66
Figura 7 – Caracterização dos novos critérios de adjudicação segundo o alinhamento com os objetivos de política pública.....	86
Figura 8 – Distribuição dos tipos de carga pelo critério de adjudicação adotado (Fonte: ANTAQ)	91
Figura 9 – Distribuição dos critérios de adjudicação adotados por tipo de carga (Fonte: ANTAQ)	92
Figura 10 – Exemplo ilustrativo de aplicação do critério de maior capacidade efetiva de movimentação	96
Figura 11 - Exemplo ilustrativo de aplicação de penalidades em arrendamento licitado sob o critério de maior capacidade efetiva de movimentação.....	106
Figura 12 – Resumo das outras variáveis reguladas, em função do critério de adjudicação adotado (Fonte: ANTAQ)	113
Figura 13 – Aplicação do critério de maior capacidade efetiva sob a ótica dos proponentes	122
Figura 14 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de maior capacidade efetiva de movimentação	126
Figura 15 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de menor tarifa.....	129

Figura 16 – Matriz qualitativa de avaliação de outros critérios de adjudicação possíveis sob o novo marco regulatório	131
Figura 17 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de maior capacidade dinâmica	133
Figura 18 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de maior valor de outorga ...	135
Figura 19 – Arrendamento VDC12, a ser implantado em condição similar à de monopólio para a movimentação de combustíveis de uso urbano	139
Figura 20 – Arrendamento ATU12 e outras instalações de movimentação e armazenagem de grãos sólidos no Porto de Aratu.....	140
Figura 21 - Arrendamento SSB01	141
Figura 22 – Arrendamento BEL01 e Convicon	142
Figura 23 – Arrendamento SSA01 e seu único competidor na movimentação de contêineres, TECON Salvador	143
Figura 24 – Arrendamento PAR12 e seu único competidor, terminal arrendado à Volkswagen	144
Figura 25 – Arrendamento PAR02 e seu único competidor direto no Porto de Paranaguá (TCP)	145
Figura 26 – Principais competidores na movimentação e armazenagem de contêineres e veículos no Porto de Santos	146
Figura 27 – Arrendamento SSA04 e competidores na área primária	147
Figura 28 – Terminais dedicados à movimentação e armazenagem de celulose em Santos	148
Figura 29 – Terminais dedicados à movimentação e armazenagem de grãos sólidos minerais em Santos.....	149
Figura 30 – Arrendamento STM02	150
Figura 31 – Arrendamento VDC04	151
Figura 32 – Arrendamento PAR01	152
Figura 33 – Arrendamentos PAR03 e PAR37	153
Figura 34 – Lucro da operação portuária em diferentes cenários de mercado, em função da tarifa da operação portuária (w) [Fonte: ENGEL, FISCHER E GALETOVIC (2004)]	165

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Caracterização resumida das principais formas de atuação da iniciativa privada no setor portuário	25
Tabela 2 – Resumo das formas de atuação da iniciativa privada na atividade portuária	29
Tabela 3 – Proposta dos primeiros arrendamentos sob o novo marco regulatório – porto, tipo de carga e critério de adjudicação.....	88
Tabela 4 – Proposta dos primeiros arrendamentos sob o novo marco regulatório – outras variáveis reguladas em cada caso	109
Tabela 5 – Menção (direta ou indireta) às dimensões de avaliação dos critérios de adjudicação nas principais referências bibliográficas acerca do assunto.....	118

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRATEC Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público
ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AM Autoridade Marítima
ANTAQ Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP Autoridade Portuária
BNDES Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
BOT *Build-operate-transfer*
BTP Brasil Terminais Portuários
CADE Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CAP Conselho de Autoridade Portuária
CMPC Custo Médio Ponderado de Capital
CNPJ Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
CODEBA Companhia Docas do Estado da Bahia
CODERJ Companhia Docas do Estado do Rio de Janeiro
CONIT Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
DPC Diretoria de Portos e Costas
ETC Estação de Transbordo de Cargas
EVTEA Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental
FGTS Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
GLP Gás Liquefeito de Petróleo
IBAMA Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IPCA Índice de Preços ao Consumidor Amplo
IP4 Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte
MP Medida Provisória
MT Ministério dos Transportes
OCDE Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OGMO Órgão Gestor da Mão de Obra
PBI Plano Básico de Implantação
PDZ Plano de Desenvolvimento e Zoneamento
PF Polícia Federal

PND Programa Nacional de Dragagem
PNLP Plano Nacional de Logística Portuária
PPP Parceria Público-Privada
RFB Receita Federal do Brasil
RoRo *Roll-on-Roll-off*
SDA Secretaria de Defesa Agropecuária
SEFID Secretaria de Fiscalização de Desestatização
SEP Secretaria de Portos
SPE Sociedade de Propósito Específico
TCU Tribunal de Contas da União
THC *Terminal Handling Charge*
TIR Taxa Interna de Retorno
TUP Terminal de Uso Privado
UNCTAD *United Nations Conference on Trade and Development*
VPL Valor Presente Líquido
WACC *Weighted Average Cost of Capital*

SUMÁRIO

1	Introdução	13
1.1	Considerações iniciais, objetivos e relevância do trabalho	13
1.2	Aspectos metodológicos e estrutura do trabalho	15
1.3	Principais referências bibliográficas	16
2	Contexto.....	20
2.1	Contexto da alteração do marco regulatório: formas de exploração da atividade portuária pela iniciativa privada e organização institucional do setor	20
2.1.1	Modelos de exploração da atividade portuária pela iniciativa privada ...	21
2.1.2	Divisão de competências entre os agentes públicos	30
2.2	Principais mudanças introduzidas pelo novo marco regulatório.....	32
2.2.1	Centralização de decisões e processos referentes aos arrendamentos na SEP e na ANTAQ.....	32
2.2.2	Outorgas de terminais privados	34
2.2.3	Critérios de adjudicação	41
2.2.4	Outras mudanças introduzidas pelo novo marco regulatório	44
3	Revisão bibliográfica	48
3.1	Critérios de adjudicação.....	48
3.2	Processo de adjudicação	60
3.3	Medidas de garantia de efetividade do processo de adjudicação e outras variáveis reguladas	68
3.4	Competição e regulação econômica no setor portuário	73
4	Caracterização e análise crítica dos processos de adjudicação de instalações portuárias à iniciativa privada no Brasil sob os novos critérios	84
4.1	Caracterização dos processos de adjudicação sob os novos critérios	84
4.1.1	Os novos critérios de adjudicação	84

4.1.2	O processo de adjudicação	99
4.1.3	Medidas de garantia de efetividade do processo de adjudicação	103
4.1.4	Outras variáveis reguladas nos contratos.....	108
4.2	Análise crítica dos novos processos de adjudicação no Brasil	115
4.2.1	Análise da aplicação dos critérios de adjudicação.....	115
4.2.2	Análise do processo de adjudicação	135
4.2.3	Análise da aplicação de regulação econômica	137
5	Conclusões	154
6	Referências bibliográficas	159
7	ANEXO 1: Resumo da demonstração acerca da necessidade de adoção de pisos tarifários em processos de seleção pelo critério de menor tarifa (ENGEL, FISCHER e GALETOVIC, 2004)	163

1 Introdução

1.1 Considerações iniciais, objetivos e relevância do trabalho

O Brasil, a exemplo do que foi feito nos países de maior relevância na movimentação portuária (WORLD BANK, 2007), introduziu a iniciativa privada na operação portuária no final do século XX. Tal processo foi promovido através da promulgação da Lei 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que introduziu os conceitos de concessão de portos e arrendamento de instalações portuárias em portos públicos, dentre outras inovações.

Anteriormente à Lei 8.630/1993 (Lei dos Portos), a inserção da iniciativa privada na atividade portuária se limitava basicamente à prestação de serviços de embarque e desembarque em portos públicos, onde a infraestrutura¹ era totalmente administrada pelo Poder Público, e a alguns terminais privativos, autorizados diretamente pelo Poder Concedente², à época, o Ministério dos Transportes.

Nas duas décadas que se seguiram à promulgação da Lei dos Portos, o objetivo de aumento da eficiência na utilização dos ativos portuários através da maior inserção da iniciativa privada foi alcançado, acompanhado de aprimoramentos no marco legal e institucional do setor.

Nos últimos anos, entretanto, o ritmo de expansão de capacidade através da realização de novos arrendamentos não acompanhou o crescimento da demanda de movimentação de cargas e o nível de congestionamento dos portos aumentou, acarretando em maiores custos às exportações e importações. Frente a esse cenário, o Governo Federal optou pela mudança do marco regulatório do setor, através da MP 595, de 6 de dezembro de 2012, depois convertida na Lei 12.815, de

---

¹ Quanto à superestrutura e equipamentos, verificava-se um modelo misto, parte de propriedade pública, parte privada.

² Ente do governo que detém a gestão sobre os ativos e a prerrogativa de concedê-los. Atualmente é exercido pela Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR).

5 de junho de 2013, com os propósitos principais de aumentar a oferta de capacidade e diminuir os custos portuários.

A Nova Lei dos Portos, tal qual ficou conhecida, trouxe importantes mudanças ao funcionamento do setor portuário, dentre as quais: (i) uma maior centralização da gestão nos órgãos setoriais – Secretaria de Portos (SEP) e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); (ii) a flexibilização das regras para a instalação de terminais de uso privado³; e (iii) a alteração dos critérios para a adjudicação⁴ de portos e instalações portuárias de uso público⁵.

Sob a nova lei, a expansão da capacidade portuária e a redução dos custos aos usuários passam necessariamente pela iniciativa privada e os critérios de adjudicação de instalações portuárias aos agentes privados devem promover esses resultados. É neste ponto que reside a motivação e o objetivo principais da presente dissertação: analisar os novos critérios de adjudicação, com foco principal em avaliar se os objetivos que levaram à alteração do marco regulatório deverão ser alcançados nas licitações baseadas nestes critérios.

Apesar de responderem por apenas 36%⁶ da movimentação total de cargas, as instalações portuárias em portos públicos concentram a movimentação de cargas de maior valor (especialmente os contêineres) e atendem à grande maioria dos usuários, o que confere maior relevância aos aspectos abordados neste trabalho. Os terminais de uso privado, a despeito de serem responsáveis por 64% da movimentação total, atualmente atendem principalmente a um número restrito de

---

³ Intitulados anteriormente terminais de uso privativo.

⁴ A expressão *critérios de adjudicação* pode ser entendida de forma mais ampla, abrangendo todos os aspectos do processo licitatório. Nesta dissertação, entretanto, ela é utilizada para se referir especificamente aos critérios de julgamento utilizados no processo licitatório para a adjudicação de instalações portuárias.

⁵ E, em casos particulares, também para a outorga de terminais de uso privado, conforme se discutirá adiante.

⁶ Em 2013. Fonte: ANTAQ; análise própria.

empresas verticalizadas, particularmente produtoras de minério de ferro e de petróleo e seus derivados.

1.2 Aspectos metodológicos e estrutura do trabalho

A metodologia empregada neste trabalho consiste, essencialmente, na pesquisa documental e bibliográfica, nas concepções de GIL (2002) e LAKATOS e MARCONI (1992).

O ponto de partida do trabalho consistiu na análise documental do arcabouço legal do setor, prévio e posterior à MP 595/2012, incluindo os principais instrumentos legais e infralegais. Para a análise dos critérios de adjudicação, aprofundou-se a pesquisa documental com a análise dos instrumentos processuais (editais e contratos) dos primeiros terminais a serem arrendados sob o novo regime jurídico e empregou-se a revisão de bibliografias de referência sobre o setor portuário brasileiro e internacional.

Inicialmente, foram identificados os objetivos associados à mudança do marco regulatório e identificadas e analisadas as principais alterações trazidas pela Nova Lei dos Portos, à luz da análise do contexto do setor portuário à época (**Capítulo 2**).

A análise do tema central desta dissertação, os novos critérios de adjudicação, partiu da revisão bibliográfica acerca dos critérios tipicamente utilizados em concessões de infraestrutura, especialmente no setor portuário, complementados pela análise de exemplos internacionais (**Capítulo 3**).

Em seguida, empreendeu-se a análise dos novos critérios de adjudicação de instalações portuárias no Brasil, embasada na revisão da literatura e em experiências pregressas do autor no setor. Foram contemplados: a análise da legislação atual; a análise dos primeiros editais e contratos já publicados sob os novos moldes, que apontam quais critérios serão usados na prática (e como estes serão usados); e a análise da efetividade dos critérios com relação aos objetivos do governo – ou seja, se os critérios escolhidos e a forma de sua aplicação deverão levar a que esses objetivos sejam alcançados (**Capítulo 4**).

Por fim, apresentam-se as conclusões a respeito do tema (**Capítulo 5**) e as referências bibliográficas pesquisadas (**Capítulo 6**). O trabalho conta ainda com o **ANEXO 1**, onde se aprofunda a discussão sobre a necessidade de imposição de pisos tarifários em concessões sob o critério de menor tarifa.

1.3 Principais referências bibliográficas

As principais referências bibliográficas consideradas na elaboração desta dissertação foram: WORLD BANK (2007); ESTACHE e RUS (2000); UNCTAD (1998); NOTTEBOOM (2007); PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN (2008); TRUJILLO e NOMBELA (1999); CRAMPES e ESTACHE (1997); NOTTEBOOM (2008); NOTTEBOOM, VERHOEVEN e FONTANET (2010); THEYS et al (2010); ENGEL, FISCHER e GALETOVIC (2004); FARREL (2002); KENT (2001); NIEKERK (2005); BNDES (2012) e GOLDBERG (2009). Os principais aspectos abordados por cada uma delas são brevemente descritos a seguir.

WORLD BANK (2007), *“Port Reform Toolkit”*, é um dos principais documentos de referência acerca do setor portuário. Trata de forma detalhada de reformas privatizantes no setor portuário ao redor do mundo, abordando aspectos como: modelos de exploração da atividade pela iniciativa privada; regulação do setor; e aspectos de competição portuária. Os conceitos do *Port Reform Toolkit* foram utilizados como base tanto na análise do modelo adotado no Brasil como na avaliação dos novos processos de adjudicação trazidos pela alteração do marco regulatório⁷.

ESTACHE e RUS (2000), *“Privatización e Regulación de Infraestructuras de Transporte: um Guia para Reguladores”*, abordam os principais aspectos a serem considerados por parte dos agentes reguladores na privatização e regulação de infraestruturas de transporte. Aborda aspectos como: formas de inserção da

---

⁷ Trata ainda de aspectos relativos sobre a evolução dos portos ao redor do mundo, a mão de obra portuária e traz um guia para a implementação de reformas privatizantes por parte de governos. Os tópicos citados no corpo do texto foram, entretanto, os principais considerados durante a elaboração desta dissertação.

iniciativa privada, contratos de concessão e regulação técnica e econômica; utilizados como referência para a análise dos novos critérios e processos de adjudicação de instalações portuárias no Brasil. Esta referência aborda tanto aspectos da concessão de infraestruturas de transporte em geral quanto aspectos específicos a cada setor, incluindo o portuário.

UNCTAD (1998), *“Guidelines for Port Authorities and Governments on the Privatization of Port Facilities”*, possui escopo similar ao de ESTACHE e RUS (2000), com enfoque específico em portos, tendo sido utilizado como referência para as mesmas análises citadas acima.

NOTTEBOOM (2007), *“Concession Agreements as Port Governance Tools”*, e PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN (2008), *“Concession Agreements and Market Entry in the Container Terminal Industry”*, discorrem sobre processos de concessão de instalações portuárias e sobre aspectos dos contratos de concessão, trazendo exemplos internacionais. O primeiro aborda concessões portuárias em geral, enquanto o segundo foca em terminais de contêineres e discorre também sobre a consolidação desse mercado. Ambas as fontes foram importantes referências acerca de processos e critérios de adjudicação.

TRUJILLO e NOMBELA (1999), *“Privatization and Regulation of the Seaport Industry”*, contribuem com diversos aspectos acerca de processos de adjudicação de instalações portuárias, incluindo critérios de seleção e aspectos dos contratos de concessão.

CRAMPES e ESTACHE (1997), *“Regulatory Tradeoffs in Designing Concession Contracts for Infrastructure Networks”*, trata principalmente da elaboração de contratos de concessão de instalações portuárias, trazendo também contribuições acerca dos processos de adjudicação, e discute o caso da reforma privatizante do setor na Argentina.

NOTTEBOOM (2008), *“The Awarding of Seaport Terminals in Europe”*, traz os resultados de uma ampla pesquisa conduzida junto a autoridades portuárias acerca de processos recentes de concessão de terminais na Europa, de onde se podem depreender os processos atualmente utilizados nesses países.

NOTTEBOOM, VERHOEVEN e FONTANET (2010), “*Current Practices in European Ports on the Awarding of Seaport Terminals to Private Operators: Towards a Code of Practice*”, discutem os resultados da pesquisa apresentada por NOTTEBOOM (2008) e a viabilidade da elaboração e adoção de um manual de conduta para concessões em portos da Europa.

THEYS et al (2010), “*The Economics Behind the Awarding of Terminals in Seaports: Towards a Research Agenda*”, foi a principal referência consultada acerca da estruturação de processos de adjudicação de instalações portuárias, incluindo aspectos sobre as fases típicas do processo, critérios de seleção e aspectos a serem regulados.

ENGEL, FISCHER e GALETOVIC (2004), “*How to Auction a Bottleneck Monopoly when underhand vertical agreements are possible*”, analisam em detalhes a aplicação do critério de menor tarifa na concessão de terminais portuários, tendo servido de principal referência para análise deste que é um dos principais critérios a serem utilizados nos novos arrendamentos de terminais portuários no Brasil.

FARREL (2002), “*The Regulation of Privatised Ports: What are we Trying to Achieve?*”, discute aspectos da regulação de contratos de concessão de instalações portuárias, especialmente a regulação de tarifas, investimentos e medidas de eficiência.

KENT (2001), “*Port Competition Regulation: a Tool for Monitoring for Anti-Competitive Behaviour*”, apresenta um modelo para o monitoramento da competição na prestação de serviços portuários.

NIEKERK (2005), “*Port Reform and Concessioning in Developing Countries*”, discute aspectos da concessão de instalações portuárias em países em desenvolvimento e da necessidade de aplicação de regulação nesses casos (e os respectivos impactos esperados).

BNDES (2012) e GOLDBERG (2009) foram as principais referências para a caracterização do setor portuário brasileiro antes da alteração do marco regulatório, sendo complementados por WORLD BANK (2007).

BNDES (2012), “Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro”, traz um amplo diagnóstico acerca do setor portuário brasileiro no instante pré-Nova Lei dos Portos e uma série de proposições para o desenvolvimento do setor. Aborda aspectos legais, institucionais, de eficiência de gestão e de oferta e demanda.

GOLDBERG (2009), “Regulação do Setor Portuário no Brasil: Análise do Novo Modelo de Concessão de Portos Organizados” apresenta uma caracterização geral do setor portuário brasileiro à época, discorrendo sobre formas de atuação da iniciativa privada no setor e aspectos legais e institucionais e empreende uma análise detalhada do modelo de concessão de portos que foi introduzido no país a partir do Decreto 6.620/2008.

2 Contexto

2.1 Contexto da alteração do marco regulatório: formas de exploração da atividade portuária pela iniciativa privada e organização institucional do setor

Os objetivos perseguidos pelo Governo Federal com a alteração do marco regulatório do setor portuário, bem como as principais mudanças por ele introduzidas, ficam claros a partir da análise da *Exposição de Motivos*⁸ que acompanhou o encaminhamento da proposta da MP 595/2012 pela SEP/PR à presidência.

Os objetivos consistem principalmente no aumento da oferta de capacidade, a partir da alavancagem dos investimentos e do aumento da eficiência, e na redução dos custos portuários, conforme destacado em diversas passagens da exposição de motivos:

[...] propõe-se modelo baseado na ampliação da infraestrutura e da modernização da gestão portuária, no estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e no aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada.

[...]

No que se refere à relevância da edição da Medida Provisória cumpre ressaltar que a redução do “Custo Brasil” no cenário internacional, a modicidade das tarifas e o aumento da eficiência das atividades desenvolvidas nos portos e instalações portuárias brasileiras dependem do aumento do volume de investimentos públicos e privados e da capacidade de que tais empreendimentos asseguem a ampliação da oferta a custos competitivos.

(Exposição de Motivos MP595/2012; grifo do autor)

---

⁸ Documento que acompanha projetos de lei ou de medidas provisórias com as justificativas de sua proposição.

Foram também destacadas nesse documento as principais mudanças introduzidas no marco regulatório, quais sejam: a alteração dos critérios para adjudicação de instalações portuárias de uso público (concessões de portos e arrendamentos de terminais portuários), a flexibilização das regras para a instalação de terminais de uso privado e a centralização das competências sobre a gestão das outorgas na SEP e na ANTAQ.

Para o melhor entendimento da relevância das alterações introduzidas pela Nova Lei dos Portos é pertinente contextualizar o funcionamento do setor portuário brasileiro, no que tange às formas de exploração da atividade de movimentação e armazenagem de cargas pela iniciativa privada e quanto à divisão de competências entre os agentes públicos, as duas dimensões mais afetadas pela alteração do marco regulatório (Figura 1).

Dimensões	Principais alterações do novo marco regulatório
Modelos de exploração pela iniciativa privada	• Alteração dos critérios para licitação de instalações portuárias de uso público • Flexibilização das regras para a instalação de terminais de uso privado
Divisão de competências entre os agentes públicos	• Centralização das competências sobre a gestão das outorgas na SEP e na ANTAQ

Figura 1 – Principais alterações do novo marco regulatório por dimensão de funcionamento do setor

2.1.1 Modelos de exploração da atividade portuária pela iniciativa privada

A Constituição Federal de 1988 confere à União a competência para a exploração dos portos, “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”. O domínio público sobre o setor portuário não é uma particularidade do caso brasileiro, sendo característico em praticamente todos os países com relevância na movimentação portuária. As exceções mais conhecidas são o Reino Unido e a Nova Zelândia, que adotam modelo praticamente 100% privado (WORLD BANK, 2007).

A Figura 2, retirada de BNDES (2012), apresenta os principais portos no mundo em movimentação total de cargas e contêineres, destacando o modelo de administração portuária – pública ou privada.

Figura 2 – Principais portos mundiais em movimentação de cargas e contêineres, por modelo de administração portuária: pública x privada (Fonte: BNDES, 2012, Vol. I, pp. 141)

De maneira geral, justificam a importância do domínio público sobre os portos aspectos como: a importância econômica (no sentido de garantir o acesso à infraestrutura portuária aos exportadores e importadores, sem discriminação); a importância estratégica (em casos extremos, como de guerras, por exemplo); a segurança (portos são fronteiras do país e, portanto, encontram-se sujeitos a riscos como contrabando, imigração ilegal, tráfico de drogas ou armas); entre outros (WORLD BANK, 2007).

Entretanto, devido principalmente à falta de recursos e à menor eficiência do Poder Público, o exercício das atividades portuárias é tipicamente delegado à iniciativa privada, sob alguns modelos de exploração, enquanto a atuação da Administração Pública restringe-se à gestão dos portos públicos e ao planejamento do setor.

O modelo predominante no Brasil, institucionalizado a partir da promulgação da Lei dos Portos (Lei 8.630/1993) é o de *Landlord Port*⁹, em que, resumidamente, o Estado provê a infraestrutura e cabe à iniciativa privada a responsabilidade sobre a superestrutura e a operação¹⁰. Esse é também o modelo mais utilizado no mundo, incluindo países de grande relevância na movimentação portuária, como é o caso da China, Cingapura, Holanda e Alemanha, onde se encontram alguns dos maiores portos e terminais do mundo (vide Figura 2). Sob esse modelo, os portos são geridos por autoridades portuárias públicas, que concedem¹¹ terminais para a operação por parte de agentes privados.

O modelo *Landlord* convive no Brasil, entretanto, com outros modelos¹², sendo o principal deles o modelo de *Fully Privatized Ports*^{13,14}, que se difundiu através da

---

⁹ Portos públicos, em que o Governo detém a infraestrutura, mas a superestrutura e equipamentos pertencem a agentes privados, que são também os responsáveis pela operação portuária, mediante outorga. O Governo exerce sua autoridade sobre o porto através de Autoridades Portuárias, responsáveis, em linhas gerais, pela gestão dos ativos e das operações do porto como um todo (WORLD BANK, 2007).

¹⁰ Cumpre notar que, mais recentemente, tornaram-se mais comuns concessões do tipo BOT (*Build-Operate-Transfer*), em que o próprio concessionário implanta também a infraestrutura do terminal e após o término do prazo de concessão (durante o qual opera o terminal), esta reverte ao Poder Público. Este não difere do modelo de *Landlord Port*, entretanto, na medida em que o domínio sobre a terra e a infraestrutura continua sendo público.

¹¹ As referências bibliográficas costumam usar o termo concessão de forma genérica para a adjudicação de portos ou terminais e assim se faz também nesta dissertação, exceto ao se fazer referência direta ao caso brasileiro, onde se define a concessão de terminais dentro de portos organizados como arrendamentos e utiliza-se o termo concessão apenas para se referir à adjudicação de um porto como um todo.

¹² Além dos modelos citados a seguir: *Fully Privatized Ports* e *Private Landlord Ports* (na concepção de GOLDBERG, 2009), alguns portos guardam ainda algumas características de *Tool Ports*, com operações privadas realizadas com a utilização de equipamentos ou superestrutura de propriedade pública. É o caso, principalmente, de portos de menor relevância (quanto ao volume de carga) em que as autoridades portuárias ainda detêm equipamentos ou instalações de armazenagem alugados a terceiros mediante cobrança de tarifas públicas, o que ocorre, por exemplo, nos portos de Maceió e Fortaleza (conforme explicitam as respectivas tabelas tarifárias). Alguns portos do tipo *Landlord*

implantação de diversos terminais de uso privado, terminais localizados fora do porto organizado¹⁵ explorados mediante autorização¹⁶.

Esses dois modelos instituem os principais tipos de agentes privados atuantes na movimentação e armazenagem de cargas no Brasil: arrendatários de terminais de uso público e autorizatários de terminais de uso privado. Atualmente, há cerca de 300 arrendamentos operacionais¹⁷ e mais de 100¹⁸ terminais de uso privado instalados no país.

A Tabela 1 descreve de forma resumida cada um desses dois tipos de agentes privados, caracterizados em mais detalhes na sequência.

---

eventualmente mantém também parte de sua infraestrutura pública, podendo ser utilizada nos moldes de um *Tool Port*.

¹³ Portos totalmente privados, incluindo a área e a infraestrutura.

¹⁴ Cumpre fazer uma distinção entre os terminais de uso privado no Brasil e o modelo *Fully Privatized Port*, uma vez que, embora sejam totalmente privados, esses terminais são autorizados e regulados pelo Poder Público, aspectos que não são comuns no modelo *Fully Privatized*.

¹⁵ “bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária” (Lei 12.815/2013, art 2º, I).

¹⁶ A vedação à implantação de terminais de uso privado dentro de portos organizados foi instituída pela Lei 12.815/2013. Anteriormente, porém, alguns terminais foram instalados dentro da poligonal dos portos, como é o caso no Porto de Santos.

¹⁷ Voltados à movimentação e/ou armazenagem de cargas. Há outros arrendamentos diversos em portos públicos cuja finalidade não é o exercício da atividade portuária, mas sim a mera utilização de bens situados dentro da área do porto organizado.

¹⁸ Fonte: ANTAQ.

Tabela 1 – Caracterização resumida pras principais formas de atuação da iniciativa privada no setor portuário¹⁹

Agente privado	Modelo de exploração	Descrição das atividades e estrutura	Forma de adjudicação
Arrendatário de terminal de uso público	<i>Landlord Port</i>	• Movimentação e armazenagem de cargas • Infraestrutura pública, com posse por prazo determinado de terminal mediante arrendamento • Superestrutura e equipamentos próprios	• Arrendamento, mediante processo licitatório, por prazo determinado • Possibilidade de prorrogação do prazo por até igual período, uma única vez
Autorizatário de terminal de uso privado	<i>Fully Privatized Port¹⁴</i>	• Movimentação e armazenagem de cargas • Infraestrutura privada e área privada • Superestrutura e equipamentos próprios	• Autorização por parte do Poder Concedente • Possibilidade de prorrogação do prazo por até igual período, indefinidamente • Possibilidade de realização de processo licitatório apenas em caso de conflito locacional entre projetos de terminais privados

Agentes mais comuns no modelo portuário brasileiro, os arrendatários de instalações portuárias em portos públicos atuam na movimentação e armazenagem de carga ou na movimentação de passageiros (e prestação de serviços acessórios a essas atividades).

Fazem uso de infraestrutura pública arrendada (em regime exclusivo) e de infraestrutura pública de uso comum (em regime de compartilhamento). Tipicamente, a área onde se encontram as instalações de armazenagem é arrendada e a infraestrutura utilizada para as operações de embarque e desembarque permanecem públicas²⁰. Há casos, entretanto, em que toda a infraestrutura é

¹⁹ Nas atividades de movimentação e armazenagem de cargas.

²⁰ A infraestrutura de embarque ou desembarque pode ser compartilhada com outros arrendatários ou operadores privados em regime comum (por ordem de chegada) ou com algum tipo de prioridade por

arrendada, incluindo o berço de atracação, principalmente no caso de terminais destinados à movimentação de contêineres, em que o sistema de atendimento de navios em janelas fixas²¹ torna mais relevante o controle do berço. A superestrutura e equipamentos utilizados são de propriedade dos arrendatários, mas os principais itens são reversíveis ao porto ao término do contrato²².

O arrendamento de instalações portuárias é feito por meio de processo licitatório, por prazo determinado (de no máximo 25 anos), com possibilidade de prorrogação por até igual período, por uma única vez.

Terminais de uso privado, por sua vez, são instalações portuárias exploradas mediante autorização localizadas fora dos portos organizados²³. Autorizatários

---

parte do arrendatário (tipicamente quando este implanta equipamentos especializados de embarque ou desembarque). Regimes de prioridade podem assumir formas diversas, sendo as mais típicas aquelas em que uma embarcação destinada ao arrendatário que detém prioridade assume a primeira posição da fila para uso do berço ou tem a atracação imediata garantida (mediante desatracação de embarcação que esteja ocupando o berço no instante de sua chegada).

²¹ Os contratos entre terminais de contêineres e armadores preveem dias e horários fixos para o atendimento das embarcações (intitulados de janelas). Tal modelo é primordial para a operação, pois os navios de contêineres operam em ciclos de frequência pré-definida e atrasos em um porto da rota provocam atrasos em cadeia nos demais, podendo, inclusive, ocasionar o cancelamento de paradas (escalas) em outros portos.

²² Cláusulas de reversibilidade são típicas de contratos de concessão de serviços públicos, tal qual é atividade portuária, para garantir a continuidade das atividades ao término dos contratos. Os itens reversíveis compõem cláusula obrigatória dos contratos de arrendamento e concessões portuárias. Até o presente momento, o entendimento mais aplicado nos contratos era o de que itens inamovíveis revertiam ao Poder Público (permanecendo na área) e que itens removíveis poderiam ser retirados por parte dos arrendatários. A rigor, serão reversíveis os bens assim definidos nos contratos.

²³ Cumpre aqui notar que essa definição foi trazida pela Lei 12.815/2013 e que antes de sua promulgação houve a instalação de terminais de uso privado (ainda sob o título de terminais privativos) localizados parcial ou totalmente em área de portos organizados. É o caso, por exemplo, da Emraport (Empresa Brasileira de Terminais Portuários), terminal dedicado principalmente à movimentação de contêineres que tem parte de sua área localizada dentro da poligonal do Porto de Santos.

desses terminais atuam na movimentação e armazenagem de cargas, com infraestrutura, superestrutura e equipamentos próprios.

A autorização à implantação de terminais de uso privado é feita diretamente pelo Poder Concedente (SEP), por prazo de até 25 anos, prorrogável por períodos sucessivos (indefinidamente), desde que “a atividade portuária seja mantida e o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização da instalação portuária” (Lei 12.815/2013, art. 8º, § 2º).

A empresa interessada em implantar um terminal de uso privado deve fazer o requerimento à ANTAQ por meio da comprovação do direito de uso da área²⁴ e da apresentação do projeto do terminal. A autorização é concedida desde que o projeto do terminal não esteja em conflito com o planejamento público setorial e haja viabilidade locacional entre o referido terminal e eventuais outros projetos de terminais, ou seja, que não sejam gerados impedimentos operacionais a projetos de instalações portuárias próximas. A legislação aplicável aos terminais de uso privado foi alvo de algumas das principais alterações trazidas a partir da Lei 12.815 e é discutida em mais profundidade no item 2.2.2.

Há algumas outras formas de atuação da iniciativa privada na movimentação e armazenagem de cargas (ou na movimentação de passageiros), que são, porém, menos relevantes do que os terminais de uso público arrendados e os terminais de uso privado. Os respectivos agentes são: concessionários de portos organizados; operadores portuários privados “puros”²⁵ (não arrendatários); autorizatários de estações de transbordo de carga (ETC); autorizatários de instalações portuárias públicas de pequeno porte (IP4); e autorizatários de instalações portuárias de turismo²⁶.

---

²⁴ Através de “título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento ou contrato de cessão sob regime de direito real, ou outro instrumento jurídico [...]” (Decreto 8.033/2013).

²⁵ Agentes privados que atuam na movimentação e/ou armazenagem de cargas, mas não são arrendatários de instalações portuárias, utilizando infra e/ou superestrutura públicas.

²⁶ A menor relevância atual desses agentes, ante os demais inicialmente caracterizados, é justificada resumidamente, caso a caso, a seguir:

Esses agentes são caracterizados resumidamente na Tabela 2.

-
- Operadores portuários privados “puros” (não arrendatários) têm se tornado menos comuns à medida que a escala da movimentação portuária aumenta e se arrendam terminais especializados de maior eficiência;
  - Não há atualmente nenhum porto concedido à iniciativa privada. O programa do Governo Federal implantado após a mudança da lei prevê, em princípio, a concessão do Porto de Imbituba e de um novo porto em Manaus, entretanto, a relevância de ambos é limitada: Imbituba corresponde a apenas 0,27% da movimentação portuária total do país (ou 0,74% da movimentação total em portos públicos) e o novo porto de Manaus será composto de apenas um terminal de contêineres;
  - Há atualmente apenas sete ETCs autorizadas no país;
  - IP4s são instalações destinadas exclusivamente à navegação interior;
  - Não há atualmente nenhuma Instalação Portuária de Turismo autorizada no país.

Tabela 2 – Resumo das formas de atuação da iniciativa privada na atividade portuária

Agente privado	Modelo de exploração	Descrição das atividades e estrutura	Forma de adjudicação
Operador portuário “puro”	<i>Tool Port</i> ²⁷ ou <i>Landlord Port</i>	• Movimentação de carga no cais • Armazenagem de carga em área pública, mediante pagamento de tarifas públicas (menos frequente) • Uso de infraestrutura pública • Superestrutura e equipamentos próprios ou alugados da Autoridade Portuária	• Autorização por parte da Autoridade Portuária, por prazo determinado • Renovação periódica (anual), sem limite de renovações
Concessionário de porto público	<i>Privatized Landlord Port</i> ²⁸	• Infraestrutura pública, com posse por prazo determinado do porto mediante concessão • Exercício do papel de Autoridade Portuária • Movimentação e armazenagem de cargas diretamente ou subconcessão da operação para terceiros • Superestrutura e equipamentos próprios ou de terceiros, em caso de subconcessão	• Concessão, mediante processo licitatório • Possibilidade de prorrogação do prazo por até igual período, uma única vez

²⁷ Portos públicos, em que o governo detém os ativos (infra e superestrutura e equipamentos) e controla e opera os equipamentos, mas alguns serviços são prestados por agentes privados, como a estiva. Alguns portos brasileiros ainda guardam algumas características de *Tool Ports*, com operações privadas realizadas com a utilização de equipamentos ou superestrutura de propriedade pública. É o caso, principalmente, de portos de menor relevância (quanto ao volume de carga) em que as autoridades portuárias ainda detêm equipamentos ou instalações de armazenagem alugados a terceiros mediante cobrança de tarifas públicas, o que ocorre, por exemplo, nos portos de Maceió e Fortaleza (conforme explicitam as respectivas tabelas tarifárias). Alguns portos do tipo *Landlord* eventualmente mantêm também parte de sua infraestrutura pública, podendo ser utilizada nos moldes de um *Tool Port*.

²⁸ Seguindo a definição de GOLDBERG (2009), que definiu a concessão de portos como um modelo intermediário entre o *Landlord Port* e o *Fully Privatized Port*, em que o investimento em infraestrutura e a administração do porto são exercidos pelo agente privado (em oposição ao típico modelo *Landlord*), mas a propriedade da terra e dos ativos remanesce pública.

Agente privado	Modelo de exploração	Descrição das atividades e estrutura	Forma de adjudicação
Autorizatório de Estação de Transbordo de Cargas	<i>Fully Privatized Port</i> ²⁹	• Movimentação e armazenagem de cargas • Infraestrutura privada • Superestrutura e equipamentos próprios • Instalação para transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem	• Autorização por parte do Poder Concedente • Possibilidade de prorrogação do prazo por igual período, indefinidamente
Autorizatório de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte	<i>Fully Privatized Port</i> ²⁹	• Movimentação e armazenagem de cargas e/ou movimentação de passageiros e prestação de serviços acessórios • Infraestrutura privada • Superestrutura e equipamentos próprios • Instalação destinada exclusivamente a embarcações de navegação interior	• Autorização por parte do Poder Concedente • Possibilidade de prorrogação do prazo por igual período, indefinidamente
Autorizatório de Instalação Portuária de Turismo	<i>Fully Privatized Port</i> ²⁹	• Movimentação de passageiros e prestação de serviços acessórios • Infraestrutura privada • Superestrutura e equipamentos próprios	• Autorização por parte do Poder Concedente • Possibilidade de prorrogação do prazo por igual período, indefinidamente

2.1.2 Divisão de competências entre os agentes públicos

No que diz respeito aos papéis exercidos pela Administração Pública na gestão do setor portuário, os principais agentes são: a SEP; a ANTAQ; e as Autoridades Portuárias (APs)³⁰. Os dois primeiros são entes setoriais federais, enquanto as

²⁹ A exemplo dos terminais de uso privado, este modelo não pode ser totalmente caracterizado como *Fully Privatized Port*, dada a existência de autorização e regulação por parte do Poder Público.

³⁰ Naturalmente, há diversos outros agentes da Administração Pública que atuam no âmbito do setor portuário ou têm interferência sobre ele. Têm foco específico no setor portuário os CAPs (Conselhos das Autoridades Portuárias, com papel consultivo) e OGMOs (Órgãos Gestores da Mão de Obra).

últimas são órgãos locais, estabelecidos em cada porto organizado³¹. A seguir, são descritos os principais papéis exercidos por cada um desses agentes, a partir da caracterização de BNDES (2012), complementada pela análise dos instrumentos legais e infralegais posteriores (note-se que o referido estudo é anterior à mudança do marco regulatório).

A SEP (secretaria com status de ministério³²) é o órgão responsável pela formulação de políticas e diretrizes do setor e pelo seu planejamento. Cumpre a ela ainda o desenvolvimento da infraestrutura portuária, a gestão e supervisão das autoridades portuárias, a definição das diretrizes para os processos de adjudicação de instalações portuárias e a celebração dos respectivos contratos (de concessão, arrendamento ou autorização³³).

A ANTAQ é a agência reguladora do setor de transportes aquaviários e tem competências relativas aos portos e ao transporte marítimo, fluvial e lacustre. No que tange especificamente ao setor portuário, suas competências abrangem principalmente a regulação técnica e econômica do setor. É de competência da Agência, ainda, a realização dos processos de adjudicação de instalações portuárias, a partir das diretrizes definidas pela SEP.

Atuam de forma indireta no setor: CONIT (Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte); MT (Ministérios dos Transportes); a Diretoria de Portos e Costas (DPC), que exerce a Autoridade Marítima (AM); e órgãos atuantes na fiscalização da movimentação de cargas, como a Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), a Secretaria de Defesa Pecuária (SDA), a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) e a Polícia Federal (PF). O papel desempenhado por esses agentes, caracterizado em BNDES (2012), no entanto, têm menor relevância do que aqueles que competem aos agentes aqui descritos, ou estes foram alvos de mudanças menos relevantes com o novo marco regulatório.

³¹ Há algumas autoridades portuárias que têm responsabilidade sobre mais de um porto. Por exemplo, a Companhia Docas do Estado da Bahia (CODEBA), que administra os portos de Aratu, Salvador e Ilhéus, e a Companhia Docas do Estado do Rio de Janeiro (CODERJ), que administra os portos do Rio de Janeiro, Itaguaí e Angra dos Reis.

³² Vinculada diretamente à Presidência da República.

³³ As autorizações são, na prática, formalizadas através de contratos de adesão.

Por último, as autoridades portuárias são os agentes responsáveis pela gestão dos portos públicos (ou portos organizados). Suas principais competências no âmbito dos respectivos portos são: a gestão da infraestrutura de uso comum³⁴, incluindo sua manutenção; a gestão das operações de movimentação de carga nas áreas de uso comum; o planejamento (através da elaboração dos respectivos Planos de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZs); e a fiscalização dos agentes privados (de forma complementar à ANTAQ). As APs geralmente são entidades da Administração indireta (empresas públicas, sociedades de economia mista ou autarquias) da União, Estados ou Municípios (nos dois últimos, em caso de delegação da administração pela União).

2.2 Principais mudanças introduzidas pelo novo marco regulatório

A Lei 12.815/2013 (e os instrumentos que a regulamentam), embora não tenha alterado de maneira estrutural os modelos possíveis de exploração da atividade portuária, instituiu novos critérios de adjudicação de portos e terminais de uso público, alterou as regras que regem a autorização a terminais de uso privado e centralizou atribuições relativas aos arrendamentos nos órgãos setoriais (SEP e ANTAQ). Esses aspectos são discutidos em mais detalhes a seguir e faz-se também uma breve descrição de outras mudanças de menor impacto trazidas pelo novo marco regulatório.

2.2.1 Centralização de decisões e processos referentes aos arrendamentos na SEP e na ANTAQ

Os órgãos setoriais – SEP e ANTAQ – passaram, com o novo marco regulatório, a centralizar as decisões e processos referentes aos arrendamentos de instalações portuárias em portos organizados.

Anteriormente, esses processos eram de responsabilidade direta das respectivas autoridades portuárias, a quem cumpria a condução dos processos licitatórios e a

---

³⁴ Não arrendada.

elaboração dos estudos de viabilidade, além do papel de representantes do Poder Concedente (signatárias dos contratos). A interface com o poder central se dava basicamente através da análise e aprovação do programa de arrendamentos³⁵ e dos estudos por parte da ANTAQ.

Atualmente, a condução dos estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental dos arrendamentos compete diretamente à SEP³⁶. A elaboração dos editais e a realização dos processos licitatórios, por sua vez, cumprem à ANTAQ³⁷. O papel das autoridades portuárias ficou restrito à elaboração dos respectivos PDZs e ao fornecimento das informações necessárias para que a SEP elabore os estudos técnicos dos arrendamentos. Cumpre ressaltar que o Decreto 8.033/2013 prevê a possibilidade de transferência dessas competências por parte do Poder Concedente às APs³⁸. O que se observa nos primeiros arrendamentos a serem licitados, porém, é a centralização de fato do processo na SEP, que autorizou a elaboração de estudos para o arrendamento de instalações portuárias em todo o país e os está conduzindo diretamente.

Os objetivos principais dessa mudança consistem no aumento do controle federal sobre os processos e em torná-los mais céleres. Essa mudança permitiu, num curto espaço de tempo, que fosse lançado um programa contemplando 159 áreas para arrendamento³⁹. A título de comparação, na última década, quando a responsabilidade sobre os arrendamentos era das autoridades portuárias, o número

---

³⁵ Instrumento de planejamento dos arrendamentos que eram feitos pelas Autoridades Portuárias. Derivava dos PDZs elaborados também pelas Autoridades Portuárias.

³⁶ Decreto 8.033/2013, art. 2º, V.

³⁷ Lei 12.815, art. 6º, §§ 2º e 3º.

³⁸ Lei 12.815, art. 6º, § 5º. A elaboração dos estudos também pode ser delegada a terceiros, mediante posterior aprovação por parte da SEP e ressarcimento futuro ao agente responsável pela elaboração (por parte do futuro arrendatário) [Decreto 8.033, art. 6º, § 3º].

³⁹ Além de dois portos para concessão (Porto de Imbituba e Novo Porto de Manaus).

de arrendamentos foi de cerca de uma dezena⁴⁰. Acumulavam-se, ainda, casos de contratos de arrendamento vencidos operando mediante contratos emergenciais ou liminares judiciais e chegou a ser deflagrada operação da Polícia Federal⁴¹ que denunciou irregularidades em contratos de arrendamento.

Além da centralização dos processos para a realização dos arrendamentos, aspectos da gestão portuária também passaram a contar com maior participação da SEP, em detrimento de uma maior autonomia por parte das APs. Dentre outros, cumprem à SEP a autorização da expansão e da realização de investimentos não previstos em contrato nos arrendamentos (mediante análise da ANTAQ); o estabelecimento de critérios para a pré-qualificação de operadores portuários; a disciplina do conteúdo, forma e periodicidade de atualização dos planos de desenvolvimento e zoneamento dos portos; a definição de diretrizes para a elaboração dos regulamentos de exploração dos portos; e a aprovação de utilização de áreas nos portos para fins não operacionais.

2.2.2 Outorgas de terminais privados

A operação de terminais privados foi alvo de diversos questionamentos durante a vigência da Lei 8.630/1993. Implantados e operados inicialmente por grandes indústrias exportadoras visando à verticalização de suas cadeias logísticas, especialmente mineradoras, produtoras de petróleo, distribuidoras de combustíveis, produtoras de celulose e *tradings* agrícolas, tais terminais destinavam-se principalmente ao escoamento das cargas dessas próprias empresas.

Com a promulgação da Lei dos Portos, em 1993, entretanto, institucionalizou-se a figura dos terminais privativos de uso misto, destinados à movimentação de carga própria (da empresa titular do terminal, ou suas coligadas) e de terceiros. No entanto, a exploração dos terminais de uso privativo misto só veio a ser

---

⁴⁰ Levantamento das datas de assinaturas dos contratos de arrendamentos operacionais (base de dados SEP e ANTAQ).

⁴¹ Operação Porto Seguro.

regulamentada de forma mais específica após a criação da ANTAQ⁴², em 2001. Apenas em 2005, a agência publicou a Resolução 517/2005, que normatizava a outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminais de uso privativo. O texto da resolução especificava a necessidade de que as cargas próprias justificassem, “*por si só*” a implantação do terminal. Entretanto, não precisava a forma de aferir tal justificativa, se econômica, financeira, operacional, entre outras.

Posteriormente, o Decreto 6.620, de 29 de outubro de 2008, cujas diretrizes foram definidas já pela SEP⁴³, e a Resolução ANTAQ 1.660/2010, que substituiu a Resolução 517 à luz do novo Decreto, avançaram na definição dos requisitos para a implantação de terminais de uso privativo misto. Igualmente não foram, no entanto, completamente precisos acerca de tais requisitos. Falavam em “**movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros**” (Decreto 6.620/2008; **grifo do autor**) e em carga própria como: “[...] *carga pertencente à autorizada [...], cuja movimentação, por si só, justifique, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária objeto da outorga*” (Resolução ANTAQ 1660/2010; **grifo do autor**).

A demora na regulamentação da Lei dos Portos e a ausência de definições mais precisas nas normas que se seguiram permitiram o surgimento de terminais cuja legitimidade era alvo de questionamentos.

No centro dos questionamentos encontravam-se terminais destinados à movimentação de contêineres, especialmente três terminais: a Portonave, em Navegantes – SC, autorizada pelo Ministério dos Transportes em 2001⁴⁴; o Porto

---

⁴² Note-se que a ANTAQ foi criada apenas em 2001, de forma que houve uma espécie de vácuo na regulação do setor ao longo de oito anos.

⁴³ À época ainda intitulada Secretaria Especial de Portos.

⁴⁴ Autorização depois ratificada pela ANTAQ em 2004.

Itapoá, em Itapoá – SC, autorizado pela ANTAQ em 2005; e a Embraport, em Santos – SP, autorizada pela ANTAQ em 2006⁴⁵.

Fundamentalmente, as alegações contrárias a tais terminais privativos de uso misto concentravam-se em duas vertentes: a primeira, de que os terminais teriam pouco ou nenhum volume de carga própria e, portanto, sua autorização não deveria ter sido outorgada; e a segunda, de que esses terminais prestavam serviços equivalentes àqueles prestados nos terminais de portos públicos, mas sob regime jurídico diferente, o que poderia ensejar vantagens competitivas.

Os principais argumentos que tratavam de uma potencial desigualdade de concorrência em favor de terminais de uso privativo, em comparação a terminais de uso público arrendados, eram: não obrigatoriedade de utilização de mão de obra avulsa dos Órgãos Gestores da Mão de Obra (OGMOs)⁴⁶; não obrigatoriedade de universalidade no atendimento de usuários⁴⁷; ausência de processo licitatório para obtenção do direito de outorga; ausência de obrigação de realização de pagamentos às autoridades portuárias; e maior prazo de outorga⁴⁸. De outro lado, os terminais privativos tinham como principal desvantagem a necessidade de arcar com a totalidade dos investimentos para a implantação do terminal, em oposição aos

---

⁴⁵ Além destes, outros casos são os dois terminais responsáveis pela movimentação de contêineres em Manaus, Superterminais e Chibatão, também autorizados em meados da década de 2000.

⁴⁶ Órgãos responsáveis pela gestão dos trabalhadores avulsos, constituídos no âmbito dos portos públicos. A mão de obra avulsa é tipicamente tida pelos arrendatários como excessivamente custosa e, apesar de sua utilização não ser mandatória, na prática existem fortes pressões para que os arrendatários se utilizem desse serviço, o que encareceria sua operação em comparação com terminais privados, onde geralmente não se utiliza tais trabalhadores. Para mais detalhes, ver BNDES (2012).

⁴⁷ De forma com que os terminais privativos poderiam não movimentar cargas menos rentáveis, o que não seria possível em terminais de uso público, em que a universalidade é mandatória.

⁴⁸ As outorgas a terminais privativos eram tipicamente concedidas com prazos de 50 anos (em alguns casos, sem prazo definido), enquanto arrendamentos têm prazo de, no máximo, 25 anos, renováveis uma única vez por igual período.

arrendamentos, em que, geralmente, os terminais eram arrendados com a infraestrutura pronta⁴⁹.

A matéria chegou a ser objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 929/DF) e de uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 139/DF), além de pauta de análise por parte do Tribunal de Contas da União (TCU) e do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE).

A ADI arguia a inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 8.630/1993, especificamente no que tange aos terminais de uso privativo, a violação de normas constitucionais que definem os portos como serviço público, enquanto a ADPF 139/DF questionava a norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo e a autorização de três terminais específicos. Ambas as ações, entretanto, perderam seu objeto com a revogação da Lei 8.630/1993 e significativa alteração do marco regulatório que rege o setor em geral e, especificamente, a matéria dos terminais de uso privativo.

O TCU⁵⁰, por sua vez, em seu Acórdão N° 554/2011 Plenário, deu maior foco à questão da legitimidade das autorizações concedidas aos terminais Portonave, Embraport e Porto Itapoá, no que tange aos requisitos de movimentação de cargas próprias, e menor foco a eventuais distorções concorrenciais. O Tribunal determinou à ANTAQ que observasse efetivamente o disposto no Decreto 6.620/2008 na autorização de terminais privativos, quanto à necessidade de movimentação preponderante de carga própria e apenas subsidiária e eventual de carga de terceiros e que o fizesse, inclusive, para os terminais já autorizados, em prazo a ser estabelecido. Recomendou, ainda, o estabelecimento de nível mínimo de

---

⁴⁹ Especialmente mais recentemente, foram vistos mais casos de arrendamentos de terminais com obrigação de implantação da infraestrutura por parte dos arrendatários, como é o caso, por exemplo, do TEGRAM (Terminal de Grãos do Maranhão), no Porto de Itaqui, um dos mais recentes arrendamentos em portos públicos. Mesmo nesses casos, ao menos a infraestrutura comum no porto, notadamente os acessos marítimos e utilidades, já se encontra pronta, em oposição a terminais privativos.

⁵⁰ Em análise de denúncia feita à ANTAQ.

movimentação de carga própria que justificasse a implantação de tais terminais e a definição de forma clara do termo movimentação preponderante⁵¹.

Por último, no caso em que foi instado a intervir⁵², o CADE apresentou parecer em que não considerou haver assimetrias regulatórias que justificassem a imposição de restrições aos terminais de uso privativo misto em virtude de distorções concorrenciais⁵³.

A existência ou não de assimetrias na competição entre os terminais privativos de uso misto e terminais de uso público arrendados é complexa e não se pretende aqui discuti-la em profundidade. Coutinho et al (2012), em estudo encomendado pela ANTAQ, analisa em mais detalhes a questão a partir da modelagem financeira comparativa dos dois tipos de terminais e conclui pela ausência de diferenças significativas entre os mesmos.

Diante desse cenário de imprecisão do marco regulatório existente, a Lei 12.815/2013 eliminou a distinção entre terminais privativos de uso exclusivo e de

---

⁵¹ A área técnica do TCU responsável pela análise do caso, a Secretaria de Fiscalização de Desestatização (SEFID), chegou a propor que o quantitativo de cargas próprias deveria ser não inferior a 50% da movimentação total, entretanto, o Ministério Público manifestou que tal competência cumpria exclusivamente à ANTAQ.

⁵² A Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC) solicitou intervenção do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em ato de concentração envolvendo a Embraport (Ato de Concentração 08012.007452/2009-31), quando da aquisição de parte de seu controle pelos grupos Dubai World (empresa detentora de operador portuário global) e Odebrecht.

Atos de concentração compreendem fusões, aquisições ou estabelecimento de parcerias entre empresas. São submetidos à análise do CADE quando envolvem pelo menos um grupo com faturamento superior a R\$ 400 milhões e pelo menos outro grupo com faturamento superior a R\$ 30 milhões (Lei 12.529/2011).

⁵³ Cumpre notar que a manifestação do CADE afirma que a discussão acerca das assimetrias regulatórias não tem vínculo com o Ato de Concentração que estava em avaliação, mas, ainda assim, dada a manifestação da ABRATEC, o Conselho analisou os itens da suposta assimetria e emitiu seu parecer a respeito.

uso misto. Foram instituídos os terminais de uso privado e eliminados os conceitos de cargas próprias e de cargas de terceiros.

Dessa forma, permite-se que atividades de interesse público (a movimentação portuária de cargas de terceiros) sejam prestadas em regime privado nesses terminais, reduzindo-se de forma significativa as barreiras para a prestação de serviços de interesse público pela iniciativa privada. Tal medida vai ao encontro de um dos principais objetivos do novo marco regulatório, de aumento da oferta de capacidade portuária através do estímulo à expansão dos investimentos por parte da iniciativa privada – até então, a insegurança jurídica e as restrições associadas à exploração de terminais de uso privado represava novos investimentos.

Sob a nova legislação, qualquer empresa detentora dos direitos sobre área costeira⁵⁴ pode requerer autorização para a implantação de terminal de uso privado. Outra distinção trazida pela nova lei refere-se à localização dos terminais privados, não mais sendo permitida a instalação de tais terminais na área de portos organizados.

O requerimento para a implantação de terminal de uso privado deve conter, além da comprovação dos direitos sobre a área onde o terminal será instalado, itens como: descrição da área e acessos; descrição do terminal a ser implantado (infra e superestrutura e equipamentos); cronograma de implantação; tipos de embarcações a serem atendidas; projeções de capacidade e demanda por tipo de carga; e estimativa dos investimentos.

Após receber os documentos referidos acima, a ANTAQ deve publicá-los e proceder à abertura de processo de anúncio público para verificar a eventual existência de outros interessados na implantação de terminal privado semelhante na mesma região. Alternativamente ao requerimento por parte de empresa interessada, a própria ANTAQ pode incitar a instalação de terminais de uso privado através de processo de chamada pública.

---

⁵⁴ Ou fluvial ou lacustre.

Os processos de anúncio e chamada públicos são similares e devem conter a especificação da região geográfica e dos tipos de cargas⁵⁵ a serem movimentados e projeções do volume de movimentação. Durante o processo, as empresas interessadas devem apresentar a documentação supracitada.

A outorga da autorização aos terminais deverá respeitar dois aspectos: a compatibilidade com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário; e a ausência de inviabilidade locacional, entendida como a não imputação de impedimentos operacionais a outras instalações portuárias (existentes ou projetadas) na mesma região.

Findos os processos descritos acima, a ANTAQ deve encaminhar a documentação ao Poder Concedente (SEP), que deliberará sobre os mesmos e celebrará os contratos de adesão (instrumento jurídico da autorização).

Como resultado da diminuição das barreiras à instalação de terminais de uso privado, entre dezembro de 2013 e fevereiro de 2014, foram autorizados 14 novos terminais desse tipo, além da expansão de um terminal existente, totalizando investimentos de cerca de R\$ 8,0 bilhões. Outros cerca de 50 empreendimentos, com investimentos estimados em R\$ 7,3 bi, encontram-se sob análise⁵⁶.

É importante destacar que o papel do Poder Público no que diz respeito a terminais de uso privado será restrito. O mais relevante aspecto consiste na avaliação da compatibilidade dos projetos com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, condição para a cessão das outorgas. Para tal, seria importante instrumentalizar um procedimento de planejamento sólido e periódico⁵⁷ para que o governo possa avaliar a pertinência de implantação de terminais privados de forma a

---

⁵⁵ Segundo a classificação tipicamente utilizada pela ANTAQ: granel sólido, granel líquido e gasoso, carga geral e carga containerizada.

⁵⁶ “Autorizadas novas instalações portuárias em cinco estados”, 28/02/2014, Secretaria de Portos da Presidência da República.

⁵⁷ Os primeiros relatórios contendo resultados do instrumento de planejamento instituído pela SEP, o Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP), foram publicados apenas recentemente.

racionalizar a oferta portuária⁵⁸. Seria benéfico, ainda, definir critérios técnicos para avaliar a compatibilidade dos projetos com as diretrizes de planejamento, tornando o processo mais simples e objetivo (e diminuindo riscos de questionamentos judiciais e de captura dos agentes públicos).

Além deste papel, caberá ao Poder Público a realização dos processos de chamada e anúncio públicos e, em casos de dois ou mais projetos com conflito locacional, a realização de processo seletivo público, a ser conduzido pela ANTAQ. Nesse caso, a seleção deverá ser feita mediante a adoção de critérios dentre os mesmos aplicáveis aos casos de arrendamento e concessão de instalações portuárias públicas (que serão adiante discutidos). É ressalvado aos interessados, entretanto, a revisão de seus projetos de forma a garantir a viabilidade locacional e, conseqüentemente, a possibilidade de outorga a todos eles.

2.2.3 Critérios de adjudicação

O Decreto 6.620/2008, que regulamentava a antiga Lei dos Portos, estabelecia que o *“procedimento administrativo de licitação para o arrendamento de instalações portuárias rege-se pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pela Lei nº 8.987, de 1995”*, respectivamente, a Lei de Licitações e a Lei de Concessões.

Especificamente, os critérios licitatórios para o caso de concessão de serviços públicos, e, portanto, aplicáveis às instalações portuárias públicas, eram regidos pela Lei de Concessões⁵⁹:

---

⁵⁸ De forma a evitar, por exemplo: implantação de terminais de uso privado que demandem investimentos elevados em acessos a serem arcados pelo Poder Público (quando houver opções alternativas menos onerosas); e a sobreoferta de capacidade para certos tipos de carga em uma região, em detrimento de outras. Uma ferramenta eficaz de planejamento será igualmente importante para que o Poder Concedente avalie a necessidade e pertinência de, em alguns casos, ele mesmo incitar o desenvolvimento de terminais de uso privado em certas regiões, a partir de processos de chamada pública.

⁵⁹ Previamente à promulgação da Lei de Concessões, em 1995, vigeu o disposto na Lei de Licitações.

I - o **menor valor da tarifa** do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a **maior oferta**, nos casos de pagamento ao Poder Concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a **combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII**; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - **melhor proposta técnica**, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - melhor proposta em razão da **combinação dos critérios de menor valor da tarifa** do serviço público a ser prestado **com o de melhor técnica**; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VI - melhor proposta em razão da **combinação dos critérios de maior oferta** pela outorga da concessão **com o de melhor técnica**; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VII - **melhor oferta** de pagamento pela outorga **após qualificação de propostas técnicas**. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

(Lei 8.987/1.995; **grifo do autor**)

Apesar dos diversos outros critérios admitidos, entre 1993 e a promulgação da Nova Lei dos Portos, o que se observou no setor portuário, na prática, foi a adoção exclusivamente do critério de maior oferta de pagamento pela outorga. O procedimento foi regulamentado através de resoluções e notas técnicas da ANTAQ ao longo do tempo.

Até o instante da alteração do marco regulatório, regulava a elaboração dos estudos de viabilidade a Nota Técnica nº 17/2007 da ANTAQ, posteriormente atualizada, em parte, pela Nota Técnica nº 25/2009 da Agência. Resumidamente, os estudos deveriam:

- 1) Projetar o fluxo de caixa do empreendimento, através das projeções de movimentação, receitas, custos e despesas e investimentos;
- 2) Determinar a Taxa Interna de Retorno (TIR) para avaliar a viabilidade do empreendimento, ou seja, se a TIR superava o Custo Médio Ponderado de

Capital (CMPC ou WACC)⁶⁰ determinado pela ANTAQ (8,3% a.a. segundo a Nota Técnica nº 25/2009);

- 3) Determinar o Valor Presente Líquido (VPL) do empreendimento, a ser revertido à respectiva Autoridade Portuária, descontando os fluxos de caixa projetados ao WACC determinado pela ANTAQ;
- 4) Determinar os valores de arrendamento a serem pagos à respectiva Autoridade Portuária, a serem divididos em três parcelas:
  - a. *Down Payment* (pagamento à vista): limitado a 20% do VPL total do empreendimento, exceto em casos em que as instalações a serem arrendadas já contassem com investimentos em benfeitorias, cujo ressarcimento dar-se-ia também à vista, de forma com que o *Down Payment* total poderia superar este percentual;
  - b. Parcela fixa de arrendamento, associada ao valor da área a ser arrendada, mediante avaliação patrimonial;
  - c. Parcela variável de arrendamento, determinada de forma com que o VPL do empreendimento, considerando o pagamento das três parcelas de valores de arrendamento, fosse nulo.

No processo licitatório, o critério de definição do vencedor era o da maior oferta, refletido na forma de ágio sobre os valores pré-determinados no edital, estabelecidos conforme o procedimento descrito acima.

Os critérios de adjudicação foram o aspecto do marco regulatório do setor no qual a Lei 12.815/2013 trouxe a maior inovação. A Nova Lei dos Portos não mais admite o critério anteriormente usado (de maior oferta pela outorga) e instituiu que os processos de adjudicação de instalações portuárias devem levar em conta os seguintes critérios de adjudicação: “*de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento*”. Tais critérios

---

⁶⁰ *Weighted Average Cost of Capital (WACC)*, em inglês, conforme o termo é mais difundido.

aplicam-se à outorga de áreas em portos organizados (arrendamentos) ou para concessões de portos⁶¹.

Os novos critérios foram posteriormente regulados via Decreto e são discutidos em mais detalhes no Capítulo 4, que traz também uma análise mais ampla do processo de adjudicação como um todo.

2.2.4 Outras mudanças introduzidas pelo novo marco regulatório

Naturalmente, o novo marco regulatório trouxe outras alterações, além das três principais aprofundadas acima. Dentre elas, pode-se citar: (i) o aumento do escopo da SEP, que passou a incluir também portos fluviais e lacustres; (ii) a vinculação da ANTAQ à SEP (e não mais ao MT); (iii) as alterações dos possíveis objetos das concessões de portos organizados; (iv) a alteração no papel dos CAPs, retirando-lhes atribuições deliberativas sobre as autoridades portuárias; (v) a extensão da exclusividade de contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado dentre os trabalhadores avulsos registrados nos OGMOs aos serviços de capatazia⁶² e bloco⁶³. Além disso, instituiu o Programa Nacional de Dragagem II (PND II), que prevê a realização de investimentos em dragagem pela SEP em diversos portos nacionais.

Na primeira delas, a responsabilidade sobre os portos fluviais e lacustres foi passada do MT para a SEP, com a qual tem mais afinidade. Essa mudança traz também uma melhora ao funcionamento institucional, dado que a separação de

---

⁶¹ Além dos casos de terminais de uso privado em que houver conflito locacional, conforme descrito no item 2.2.2.

⁶² “atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário”. (Lei 12.815/2013, art. 40, § 1º, I)

⁶³ “atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos”. (Lei 12.815/2013, , art. 40, § 1º, VI)

portos marítimos e fluviais e lacustres deixava margem à interpretação, podendo ocasionar conflitos de responsabilidades entre o Ministério e a Secretaria (BNDES, 2012)^{64,65}.

A ANTAQ também passou a vincular-se administrativamente à SEP e não mais ao MT. Se, por um lado, tem-se a vantagem de um maior alinhamento do escopo de atuação entre a Agência e a SEP, por outro, não se elimina o fato de que a ANTAQ regula aspectos tanto de competência da SEP quanto do MT, uma vez que o transporte marítimo, fluvial e lacustre compete a este último. Esse arranjo pode levar a conflitos entre o MT e a SEP, conforme discute BNDES (2012)⁶⁶.

Quanto ao objeto das concessões portuárias, previa-se sob o antigo marco legal que essas incluíssem: a área do porto, as obras necessárias à implantação e/ou funcionamento do porto (e a respectiva manutenção), incluindo instalações de acesso e instalações operacionais; e a exploração comercial (compreendendo a prestação dos serviços portuários) [Decreto 6.620/2008]. Já o decreto que regulamenta a Nova Lei dos Portos definiu três possíveis objetos para as concessões: (i) as funções de administração do porto e a exploração direta da atividade portuária (movimentação e armazenagem de mercadorias e/ou

---

⁶⁴ Cumpre notar também que, recentemente, a ANTAQ baixou a Resolução 2969, de 4 de julho de 2013, que definiu cada um dos tipos de portos:

- Portos marítimos: *“aqueles aptos a receber linhas de navegação oceânicas, tanto em navegação de longo curso (internacionais) como em navegação de cabotagem (domésticas), independente da sua localização geográfica”*;
- Portos fluviais: *“aqueles que recebem linhas de navegação oriundas e destinadas a outros portos dentro da mesma região hidrográfica, ou com comunicação por águas interiores”*;
- Portos lacustres: *“aqueles que recebem embarcações de linhas dentro de lagos, em reservatórios restritos, sem comunicação com outras bacias”*.

⁶⁵ Persiste também, dada a separação de modais de transporte entre SEP e MT, o risco de falta de alinhamento no planejamento integrado de transportes.

⁶⁶ Persiste, também, a possibilidade de falta de alinhamento e integração entre o planejamento de diferentes modais de transporte, também apontada por BNDES (2012), dada a separação entre modais entre SEP e MT.

movimentação de passageiros); (ii) as funções de administração do porto e a exploração indireta da atividade portuária, mediante sua delegação a terceiros⁶⁷; e (iii) exclusivamente as funções de administração do porto.

Os CAPs também foram alvo de alteração relevante em seu modelo após a introdução do novo marco regulatório. Anteriormente, os conselhos tinham papel deliberativo em relação a certas pautas da gestão portuária, notadamente, a homologação das tarifas portuárias e a aprovação dos PDZs. A Lei 12.815/2013, entretanto, tornou os CAPs exclusivamente consultivos^{68,69}.

Por último, com relação à mão de obra, dentre os seis tipos de trabalho portuário prestados por trabalhadores avulsos (capatazia, estiva⁷⁰, conferência de carga⁷¹,

---

⁶⁷ De forma semelhante aos arrendamentos de instalações portuárias, mas sob regime privado entre o concessionário e empresas terceiras.

⁶⁸ A responsabilidade sobre a homologação das tarifas e a aprovação dos PDZs compete atualmente diretamente à ANTAQ e à SEP, respectivamente. Note-se que, no marco regulatório anterior, alterações nos valores das tarifas portuárias já necessitavam de aprovação da ANTAQ, mas passavam também pelo crivo dos CAPs.

⁶⁹ Houve, também, mudança na forma de composição dos CAPs. Antes, contavam com quatro blocos – Poder Público, operadores portuários, trabalhadores portuários e usuários – e agora contam com apenas três – Poder Público (incluindo representante da autoridade portuária), classe empresarial (que reúne operadores portuários e usuários) e trabalhadores portuários. Conjuntamente à alteração na composição do órgão, alterou-se também sua forma de deliberação. Nos moldes antigos, cada bloco possuía direito a um voto, enquanto agora os votos são individuais dos representantes que compõem cada bloco, sendo oito no bloco do Poder Público e quatro em cada um dos demais.

⁷⁰ “atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo”. (Lei 12.815/2013, art. 40, § 1º, II)

⁷¹ “contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações”. (Lei 12.815/2013, art. 40, § 1º, III)

conserto de carga⁷², vigilância de embarcações⁷³ e bloco), previa-se a obrigatoriedade de contratação de funcionários com vínculo indeterminado junto aos trabalhadores avulsos registrados nos OGMOs apenas em quatro casos: estiva, conferência, conserto e vigilância. A nova lei estendeu essa obrigatoriedade a todos os serviços.

---

⁷² “reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição”. (Lei 12.815/2013, art. 40, § 1º, IV)

⁷³ “atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação”. (Lei 12.815/2013, art. 40, § 1º, II)

3 Revisão bibliográfica

Tendo sido contextualizada a alteração dos critérios de adjudicação de instalações portuárias no Brasil com a Nova Lei dos Portos, este capítulo apresenta a revisão bibliográfica acerca do tema. Abordam-se: os critérios utilizados para a seleção dos concessionários⁷⁴ (item 3.1), aspectos do processo de seleção (item 3.2) e medidas para garantir a efetividade do processo de seleção (ou seja, para que a concessão atinja os objetivos pré-estabelecidos) [item 3.3]. Ao final, discorre-se também sobre aspectos da competição portuária e de regulação econômica, dada a maior relevância que a regulação passará a ter no Brasil com os novos processos de arrendamento (item 3.4).

A revisão bibliográfica e os exemplos internacionais aqui apresentados serviram de referência para a caracterização e análise dos novos critérios de adjudicação a serem adotados no Brasil, abordados no Capítulo 4.

3.1 Critérios de adjudicação

Há diversas referências bibliográficas acerca de critérios de adjudicação aplicados na concessão de serviços vinculados a obras de infraestrutura. ESTACHE e RUS (2000) trazem uma visão ampla sobre infraestruturas de transporte e sobre o setor portuário em específico. Diversas outras referências abordam diretamente os terminais portuários, com destaque para THEYS (2010) e NOTTEBOOM (2007).

Os critérios escolhidos devem estar alinhados com os objetivos finais da concessão (ESTACHE e RUS, 2000). A Figura 3 apresenta critérios de adjudicação tipicamente aplicados na concessão de infraestruturas de transporte em geral em função dos objetivos perseguidos pelo Poder Público em cada caso.

---

⁷⁴ Neste capítulo utilizam-se de forma ampla os termos concessionário e concessão para referir-se ao adjudicatário e à adjudicação.

Objetivos	Critérios de adjudicação						
	Menor prazo	Menor tarifa	Menor contrapartida	Maior valor de outorga	Maior número de empregos	Melhor plano de negócios	Menor VPL das receitas
Competição	✓	✓	✓	✓			✓
Capacidade e qualidade da infraestrutura						✓	
Benefícios aos usuários		✓				✓	✓
Arrecadação aos cofres públicos			✓	✓			✓
Baixa resistência política					✓		

Figura 3 – Critérios de adjudicação possíveis em função dos objetivos da concessão (Fonte: ESTACHE e RUS, 2000)⁷⁵

Além de pequenas variações nos critérios apontados por ESTACHE e RUS (2000) para concessões de infraestrutura de transportes em geral, para o caso específico do setor portuário, os próprios autores citam o melhor projeto ou o de menor custo, variável similar à de melhor plano de investimentos, e THEYS et AL (2010) acrescenta o maior compartilhamento de receitas com o Poder Público, também citado por NOTTEBOOM (2007) e UNCTAD (1998).

Naturalmente, há casos em que o Poder Público persegue, com as concessões, mais de um objetivo (dentre os citados acima ou outros). Embora isso possa direcionar a escolha da forma de seleção do vencedor para uma variável que contemple diferentes critérios (comumente adotada na Europa⁷⁶), ESTACHE e RUS (2000) ponderam que essa solução geralmente não se mostra adequada. A inclusão de diferentes dimensões implica na adoção de pesos, que geralmente carregam certo grau de subjetividade, diminuindo a transparência do processo e deixando

⁷⁵ A competição, na concepção usada pelos autores, refere-se à maior competição no processo de adjudicação em si.

⁷⁶ THEYS et al (2010).

maior margem para a eventual captura dos agentes públicos por algum proponente⁷⁷. A objetividade, clareza e publicidade dos critérios são apontadas pelos autores como fatores fundamentais para atrair um maior número de interessados e aumentar a chance de sucesso no processo de concessão. A importância desses aspectos é reforçada por THEYS et al (2010), que acrescenta ainda a necessidade de se atuar de forma a evitar a realização de conluíus entre potenciais interessados.

Cada um dos critérios citados é descrito em mais detalhes a seguir, com exemplos de sua aplicação no setor portuário, quando é o caso.

Menor tarifa

O participante vencedor do processo é aquele que oferece a menor tarifa para a prestação de serviços, geralmente refletida a partir de uma cesta de serviços essenciais. Este critério, através da competição *pelo mercado*⁷⁸, favorece os usuários, devendo o processo de seleção resultar em tarifas de prestação dos serviços adequadas (remuneração normal do capital do concessionário). Tem como vantagem a sua objetividade, ressalvado o fato de que a existência de múltiplos tipos de carga ou serviços pode aumentar a complexidade do processo (ESTACHE e RUS, 2000).

Uma das principais desvantagens do critério é a redução do incentivo para a realização de investimentos e o aumento da qualidade dos serviços, tendo em vista as restrições sobre a tarifa a ser cobrada dos usuários. Tal desvantagem pode ser mitigada no caso da adoção de modelo de *price-cap* que considere fatores de produtividade e ou qualidade na revisão dos valores máximos permitidos, de forma a incentivar a melhora nos serviços prestados (vide discussão em mais detalhes no item 3.4).

O maior risco a processos de seleção baseados na menor tarifa é, entretanto, o de verticalização (por parte de grandes exportadores ou importadores ou por

---

⁷⁷ Para obtenção de vantagens indevidas no processo de seleção.

⁷⁸ Resumidamente, a competição no processo de seleção. Para mais detalhes, ver item 3.4.

companhias de navegação, principalmente estas últimas). Proponentes verticalizados têm uma vantagem natural nesse tipo de processo licitatório, uma vez que podem ofertar valores de tarifas baixos e compensá-los em outros elos da cadeia, o que os torna vencedores naturais do processo e com que os ganhos do não sejam efetivamente transferidos aos usuários (ENGEL, FISCHER E GALETOVIC, 2004).

ENGEL, FISCHER E GALETOVIC (2004) analisam em detalhes processos de concessão de instalações portuárias por meio do critério de menor tarifa, com ênfase nos riscos da verticalização por parte de companhias de navegação.

Em caso de verticalização, o adjudicatário tende a sabotar ou excluir concorrentes no outro elo da cadeia (o transporte marítimo no caso específico tratado pelos autores). Esta exclusão pode ser feita através da prestação de serviços com menor qualidade ou produtividade, criação de barreiras burocráticas ou técnicas, entre outros. Excluída a concorrência, o operador verticalizado pode incorporar todos os ganhos para si, o que é economicamente ineficiente.

Os autores demonstram que, em caso da licitação de um terminal em condição de monopólio sob este critério, deve-se estabelecer-se um piso para o processo de escolha por menor tarifa que seja minimamente atrativo para operadores independentes e vedar a possibilidade de integração vertical com companhias de navegação.

O piso, idealmente, deve ser aquele em que operadores independentes e verticalizados enxergam o mesmo valor na oportunidade, garantindo, dessa forma, o maior benefício possível aos usuários – pisos superiores a esse patamar representam um custo maior aos usuários e os inferiores tornam o resultado natural do processo a verticalização por meio de acordo ilegal (dada sua vedação), sob a qual haveria repasse de custo em outro elo da cadeia. O ANEXO 1 traz um resumo da demonstração dos autores a respeito.

ENGEL, FISCHER e GALETOVIC (2004) citam ainda um exemplo que ilustra a análise teórica desenvolvida por eles e resumida acima. Os terminais de contêineres dos portos de Valparaíso e San Antonio, no Chile, foram concedidos no final da década de 90. À época os portos operavam basicamente no modelo de *tool ports* e

as autoridades chilenas chegaram à conclusão de que a melhor maneira para aumentar a produtividade das operações e, assim, diminuir o congestionamento que se verificava nesses portos era a concessão dos terminais a operadores únicos.

Para garantir que os benefícios do processo fossem efetivamente absorvidos pelos usuários foi aplicado o critério de menor tarifa, com a adoção de piso tarifário, e da melhor proposta financeira como critério de desempate, com participação restrita de companhias de navegação (limitada ao máximo de 40% do capital da empresa participante do processo). FOXLEY e MARDONES (2000), que também tratam do caso das concessões chilenas acrescentam a existência de diversas cláusulas anti-discriminatórias e de requisitos mínimos de qualidade na prestação dos serviços contidos nos contratos como forma adicional para mitigar o risco de monopolização da cadeia.

A melhor oferta para cada um dos terminais, conforme esperado, foi igual ao piso pré-estabelecido (cerca de 10% inferiores aos valores praticados antes da concessão) e a escolha foi feita a partir do critério de desempate (com valores de outorga que superaram as expectativas iniciais das autoridades chilenas). O consórcio que fez as melhores ofertas possuía entre seus componentes uma das principais companhias de navegação atuantes no mercado chileno à época, com 40% de participação. Como havia também uma restrição à concentração horizontal no processo (que impedia a adjudicação dos dois terminais a um mesmo proponente), a companhia recebeu apenas a concessão do terminal no Porto de San Antonio.

A análise dos primeiros anos da concessão feita pelos autores mostra que não houve alteração significativa na participação dessa companhia de navegação específica em relação à movimentação total no porto, indicando que as restrições impostas no processo alcançaram o objetivo de evitar a monopolização do mercado através da verticalização da cadeia. Os dados do Porto de Valparaíso, por sua vez, também indicam que houve sucesso quanto ao objetivo de aumentar a produtividade das operações mediante a concessão – no período de três anos, a produtividade da operação de contêineres dobrou.

Outro exemplo da aplicação desse critério de seleção é o caso de um terminal de contêineres no Porto de Callao, no Peru, concedido em 2006 (PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008). O governo estabeleceu um intervalo para a tarifa a ser ofertada entre \$69 e \$90 por TEU movimentado (entre a embarcação e o portão de acesso do terminal, ou vice-versa). Também nesse caso o piso do leilão foi alcançado por diversos competidores (três empresas ou consórcios, mais especificamente). Um único proponente ofertou valor de tarifa dentro do intervalo pré-estabelecido (\$75,13) e outras empresas inicialmente interessadas não apresentaram propostas (por considerarem o piso excessivamente baixo).

Dado que três proponentes apresentaram proposta igual ao piso tarifário, o vencedor do processo foi definido a partir do maior valor de outorga oferecido como critério de desempate. O vencedor ofertou \$144 milhões, ante \$95,5 milhões do segundo colocado. Nesse caso, entretanto, ao contrário da análise teórica feita por ENGEL, FISCHER e GALETOVIC (2004), o vencedor do processo foi um operador independente, a DP World.

Maior valor de outorga

O participante vencedor do processo é aquele que oferece a melhor oferta financeira ao Poder Concedente, via *down payment* (pagamento à vista) ou via pagamentos ao longo da vida do contrato. O principal objetivo na adoção deste critério costuma ser a arrecadação de recursos pelo Poder Concedente. O critério traz consigo também a vantagem da objetividade e simplicidade, já que cada ofertante converte naturalmente o valor enxergado em uma oportunidade de negócios em um valor financeiro. Dessa forma, tende-se a alcançar um processo mais competitivo (maior número de proponentes).

Este critério é largamente utilizado em concessões de instalações portuárias. Como exemplo, podem se citar os casos do Porto de Buenos Aires (ESTACHE, 1999), do Porto de Hong Kong (WORLD BANK, 2007) e de portos colombianos (NAVARRETE, 2004). Foi também, conforme já discutido, o principal critério aplicado na adjudicação de instalações portuárias no Brasil nos últimos 20 anos.

Tal critério, entretanto, pode acarretar em ônus aos usuários, na medida em que o valor do pagamento ofertado pela proponente vencedora do processo poderá ser repassado indiretamente a eles nos preços cobrados. Tal problema é mitigado em caso de ambientes competitivos ou sob regulação tarifária. É comum a adoção desse critério de forma combinada com tetos tarifários especificados nos editais. Foi o caso, por exemplo, na concessão dos terminais do Puerto Nuevo, em Buenos Aires – Argentina (ESTACHE e CARBAJO, 1996).

Menor contrapartida do Poder Concedente

O participante vencedor do processo é aquele que requer a menor contrapartida financeira por parte do Poder Concedente. Naturalmente, este critério faz sentido somente em casos de concessões deficitárias, que exigem aportes por parte do Poder Concedente para atrair o interesse de concessionários privados. Este critério proporciona maior competição no processo de seleção e visa onerar o mínimo possível o Poder Concedente. Há casos de aplicação deste modelo em concessões portuárias na Índia e em Omã (WORLD BANK, 2007).

Esse critério é definido como um possível critério auxiliar aos novos procedimentos licitatórios a serem realizados no Brasil, embora não esteja contemplado na primeira leva de arrendamentos.

Maior compartilhamento de receita

O participante vencedor do processo é aquele que oferece o maior compartilhamento (porcentual) das receitas com o Poder Concedente, com o objetivo principal de maior arrecadação aos cofres públicos.

Esse critério é semelhante ao de maior valor de outorga; entretanto, como o valor de remuneração ao Poder Concedente é proporcional às receitas efetivamente verificadas ao longo do contrato (e não pré-definido), ocorre compartilhamento dos riscos de mercado (demanda e preços) entre o concessionário e o Poder Concedente. Sob esse modelo, é necessária uma atuação mais forte do regulador

quanto ao controle das receitas do concessionário, de forma a evitar que este mascare receitas visando pagar menos ao Poder Concedente.

Este critério foi utilizado, por exemplo, em 2004, na concessão tipo BOT⁷⁹ para desenvolver o Terminal de Contêineres Rajiv Gandhi, em Cochin, Índia⁸⁰. O vencedor ofereceu 30% da receita⁸¹ à Autoridade Portuária (WORLD BANK, 2007), ante 10% da segunda maior oferta.

Menor valor presente líquido da receita

O participante vencedor do processo é aquele que oferece o menor valor presente líquido das receitas. Neste caso, o processo de seleção pré-determina a remuneração do concessionário (através do VPL das receitas) e o prazo da concessão é variável, sendo encerrado quando as receitas efetivamente verificadas ao longo da vida do contrato alcançam o valor pré-definido. Não foi encontrada referência a exemplo específico de aplicação deste critério na concessão de instalações portuárias. ENGEL, FISCHER e GALETOVIC (2004) discutem a aplicação desse critério na concessão de rodovias.

Melhor plano de negócios

O participante vencedor do processo é definido a partir do julgamento de seu plano de negócios, a partir de critérios técnicos. O julgamento geralmente é feito através de uma matriz de decisão, que considera múltiplos aspectos, geralmente inclusos aspectos comerciais (especialmente a expectativa de movimentação de cargas), econômicos (contribuição à economia regional) e de infra e superestrutura (projeto

---

⁷⁹ *Build-operate-transfer*, modelo no qual o concessionário é responsável pela implantação da infraestrutura, a qual tem um prazo para operar e que depois é transferida ao Poder Público.

⁸⁰ Este terminal foi estrategicamente concebido para competir com o Porto de Colombo pelo mercado regional de transbordo.

⁸¹ Porcentual posteriormente renegociado para 25%.

do terminal) e, eventualmente, ambientais e sociais (NOTTEBOOM, 2007, e PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008).

A adoção desse critério geralmente tem como objetivos a maior capacidade e qualidade da infraestrutura e tende, assim, a favorecer os usuários. Trata-se de critério interessante também do ponto de vista dos proponentes, posto que a escolha é técnica e não financeira.

É fundamental, entretanto, na adoção desse critério, a credibilidade do Poder Concedente. Posto que se trata de uma escolha técnica, necessariamente haverá algum grau de subjetividade dos critérios. Para que o processo não seja alvo de questionamentos, deve ser transparente e buscar a maior objetividade possível. ESTACHE e RUS (2000) apontam ainda a possibilidade de utilização de especialistas internacionais para tornar o processo mais sólido. PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN (2008), apesar de reconhecerem a importância da qualidade do plano de negócios como critério, questionam se a habilidade de o concessionário atrair carga para o terminal é melhor avaliada através de seu plano de negócios ou do valor que este está disposto a pagar pelo direito de explorar a concessão – posto que um interessado que possa atrair maior volume de carga naturalmente estaria propenso a oferecer uma proposta financeira maior ao Poder Concedente.

Geralmente este critério é aplicado conjuntamente com critérios financeiros e é comum na Europa. São exemplos de portos que consideram o plano de investimentos como critério nas concessões de instalações portuárias os portos de Roterdã, Barcelona e Antuérpia.

Em Roterdã, utilizaram-se os seguintes critérios e pesos (PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008):

1. Proposta financeira – 40%: relativa à capacidade de gerar receitas adicionais aos aluguéis e taxas portuárias;
2. *Business plan* – 25%: relativo à capacidade de atrair cargas adicionais para o porto e ao aumento da rede de relacionamentos do porto;
3. Sustentabilidade – 20%: avalia o grau de impacto na região, a distribuição de modais relacionados e emissões de poluentes; e

4. Conceito – 15%: avalia a qualidade e eficiência do terminal.

No Porto de Barcelona, os seguintes critérios e pesos foram considerados: (PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008)

1. *Business plan* – 30%;
2. Técnicas e operações – 40%; e
3. Proposta financeira – 30%.

Parte dos novos critérios a serem adotados na adjudicação de instalações portuárias no Brasil, os de maior capacidade dinâmica ou estática e menor tempo de movimentação (entre os critérios principais) e de maior valor de investimento e de melhor técnica (entre os critérios auxiliares), se enquadra nesta categoria.

Menor prazo

O participante vencedor do processo é aquele que oferece um menor prazo de duração da concessão. Nesse caso, prioriza-se a competição *pelo mercado* (vide discussão aprofundada no item 3.4), através da realização de um maior número de licitações no longo prazo. Sob esse critério, o concessionário vencedor tem os incentivos corretos para buscar o aumento da movimentação e a maior eficiência, para maximizar seu retorno. Entretanto, especialmente se o prazo for curto, o concessionário terá menor incentivo para a realização de investimentos.

Não foi encontrada referência a exemplo específico de aplicação deste critério na concessão de instalações portuárias. ESTACHE (1999) cita sua aplicação no caso de rodovias pedagiadas no México, além de uma variação desse modelo, também em rodovias pedagiadas, no Chile.

Maior número de empregos

O participante vencedor do processo é aquele que oferece o maior número de empregos (novos ou manutenção de empregados existentes), ou concede o maior número de benefícios a eles. Este critério objetiva minimizar o impacto social e a resistência política ao processo de concessão e justificar-se-ia, principalmente, no caso de processos pioneiros de inserção da iniciativa privada na prestação de

serviços de transporte. Tal critério, entretanto, reduz a liberdade dos concessionários e tende a torná-los menos competitivos. Não foi encontrada referência a exemplo específico de aplicação deste critério na concessão de instalações portuárias – alguns arrendamentos de terminais no Brasil previam a absorção de parte do contingente de mão de obra existente, entretanto, como obrigação contratual e não como critério de seleção.

Segundo diversos autores⁸², os critérios mais utilizados nas concessões de instalações portuárias são os de maior valor de outorga e de menor tarifa. THEYS et al (2010) levanta a pergunta de qual seria o critério financeiro mais adequado e afirma a preferência da OCDE⁸³ pelo primeiro (em processos competitivos), em virtude da falta de flexibilidade dos leilões baseados em tarifas frente a mudanças no mercado e a consequente ameaça de renegociação de contratos. UNCTAD (1998) também manifesta restrições acerca do critério de menor tarifa em razão da dificuldade de auferir os preços efetivamente praticados e prever de forma precisa o nível de atividade e os diversos outros fatores que podem afetar os preços no futuro.

NOTTEBOOM (2008) traz os resultados de uma ampla pesquisa realizada com autoridades portuárias de diversos países da Europa acerca dos procedimentos de concessão de licitações portuárias (realizados ou em curso nos anos precedentes à pesquisa). Neste relatório, fica mais clara a opção, comumente, por licitações multicritério nos países do continente. A Figura 4, retirada da referência, traz os resultados da pesquisa acerca dos critérios utilizados pelas autoridades portuárias, de acordo com a importância dada a cada um deles (*Rank 1* = critério mais importante).

---

⁸² CRAMPES e ESTACHE (1997), TRUJILLO e NOMBELA (1999), ESTACHE e RUS (2000) e THEYS et al (2010), por exemplo.

⁸³ Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Figura 4 – Critérios de adjudicação utilizados na Europa (Fonte: NOTTEBOOM, 2008, pp.15)

A figura deixa claro que a movimentação esperada do terminal é mais frequentemente o critério de avaliação ao qual se atribui o maior peso (em mais de 50% dos casos) e também o critério mais utilizado como um todo (não é considerado na avaliação de menos de 5% dos casos). Em seguida, vem o que o autor denomina “*price bid*”, a proposta financeira – critério principal em cerca de 30% dos casos e considerada em cerca de 70% dos processos.

Outros critérios com peso importante são (em ordem de relevância como primeiro ou segundo critério mais importante): proposta técnica para o terminal; outros aspectos financeiros da proposta (além da proposta financeira em si); contribuição com o desenvolvimento econômico da região ou país; contribuição com a geração de empregos na região ou país; e fatores relacionados à competição *intraporto* (ver item 3.4). A vasta maioria desses aspectos são característicos de processos de seleção que envolvem a avaliação do plano de negócios do terminal, que traz os elementos técnicos e econômicos da proposta.

No que tange especificamente à proposta financeira, esta geralmente corresponde ao maior valor da outorga, sob regime de liberdade de precificação dos serviços, ou

à menor tarifa a ser cobrada dos usuários, dado um pagamento pré-estabelecido ao Poder Concedente. A primeira foi adotada em cerca de 44% dos casos avaliados na pesquisa (dentre aqueles em que a proposta financeira foi considerada dentre os critérios); e a segunda em aproximadamente 27%. O percentual de receita a ser compartilhado com o Poder Concedente (geralmente a própria autoridade portuária) foi adotado em cerca de 8% dos casos e critérios diversos respondem pelo restante.

3.2 Processo de adjudicação

THEYS et al (2010) faz uma ampla caracterização de aspectos do processo de adjudicação de terminais portuários. Os autores dividem o processo em três etapas: (i) etapa pré-adjudicação, que envolve a elaboração dos estudos que embasam a concessão e a definição dos critérios a serem considerados no processo de seleção; (ii) etapa de adjudicação, em que os candidatos são selecionados, têm suas propostas avaliadas e o vencedor do processo é escolhido; e (iii) etapa pós-adjudicação, em que o contrato de concessão é assinado e seu cumprimento é monitorado, bem como eventuais intervenções por parte do Poder Concedente são necessárias.

A Figura 5, retirada de THEYS et al (2010), apresenta esquematicamente as três etapas, levantando aspectos críticos a cada uma delas que serão discutidos em mais detalhes adiante:

1. Etapa pré-adjudicação: qual o objeto da adjudicação? Que critério deverá ser utilizado?
2. Etapa de adjudicação: geralmente composta de duas fases: pré-qualificação e seleção, que pode ser por meio de processo competitivo (leilão) ou negocial. Aspectos críticos a serem respondidos: quem se qualifica? Como selecionar o vencedor?
3. Etapa pós-adjudicação: como monitorar o concessionário?

Figura 5 – Etapas do processo de adjudicação de terminais portuários (Fonte: THEYS et al, 2010, pp38)

Na primeira etapa, o Poder Concedente (geralmente a autoridade portuária) deve, inicialmente, definir o objeto da concessão. Deve levar em conta aspectos como (THEYS et al, 2010⁸⁴):

- A delimitação precisa do local a ser concedido, incluindo a descrição das instalações existentes e respectivas condições, quando for o caso. Aqui, os autores ressaltam a importância de que o Poder Concedente faça uma descrição precisa da área a ser concedida, dando publicidade às informações, sob pena de eventualmente aumentar os custos de transação (já que informações pouco precisas ou sem credibilidade levariam os interessados a ter de fazer suas próprias análises e levantamentos de campo) e diminuir o número de interessados. Haveria, ainda, um maior risco de renegociações contratuais futuramente;
- As atividades a serem prestadas (tipos de carga a serem movimentados), especialmente se o terminal deve ser dedicado a um tipo específico de produto ou atender a múltiplas cargas. A tendência, nesse caso, principalmente em portos mais desenvolvidos, é de opção por terminais dedicados, visando dar maior eficiência às operações;

⁸⁴ THEYS et al (2010) serviram de referência para a definição dos aspectos e foram complementados pelas demais referências, conforme indicado oportunamente ao longo da seção.

- A possibilidade de faseamento da concessão (divisão da área da concessão em lotes que são disponibilizados ao concessionário conforme metas pré-estabelecidas são cumpridas);
- A divisão de riscos entre o Poder Concedente e o futuro concessionário. Ou seja, a definição precisa de quais são os riscos expressamente atribuídos ao ente privado e quais aqueles que podem ensejar a revisão de parâmetros contratuais por parte do governo. De maneira geral, os riscos devem ser alocados ao agente que melhor pode gerenciá-los. Dentre os principais riscos, tipicamente são atribuídos ao concessionário: riscos de mercado (já que o mesmo costuma ter influência direta sobre a demanda através da precificação e da qualidade dos serviços prestados); e riscos associados à aquisição e implantação de equipamentos (que são de responsabilidade do concessionário no caso de *landlord ports*). A alocação de riscos associados a obras de infraestrutura depende principalmente de quem é a responsabilidade sobre a realização de tais obras, podendo ser da iniciativa privada ou não. ESTACHE e RUS (2000) e TRUJILLO e NOMBELA (1999) acrescentam ainda os riscos associados aos custos de operação, riscos financeiros e riscos ambientais, geralmente atribuíveis ao concessionário, que tem gestão direta sobre eles ou pode lançar mão de seguros;
- A duração do contrato. ESTACHE e RUS (2000) apontam que há um *trade off* a ser realizado por parte do Poder Concedente: quanto maior o prazo, maior a atratividade do negócio e o interesse do concessionário em realizar investimentos, mas menor a disponibilidade de informações ao regulador e maior o risco de a concessão não trazer os devidos benefícios aos usuários. NOTTEBOOM (2007) adiciona ainda que prazos menores diminuem as barreiras de entrada a novos competidores, já que, assim, processos de concessão são realizados mais frequentemente. Naturalmente, concessões que prevejam maior necessidade de realização de investimentos devem ter prazos maiores, suficientes para que o concessionário remunere o capital investido;
- Os pagamentos a serem realizados pelo concessionário e a forma de pagamento. Mesmo quando o critério de adjudicação envolve uma proposta

financeira, são pré-definidos pagamentos mínimos na etapa anterior à seleção, aos quais essa proposta deve se somar. Os pagamentos podem ser fixos ou variáveis (proporcionais à movimentação de cargas), geralmente sendo feita uma composição das duas formas, como é o caso de concessões realizadas na Argentina e no Brasil (ESTACHE e RUS, 2000);

- Os parâmetros de eficiência mínimos a serem exigidos do concessionário e os respectivos mecanismos punitivos ou de recompensa;
- As regras aplicáveis ao término do prazo da concessão, especialmente no que tange aos direitos sobre os ativos que a compõem. Devem prever quais serão os ativos reversíveis (isto é, que permanecerão na área da concessão) e eventuais indenizações por investimentos não amortizados realizados pelo concessionário.

Num segundo momento desta etapa, o Poder Concedente deverá definir qual o critério de seleção a ser aplicado, em função dos objetivos perseguidos com a concessão, conforme discutido na seção 3.1.

A segunda etapa, que consiste na adjudicação em si do terminal, é geralmente caracterizada por duas fases: a pré-qualificação de proponentes e o processo de seleção (THEYS et al, 2010; ESTACHE e RUS, 2000; NOTTEBOOM, 2007; TRUJILLO e NOMBELA, 1999⁸⁵).

A pré-qualificação, embora comum, nem sempre é adotada. Nessa fase, busca-se pré-selecionar interessados que tenham melhores condições para que a concessão seja bem sucedida, mediante o uso de critérios técnicos e objetivos⁸⁶. Os dois critérios mais utilizados nessa fase são a experiência prévia em operações

---

⁸⁵ A separação do processo de adjudicação nessas duas etapas é bastante comum e citada por inúmeros autores. Citam-se aqui alguns deles com maior afinidade com o tema desta dissertação.

⁸⁶ No caso da concessão do Porto de Mar del Plata, na Argentina, por exemplo, as informações sobre a experiência e a capacidade financeira dos proponentes foram condensadas em um único índice. Um resultado mínimo neste índice definia a pré-qualificação ou não dos interessados. (TRUJILLO e NOMBELA, 1999)

similares⁸⁷ e a capacidade financeira dos interessados^{88,89} (THEYS et al, 2010; ESTACHE e RUS, 2000; NOTTEBOOM, 2007; TRUJILLO e NOMBELA, 1999).

É geralmente nessa fase que se impõem também eventuais restrições à participação no processo, visando, principalmente, evitar a concentração horizontal do mercado (vedando, por exemplo, adjudicatários de instalações similares no mesmo porto a participarem do processo)⁹⁰. A adoção da pré-qualificação aumenta a probabilidade de o vencedor do processo atender aos requisitos da concessão e simplifica a fase de seleção (por ter reduzido o número de candidatos a serem avaliados). Por outro lado, diminui a velocidade do processo (dado o tempo exigido para a realização da pré-qualificação e o risco de questionamento por parte de interessados excluídos) e pode tornar a posição do Poder Concedente menos favorável no processo de seleção (caso apenas um número excessivamente pequeno de interessados passe pela pré-qualificação) [CRAMPES e ESTACHE, 1997].

---

⁸⁷ No caso da concessão de um terminal de contêineres no Porto de Barcelona, a participação no processo era restrita a empresas que tivessem experiência na gestão de um terminal com movimentação mínima de 500.000TEU (ou, em caso de consórcio, que houvesse pelo menos uma empresa com 25% do capital do consórcio ou mais que cumprisse tal requisito). (PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008).

⁸⁸ Por exemplo, exigir que o lucro mínimo do proponente (empresa individual ou consórcio) seja equivalente a parte significativa dos investimentos iniciais previstos na concessão. Para a verificação da capacidade financeira, os proponentes devem apresentar as respectivas demonstrações financeiras auditadas. (NOTTEBOM, 2007)

⁸⁹ ESTACHE e CARBAJO (1996) relatam um caso de não cumprimento de requisitos financeiros por uma parte integrante de um consórcio em concessão de um terminal no Porto de Buenos Aires, que levou à desqualificação do mesmo e à adjudicação do terminal ao segundo colocado no processo. Após processo judicial, entretanto, o consórcio vencedor e o segundo colocado entraram em acordo para compor um novo consórcio conjunto.

⁹⁰ Foi o caso, por exemplo, na concessão de terminais portuários no Porto de Buenos Aires na década de 90. Um total de seis terminais foi concedido e cada empresa poderia ser adjudicatária de apenas um deles (ESTACHE e RUS, 2000). Restrições à concentração horizontal foram também impostas na reforma privatizante de portos no México, inicialmente vedando-se que uma mesma empresa detivesse mais de um terminal em cada costa – Pacífico e Atlântico (ESTACHE, GONZÁLEZ e TRUJILLO, 2001).

Após essa fase, os interessados pré-qualificados são submetidos ao processo de seleção em si. A seleção pode se dar através de leilão⁹¹ (sob parâmetros pré-definidos) ou de forma negocial, ou ainda, por meio de um processo de leilão seguido pela negociação entre o ofertante da melhor proposta e o Poder Concedente^{92,93}, sendo este o processo mais utilizado atualmente (THEYS et al, 2010; ESTACHE e RUS, 2000; PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008). Há ainda casos de escolha direta do adjudicatário (ou a partir de um pequeno grupo de interessados) e posterior negociação dos termos da concessão, embora a aplicação deste processo seja menos comum e naturalmente sujeita a mais questionamentos quanto ao eventual favorecimento a uma empresa específica^{94,95}.

Comparativamente ao processo de leilão com critérios pré-definidos a serem cumpridos pelo futuro concessionário, processos negociais são caracterizados por uma menor transparência e um maior grau de subjetividade no processo (ressalvado o fato de que os critérios de avaliação de propostas em um leilão também podem

---

⁹¹ Procedimento utilizado na concessão do terminal de contêineres *Muelle Prat Wharf* no Porto de Barcelona. (PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008)

⁹² Modelo conhecido como *competitive bidding*. Processo utilizado, por exemplo, nos casos das concessões do terminal *Deurganckdock* no Porto de Antuérpia e em um dos dois terminais do Maasvlakte 2, maior expansão recente voltada à movimentação de contêineres no Porto de Roterdã. (PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008)

⁹³ Esse modelo foi recentemente institucionalizado no Brasil com a criação do RDC (Regime Diferenciado de Contratações), que pode ser aplicado de forma subsidiária às disposições da Nova Lei dos Portos.

⁹⁴ O modelo de negociação direta foi utilizado, por exemplo, pela Port of Rotterdam Authority na concessão de um dos dois terminais do Maasvlakte 2, no Porto de Roterdã. No caso de um dos terminais, a autoridade portuária negociou diretamente com a APM Terminals e terminou por lhe adjudicar o terminal. (PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN, 2008)

⁹⁵ Houve questionamento à aplicação de negociação direta na concessão do maior terminal de contêineres da Grécia, no Porto de Piraeus, em que a Comissão Europeia questionou a realização de negociações diretas entre os governos grego e chinês para a adjudicação do terminal à companhia chinesa COSCO. Após os questionamentos, o terminal acabou por ser concedido por meio de processo de *competitive bidding*.

envolver subjetividade, especialmente em caso de seleções baseadas em múltiplos critérios, conforme discutido no item 3.1). A negociação, entretanto, dá maior flexibilidade ao Poder Concedente, que pode chegar ao melhor resultado técnico para a concessão, alterando requisitos inicialmente mal definidos (sub ou superestimados). A combinação de ambas as formas num mesmo processo de seleção reúne suas vantagens, mas, se por um lado permite que o Poder Concedente negocie uma melhora nos parâmetros com o vencedor do leilão, por outro, abre a possibilidade de interessados fazerem ofertas não realistas no leilão buscando sua renegociação em seguida. Naturalmente, ao contar com uma fase adicional, o processo também se torna mais complexo (e lento).

A Figura 6, adaptada de THEYS et al (2010), apresenta um resumo das possíveis estruturas de um processo de adjudicação, a partir da combinação das fases e modalidades descritas acima, e aponta potenciais problemas associados a cada uma delas. Naturalmente, em todos os casos passa-se também pelas etapas de pré-adjudicação e, posteriormente, pós-adjudicação.

Figura 6 – Estruturas possíveis do processo de adjudicação (Fonte: THEYS et al, 2010, pp45; elaboração própria)

No caso da opção pela realização de leilão, há algumas variantes possíveis (THEYS et al). Um primeiro fator a ser considerado é se o processo será aberto ou mediante envelopes fechados. No segundo caso, que tem sido mais comumente utilizado no setor portuário⁹⁶, especialmente quando o critério é complexo, os concorrentes não têm informações sobre o valor enxergado pelos demais na oportunidade de negócio. Dessa forma, o risco de cooperação e conluio entre os participantes é menor em relação ao leilão aberto (CRAMPES e ESTACHE, 1997).

Em caso de leilões abertos, com lances progressivos, o modelo mais difundido é o de “ofertas crescentes”: parte-se de um valor mínimo definido pelo Poder Concedente e os participantes dão lances crescentes até que nenhum participante esteja disposto a cobrir a maior oferta. Há também o modelo inverso, conhecido com *Dutch Auction*, em que se estabelece um valor alto de partida, que vai sendo reduzido até que algum dos participantes esteja disposto a pagá-lo (THEYS et al, 2010).

Por fim, na etapa pós-adjudicação, o Poder Concedente exerce o monitoramento do cumprimento das disposições contratuais por parte do concessionário. É fundamental que tais requisitos (bem como a alocação de riscos) tenham sido bem definidos anteriormente, de forma a diminuir a possibilidade de o concessionário forçar a revisão do contrato (ou seu reequilíbrio econômico financeiro), posto que tais renegociações podem eliminar os ganhos do processo competitivo de adjudicação (THEYS et al, 2010).

Aplicação dos processos licitatórios na prática

Os resultados da pesquisa de concessões de terminais portuários na Europa (NOTTEBOOM, 2008) apontam as escolhas típicas quanto aos processos de adjudicação.

---

⁹⁶ Este foi também o modelo adotado no Brasil nos últimos arrendamentos de terminais portuários.

Em 74% dos casos pesquisados, a seleção foi feita por meio de leilão (seguido ou não de negociações com o vencedor do certame), 12% através de processo de negociação com interessados pré-qualificados e 14% através de negociação direta. O autor ressalta, entretanto, que neste último caso tratava-se, via de regra, da expansão de terminais existentes, onde, de fato, não faz sentido a realização de processos competitivos.

Dos casos em que houve processo competitivo (exclusas as negociações diretas), apenas 36% foram feitos em uma fase única, sem a pré-qualificação dos candidatos. Em 33% dos casos, o vencedor foi selecionado em uma segunda fase após a pré-qualificação e nos cerca de 30% restantes foram realizadas mais de duas fases para a redução do número de candidatos.

3.3 Medidas de garantia de efetividade do processo de adjudicação e outras variáveis reguladas

A análise de processos de adjudicação e dos respectivos critérios de seleção deve abranger a avaliação das medidas que buscam garantir que os objetivos perseguidos no instante do processo de seleção sejam efetivamente alcançados ao longo da vida dos contratos. Através dessas medidas, diminui-se a probabilidade de haver comportamento oportunista por parte de proponentes e garante-se a efetividade do processo.

Dentre os principais aspectos regulados nos contratos de concessão que cumprem essa função, têm destaque na literatura: (i) os valores de remuneração do Poder Concedente; (ii) tarifas-teto (*price-caps*) para a prestação de serviços; (iii) exigências mínimas de movimentação de cargas; (iv) exigências mínimas de investimentos; (v) parâmetros de eficiência e qualidade; e (vi) obrigações de universalidade e isonomia na prestação dos serviços. Cada um desses aspectos é descrito na sequência, a partir da análise de referências bibliográficas.

Naturalmente, tão relevante quanto o estabelecimento de requisitos mínimos adequados às variáveis a serem reguladas é a definição de mecanismos de penalização em caso de descumprimento dos mesmos. ESTACHE e RUS (2000)

ponderam que o nível ideal das sanções a serem aplicadas corresponde ao benefício marginal líquido obtido pelo concessionário no caso do descumprimento dos parâmetros de eficiência e de qualidade. Dessa forma, elimina-se o incentivo para a prestação dos serviços em nível inferior. O cálculo desse benefício marginal associado a cada um dos parâmetros é, entretanto, de difícil mensuração.

Os mesmos autores ressaltam ainda a importância de que as sanções e penalidades estejam previstas de forma clara e objetiva no contrato e que o agente regulador (mais comumente a autoridade portuária) deve realizar o acompanhamento e inspeção periódica do cumprimento dos requisitos, aplicando as sanções quando necessário. O regulador deve zelar para que não tenha a reputação de ser permissivo, do contrário afrouxam-se os incentivos ao cumprimento das obrigações por parte dos concessionários. No limite, uma má reputação pode levar até mesmo a processos de seleção menos eficientes, uma vez que potenciais interessados podem fazer ofertas levando em conta a possível omissão ou benevolência do regulador no futuro.

Remuneração do Poder Concedente

A remuneração do Poder Concedente pode ser definida *ex ante* ou durante o processo de adjudicação, a depender de ser incluída ou não dentre os critérios para a escolha do concessionário. Mesmo nos casos em que o parâmetro é um dos critérios, valores mínimos de remuneração são definidos *a priori*. O valor da proposta pode ser pago à vista (*down payment*) ou ser adicionado aos valores de pagamento regulares ao longo da vida do contrato.

Segundo ESTACHE e RUS (2000), normalmente a remuneração do Poder Concedente é feita por meio de pagamentos fixos em bases anuais. São comuns também, entretanto, modelos mistos, com pagamentos fixos e pagamentos variáveis proporcionais à movimentação efetiva de carga, modelo que era aplicado no Brasil até a alteração do marco regulatório e também é adotado na Argentina. Neste caso, parte do risco de mercado é partilhada entre o investidor privado e o Poder Público.

Outras formas possíveis de remuneração são pagamentos fixos progressivos ao longo da vida do contrato ou um percentual da receita do concessionário (UNCTAD, 1998).

A existência de valores (especialmente os fixos) a serem pagos ao Poder Concedente atua como incentivo natural para que os concessionários busquem atrair volumes adicionais de demanda e maior eficiência.

Tarifas-teto

A regulação das tarifas cobradas dos usuários pelo concessionário é aplicada principalmente no caso de processos de seleção baseados no critério de menor tarifa – a tarifa ofertada passa a ser o teto regulado. Naturalmente, a verificação do cumprimento do valor ofertado ao longo da vida do contrato é essencial para que o processo de adjudicação alcance seu objetivo final de beneficiar os usuários.

Concessões feitas com base em outros critérios geralmente não contam com tarifas-teto pré-definidas, estando sujeitas apenas a alguma forma de regulação que coíba a prática de preços abusivos (ESTACHE e RUS, 2000), exceção feita a casos em que o risco de adoção de práticas anti-competitivas por parte do concessionário é iminente. Em alguns casos em que o plano de negócios do proponente é avaliado no processo de seleção, podem-se adotar as tarifas consideradas na modelagem como teto.

Movimentação mínima

Cláusulas de movimentação mínima são extremamente comuns em contratos de concessão de instalações portuárias. A exigência de um patamar mínimo atende principalmente a três objetivos (NOTTEBOOM, 2007): garantir um uso minimamente eficiente do ativo público (e geralmente escasso)⁹⁷; incentivar o concessionário a

---

⁹⁷ Passa-se também, assim, um sinal positivo às demais partes afetas às operações portuárias (*stakeholders*), especialmente à comunidade e a ambientalistas, quanto à intenção do regulador (geralmente a autoridade portuária) de dar um uso racional à área (NOTTEBOOM, 2007).

dar um giro elevado aos ativos, mesmo em casos em que os pagamentos a serem feitos ao Poder Concedente não deem o incentivo correto (sejam demasiadamente baixos); e diminuir as barreiras de entrada a novos competidores no mercado – dado que, mediante o descumprimento recorrente da exigência de movimentação mínima o Poder Concedente pode realocar parte da área a outros operadores⁹⁸. A estes, pode-se acrescentar a garantia de uma remuneração mínima ao Poder Concedente em casos em que parte da remuneração é variável – a remuneração mínima é dada pelo requisito mínimo de movimentação, mesmo que a movimentação efetivamente realizada seja inferior ao requisito.

Segundo NOTTEBOOM (2007) e THEYS et al (2010), a exigência de movimentação mínima é o indicador de desempenho mais comumente empregado em contratos de concessão de instalações portuárias. O descumprimento do requisito geralmente implica na aplicação de penalidade variável e, no limite, na cessação da concessão.

O já referido relatório sobre a pesquisa acerca de concessões recentes ou em curso na Europa (NOTTEBOOM, 2008) corrobora com a importância deste requisito: mais de 90% das concessões analisadas continham cláusulas com exigências mínimas de movimentação.

Investimentos mínimos

Em casos de concessões que prevejam a realização de investimentos significativos, seja na remodelação ou expansão da estrutura existente (concessões *brownfield*) ou na implantação de novas estruturas (concessões *greenfield*), requisitos mínimos relativos a esses investimentos são incluídos nos contratos. Geralmente, incluem-se requisitos técnicos (características e materiais das obras a serem realizadas, entre outros) e de prazo para a execução dos investimentos (ESTACHE e RUS, 2000). Em alguns casos, o valor monetário mínimo dos investimentos é estipulado no contrato – procedimento adotado em cerca de 40% das concessões recentes de instalações portuárias na Europa (NOTTEBOOM, 2008).

---

⁹⁸ Mediante, naturalmente, previsão contratual para tanto.

Parâmetros de eficiência e qualidade

A regulação de parâmetros de eficiência e qualidade na prestação dos serviços visa, a exemplo da exigência de movimentação mínima, dar uso eficiente ao ativo público, além de garantir que os usuários efetivamente colham benefícios do processo de concessão.

Diversos são os possíveis critérios que podem ser exigidos. Dentre outros (UNCTAD, 1998):

- Medidas de produtividade (quantidade produzida por unidade de tempo):
  - Produtividade de embarque ou desembarque;
  - Produtividade por equipamento de embarque ou desembarque;
  - Produtividade do cais (ou berço);
  - Produtividade da área total do terminal;
  - Produtividade da área de armazenagem do terminal;
- Medidas de utilização (uso do ativo em função de sua capacidade máxima em dado período de tempo):
  - Utilização do cais (ou berço);
  - Utilização da capacidade de armazenagem;
  - Utilização dos equipamentos;
  - Utilização dos portões de acesso (*gates*) do terminal
- Medidas de qualidade do serviço (prestado aos usuários):
  - Tempo total de ciclo do navio;
  - Tempos de operação de veículos terrestres (rodoviários ou ferroviários).

Universalidade e isonomia

A universalidade e a isonomia no atendimento dos usuários são exigências típicas na concessão de serviços públicos, com o objetivo de evitar a discriminação dos usuários. Tal exigência mostra-se especialmente relevante em casos de operadores verticalizados, conforme discutido no item 3.1.

3.4 Competição e regulação econômica no setor portuário

O novo marco regulatório do setor portuário no Brasil deu maior relevância à regulação econômica (através do controle de tarifas), visando à redução de custos aos usuários. Tal fato fica nítido na análise dos editais e contratos dos primeiros arrendamentos previstos sob as novas regras: de um total de 46 arrendamentos, 10 têm como critério de adjudicação a menor tarifa e outros nove têm regulação por meio de tarifas-teto, ou seja, mais de 40% do total estará sujeito à regulação econômica.

Em razão disso, essa seção traz uma visão geral sobre aspectos de competição portuária e regulação econômica no setor, principalmente situações nas quais ela deve ocorrer e quais os mecanismos possíveis para sua aplicação.

Inicialmente, cumpre fazer uma distinção entre competição **no mercado** e competição **pelo mercado**. A primeira consiste no caso mais comum, em que um número n de empresas estabelecidas compete na prestação de serviços (ou venda de produtos) – competição *ex post* (ou **no mercado**). A competição **pelo mercado** (*ex ante*), no âmbito da concessão de infraestrutura, ocorre geralmente quando não há justificativa econômica para que um dado serviço seja prestado por mais de um agente. Nesse caso, a competição se dá através da adoção de um processo competitivo para a escolha do concessionário, geralmente licitatório. No caso do setor portuário, são comuns casos de concessões sujeitas a ambas as formas: o concessionário é selecionado através de uma licitação (ou similar) e também submetido posteriormente à competição com terminais semelhantes (ESTACHE, GONZÁLEZ e TRUJILLO, 2001).

No âmbito do setor portuário, tipicamente definem-se três formas de competição **no mercado** (WORLD BANK, 2007⁹⁹):

---

⁹⁹ A definição dessas três formas de competição no setor portuário é bastante difundida e citada por vários outros autores também consultados ao longo da elaboração desta dissertação. Aqui cita-se WORLD BANK (2007), pois a descrição seguinte nele se baseia.

1. Competição intraterminal: competição entre operadores portuários que prestam serviços similares dentro de um mesmo terminal (compartilhamento da infraestrutura), quer seja na operação de berço, armazenagem ou de recepção e expedição de cargas (NIEKERK, 2005). Este é o modelo característico de competição em *tool ports* (e, portanto, aplica-se em menor escala no Brasil¹⁰⁰). WORLD BANK (2007) cita como exemplo de existência de competição intraterminal o Porto Limon, na Costa Rica, onde há dois operadores portuários competindo entre si. NIEKERK (2005) salienta que esse modelo é comum em portos latino-americanos, onde há limitada competição interporto;
2. Competição intraporto: competição entre terminais especializados num mesmo tipo de serviço dentro de um mesmo porto. WORLD BANK (2007) cita como exemplo o caso de Manzanilla-Cristobal, no Panamá, onde há três terminais de contêineres competindo. No Brasil, o caso mais claro de competição intraporto é o da movimentação de contêineres no Porto de Santos. Atualmente há seis competidores especializados nesse mercado: Santos Brasil, Libra Terminais, Ecoporto, Rodrimar, Empresa Brasileira de Terminais Portuários (EMBRAPORT) e Brasil Terminal Portuário (BTP)¹⁰¹.
3. Competição interporto: competição entre portos (ou entre seus terminais) por um mesmo mercado. Essa forma de competição ocorre principalmente em casos em que há portos próximos e com malhas de transporte servindo a regiões de influência (*hinterland*) similares¹⁰². WORLD BANK (2007) cita

---

¹⁰⁰ A competição intraterminal limita-se a portos menores (principalmente no Norte e Nordeste) que ainda guardam parcialmente características de *tool ports* e a pequenos trechos de cais públicos em portos maiores que podem ser utilizados por operadores diversos.

¹⁰¹ Estas duas últimas iniciaram suas operações em 2013 e mudaram a distribuição de mercado entre os *players*, indicando que a competição intraporto tem tido efeito neste caso.

¹⁰² Pode haver, também, competição interporto por cargas de transbordo. Isto é comum em regiões por onde passam rotas marítimas com grande fluxo de comércio, como é o caso do sudeste asiático (fluxos Ásia-Europa e Ásia-América do Norte, principalmente) e da América Central (devido à proximidade do Canal do Panamá).

alguns exemplos: portos de Nova York e Halifax (EUA); portos de Hong Kong e Singapura (sudeste asiático); portos de Los Angeles, Long Beach e Oakland (EUA); e os portos de Roterdã, Hamburgo, Bremerhaven e Antuérpia (Europa). NIEKERK (2005) acrescenta ainda a competição entre portos dos EUA e do Canadá (nas costas leste e oeste). No Brasil, a região onde a competição interporto é mais intensa compreende os estados de Santa Catarina e Paraná (principalmente na movimentação de contêineres). Em Santa Catarina, há os portos de Imbituba, Itajaí e São Francisco do Sul, além dos terminais de uso privado Portonave e Porto Itapoá (localizados próximos aos dois últimos portos citados) e no Paraná, o Porto de Paranaguá. Todos esses portos são bastante próximos e há sobreposições entre as respectivas regiões de influência.

Idealmente, um ambiente competitivo é a forma mais efetiva para que os usuários desfrutem de eficiência e preços justos. As principais razões pelas quais o aumento da competição e o regime de liberdade de preços na prestação de serviços de transporte são preferíveis à regulação econômica são apontadas a seguir:

- A liberdade na fixação de preços pode gerar benefícios aos usuários, na medida em que permite uma gama maior de combinações entre preço e qualidade de serviço (usuários podem preferir usufruir de um serviço diferenciado ou de maior qualidade mesmo a um preço maior) [ESTACHE e RUS, 2000];
- Assegura os incentivos para que as empresas busquem minimizar seus custos e estabelecer preços que garantam seu equilíbrio financeiro [ESTACHE e RUS, 2000];
- Reduz a chance de haver subsídios cruzados entre os preços de diferentes serviços (UNCTAD, 1998);
- Aumenta a probabilidade de os preços refletirem o valor real gerado pelos serviços prestados aos usuários (UNCTAD, 1998).

A essas, pode-se adicionar o fato de que a empresa tem maiores incentivos para a realização de investimentos e para aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços prestados. O ambiente competitivo apresenta ainda como vantagem o poder de

excluir do mercado competidores menos eficientes. Por último, NIEKERK (2005) acrescenta ainda que nenhum modelo de regulação econômica é perfeito e que o risco de haver abuso de poder de mercado persiste. Salienta ainda que, caso a regulação seja necessária, o melhor modelo é aquele que limita o mínimo possível a liberdade operacional do concessionário.

Apesar dos riscos e desvantagens da regulação econômica, sua adoção pode, entretanto, vir a ser necessária caso a introdução de competição¹⁰³:

1. Não seja viável, devido, por exemplo, a restrições físicas ou legais à implantação de novos terminais numa mesma região (condições de monopólio natural¹⁰⁴) [ESTACHE, 1999; LANGEN e PALLIS, 2006]; ou
2. Seja antieconômica. Por exemplo, caso ganhos de escala na operação façam com que a existência de um único terminal gere maiores benefícios econômicos do que a divisão do mercado em um número maior de competidores ou que o volume não seja suficiente para remunerar dois terminais adequadamente, cenário no qual inevitavelmente um dos dois terminais acabaria por se tornar insolvente e se voltaria à condição de um monopólio (LANGEN e PALLIS, 2006)¹⁰⁵.

---

¹⁰³ Cumpre notar que, dentre todos os custos associados à operação portuária, aqueles que tipicamente são transferidos à iniciativa privada (movimentação e armazenagem de cargas) são os mais representativos, o que reforça a importância de regulação em ambientes pouco competitivos. Esses custos geralmente representam cerca de 70 a 90% do custo total no porto, sendo o restante associado a serviços de atracação, tarifas e intermediários (SUYKENS, 1996, apud ESTACHE e RUS, 2000).

¹⁰⁴ O conceito de monopólio natural é geralmente adotado de forma mais ampla, incluindo também aspectos econômicos. Aqui, entretanto, optou-se por separar esse fator para explicá-lo separadamente.

¹⁰⁵ LANGEN e PALLIS (2006) definem o conceito de Escala Mínima de Eficiência (*Minimum Efficient Scale*), aquela tal que os custos marginais e custos médios não mais decrescem com expansões de capacidade. No caso de portos, essa escala pode só ser alcançada em grandes terminais, como é o caso da operação de contêineres e minério de ferro, o que dificulta a introdução de competição intraporto em portos pequenos, ou, expandindo o conceito dos autores, mesmo na competição intraporto em casos em que a demanda da região não seja suficientemente alta.

Antes de aplicá-la, o agente regulador deve se certificar de que a regulação econômica de algum porto ou terminal portuário seja efetivamente necessária, dados os benefícios da liberdade de preços descritos anteriormente.

A tarefa, entretanto, não é simples. A natureza do setor, caracterizado por ganhos de escala e por possíveis restrições geográficas de áreas adequadas para a implantação de instalações portuárias¹⁰⁶, faz com que mesmo ambientes competitivos possam ser compostos por um pequeno número de competidores. Assim, técnicas *antitruste* tradicionais baseadas em participações de mercado e índices de concentração naturalmente resultarão em patamares elevados, mas que não apontam necessariamente um cenário pouco competitivo (WORLD BANK, 2007).

KENT (2001)¹⁰⁷ e WORLD BANK (2007) apresentam quais os principais aspectos a serem analisados para avaliar o ambiente de competição no setor portuário: (i) as opções de transporte existentes; (ii) o desempenho operacional; (iii) valores comparativos de tarifas; e (iv) o desempenho financeiro.

O primeiro, e principal, aspecto consiste em analisar se há opções de transporte alternativas (ou substitutas) a um dado porto ou terminal. A existência de outras instalações é definida basicamente pela estrutura (se um potencial porto/terminal competidor possui a capacidade técnica de movimentar a carga) e pela malha de acesso disponíveis (se a região de origem ou destino da carga possui conexão com o potencial porto/terminal competidor). O dono da carga tende a escolher a opção que lhe apresente o menor custo total de transporte¹⁰⁸ (incluindo o transporte

---

¹⁰⁶ Locais com conexão à malha de transporte terrestre, próximos a mercados consumidores e exportadores e, preferencialmente, em condições de águas abrigadas (o que minimiza a necessidade de investimentos).

¹⁰⁷ Este autor apresenta, inclusive, um procedimento prático para a avaliação da competição portuária.

¹⁰⁸ Desde que as condições de nível de serviço sejam equivalentes entre as opções.

terrestre, a movimentação portuária e o frete marítimo¹⁰⁹). A competitividade de opções alternativas pode ser determinada a partir da diferença entre o seu custo de transporte e o da opção de menor custo. Naturalmente, quanto maior o número de opções com pequena diferença de custo de transporte em relação à opção mais barata, maior a competição.

A análise do desempenho operacional visa, principalmente, verificar a relação entre oferta e demanda (para certo tipo de carga em uma dada região), uma vez que cenários de restrições de oferta deixam margem para o enfraquecimento da competição e eventual prática de preços abusivos. Nesse caso, podem ser usados indicadores de utilização dos berços e do tempo de espera de navios – quanto maiores tais índices, menor a pressão competitiva.

O terceiro aspecto que pode indicar a existência de um cenário pouco competitivo é o patamar das tarifas (ou preços) cobrados dos usuários: preços elevados indicam a ausência (ou pouca efetividade) de competição. Como base de comparação de preços, podem-se utilizar preços históricos, preços de outros portos ou modelos teóricos baseados em custos.

Por último, a análise do desempenho financeiro de um porto ou terminal também pode indicar a necessidade de incremento da competição (ou de regulação): lucros excessivamente elevados podem estar relacionados a uma posição dominante no mercado.

Identificada a necessidade de imposição de regulação econômica nos contratos de concessão de instalações portuárias, o agente regulador deve, então, definir qual o mecanismo a ser adotado. As formas de regulação econômica mais difundidas são a regulação da taxa de retorno do capital e a fixação de tarifas-teto (*price-caps*). Há ainda a possibilidade de regular a receita máxima a ser obtida pelo concessionário (ESTACHE e RUS, 2000; NIEKERK, 2005).

---

¹⁰⁹ A percepção desse custo por parte do dono da carga depende, entretanto, do modelo de compra ou venda do produto. Por exemplo, caso um exportador realize uma venda FOB (*free-on-board*), este não é o responsável pelo pagamento do frete marítimo e, assim, sua opção será menos sensível a essa parcela do custo de transporte.

No primeiro caso, regulam-se os preços de forma indireta, através da limitação da taxa de retorno que os concessionários podem obter sobre os respectivos investimentos. Sob esse critério, o retorno permitido ao investidor é dado por:

$$\text{Taxa de retorno regulada} \times \text{valor dos ativos} = \text{preço} \times \text{quantidade} - \text{custos totais}$$

Indiretamente, impede-se, portanto, que preços excessivamente altos sejam cobrados dos usuários. Há, entretanto, diversos problemas associados à aplicação dessa forma de regulação: (ESTACHE e RUS, 2000).

- O concessionário tem incentivos para sobre-investir em ativos para obter um retorno maior, ou, com o mesmo objetivo, superestimar o valor dos ativos (que nem sempre é de fácil mensuração por parte do poder regulador);
- O concessionário tem poucos incentivos para reduzir os custos de prestação dos serviços, já que uma maior eficiência em custos teria de ser refletida em preços mais baixos ou em pagamentos ao Poder Concedente, para manter a taxa de retorno inicialmente prevista (equilíbrio dado pela equação acima). Este problema pode ser minimizado através da introdução de uma defasagem na revisão dos parâmetros do contrato, permitindo ao concessionário absorver parte dos benefícios associados à redução de custos;
- A regulação tem um custo administrativo alto, com necessidade de acompanhamento dos investimentos e custos para a realização de revisões periódicas dos ganhos permitidos ao concessionário, e depende de informações a serem providas pelo concessionário, que podem ser manipuladas.

No segundo caso, se define o valor máximo da tarifa (ou tarifas) a serem cobradas dos usuários. Geralmente, introduz-se também um *Fator X* de redução do valor real da tarifa que busca refletir os ganhos de produtividade esperados para o setor. Assim, ganhos resultantes de melhorias de eficiência e avanços tecnológicos não

são totalmente absorvidos pelo concessionário, mas também transferidos aos usuários¹¹⁰. O valor da tarifa para um período i é dado pela seguinte fórmula:

$$Tarifa_i = Tarifa_{i-1} * (1 + Inflação_{i-1} - Fator X)$$

Onde: $Inflação_{i-1}$ é a inflação acumulada entre o período $i-1$ e o período i .

Para que o concessionário tenha incentivos para reduzir os custos, deve-se permitir que ele absorva parte dos ganhos resultantes do aumento de eficiência. Para tanto, a revisão de preços deve ser feita apenas a certos intervalos de tempo (geralmente em torno de cinco anos), durante os quais a redução de custos gera um retorno maior ao investidor.

Cumpra notar que, em casos de concessões em que é prevista a prestação de serviços diversos, pode-se optar por regular uma cesta de serviços (cada um com sua respectiva tarifa-teto), ou por regular uma tarifa média. A vantagem desta segunda em relação à primeira é que o concessionário usufrui de liberdade para definir sua própria estrutura de tarifas.

Esta forma de regulação econômica é atualmente a mais utilizada e provavelmente a mais efetiva (NIEKERK, 2005; FARREL, 2002), mas também apresenta algumas dificuldades ao agente regulador (ESTACHE e RUS, 2000):

- A definição da tarifa inicial, especialmente quando se trata de uma concessão nova e não se tem parâmetros históricos para balizar este valor. Deve-se evitar tetos excessivamente baixos, sob pena de afastar potenciais interessados, gerar risco de renegociações de contrato futuras ou de o concessionário sub-investir nos ativos;
- A definição do Fator X, que reflete uma estimativa de ganhos futuros de eficiência e pode envolver algum grau de subjetividade;

---

¹¹⁰ Em casos de indústrias com necessidade intensiva de capital, o fator X pode ser negativo, permitindo ganhos reais de preço para incentivar a realização dos investimentos necessários.

- A definição do intervalo entre revisões de preços, que não deve ser excessivamente longo para não permitir ganhos exagerados por parte do concessionário sem transferência de benefícios aos usuários, nem curto demais para desincentivar ganhos de eficiência. Para tanto, deve-se levar em conta a dinâmica da indústria no que tange à introdução de inovações tecnológicas – se são frequentes, o período deve ser mais curto.

Às contribuições dos autores, pode-se acrescentar ainda o menor incentivo à realização de investimentos e ao aumento da qualidade dos serviços por parte do concessionário¹¹¹, dada a limitação das tarifas a serem cobradas. TOVAR, TRUJILLO e DÍAZ (2004) acrescentam ainda o maior risco de causar danos ao meio ambiente, já que sua gestão é custosa (cortar gastos com a gestão desses riscos pode ser uma opção encontrada pelos concessionários para não incorrerem em perdas reais no valor da tarifa cobrada). O mesmo pode se aplicar a aspectos de segurança nas operações (ESTACHE, 1999).

As vantagens desse método em relação ao da taxa de retorno são descritas por FARREL (2002):

- O método do *price-cap* dá ao regulador uma forma de reduzir o valor real dos preços, garantindo que ao menos parte dos benefícios da privatização sejam passados aos usuários;
- Este método requer menos informações confidenciais (dos concessionários) do que o primeiro;
- Este método dá menos margem para discussões acerca da valoração dos ativos, o que pode ser especialmente difícil sob condições de variações significativas de inflação ou da taxa de câmbio e de diferenças entre valores de mercado e valores de livro, entre outros;

---

¹¹¹ Poder-se-ia incluir um segundo fator na fórmula de reajuste das tarifas-teto que ponderasse a qualidade dos serviços prestados de forma a mitigar esse risco. A mensuração objetiva de tal fator é, entretanto, complicada e não se encontrou relatos de sua aplicação no setor portuário (ESTACHE e RUS, 2000).

- No método do *price-cap*, o risco associado a novos investimentos é alocado ao investidor privado, que detém maior gestão sobre eles, enquanto no método da taxa de retorno esse risco acaba sendo indiretamente transferido via tarifa aos usuários, que não têm qualquer gestão sobre ele.

Por outro lado, ESTACHE, GUASCH e TRUJILLO (2003) mostram, a partir da análise de uma base de contratos de concessão de instalações portuárias na América Latina e no Caribe, que a incidência de renegociações contratuais, geralmente incitadas pelos concessionários, é quase 50% maior em contratos que adotaram regulação por meio de *price-caps* em comparação à regulação via taxa de retorno. Apontam, ainda, que a adoção de *price-caps* geralmente reflete-se num aumento do custo de capital por parte dos investidores privados, o que absorve parte dos benefícios que seriam transferidos aos usuários (já que valores teto mais altos seriam necessários para atrair os investidores).

Em uma última forma de regulação econômica, embora menos comum, pode-se optar pela regulação da receita máxima a ser auferida por parte do concessionário, utilizada em alguns casos na concessão de aeroportos. Este modelo tem como principais desvantagens reduzir os incentivos do concessionário em desenvolver o mercado (aumentar a demanda) e pode dar margem para que ele aumente os preços ou reduza a qualidade da prestação dos serviços (ESTACHE e RUS, 2000).

Além da regulação econômica durante a vida do contrato, cumpre ressaltar a importância de realização de um processo de adjudicação bem estruturado. Conforme discutido anteriormente, a regulação justifica-se em casos em que o ambiente de competição **no mercado** é falho (características de monopólio, ou similares). Daí a importância de um processo bem sucedido de seleção do concessionário, que garanta uma efetiva competição **pelo mercado**, através da seleção de critérios adequados e da participação de um número suficientemente grande de interessados. Dessa forma, o resultado do processo pode ser similar

àquele que se obteria em caso de acirrada competição ***no mercado***¹¹² (THEYS et al, 2010).

---

¹¹² Note-se que, no setor portuário, mesmo em caso em que há diversos terminais ofertando serviços similares em uma mesma região, a adjudicação costuma ser feita através de concessões. Nesse caso, há tanto competição *pelo mercado*, quanto competição *no mercado*.

4 Caracterização e análise crítica dos processos de adjudicação de instalações portuárias à iniciativa privada no Brasil sob os novos critérios

Este capítulo compreende o cerne dessa dissertação: a análise dos processos de adjudicação de instalações portuárias no Brasil sob os novos critérios, com base na discussão acerca das referências bibliográficas apresentada no capítulo anterior e na análise dos instrumentos legais e infralegais aplicáveis no Brasil, bem como dos editais e contratos dos primeiros arrendamentos previstos sob o novo regime jurídico, que já tenham sido publicados pela ANTAQ.

Na primeira seção do capítulo, caracterizam-se os processos de adjudicação de instalações portuárias à iniciativa privada no Brasil sob os novos critérios de seleção. Esta seção subdivide-se em quatro itens: primeiro, são detalhados todos os novos critérios admitidos sob o novo marco regulatório; segundo, discorre-se sobre aspectos do processo licitatório; em seguida, discutem-se as medidas previstas nos editais e contratos usadas para garantir a efetividade do processo de adjudicação; e, por último, discutem-se outras variáveis a serem reguladas nos contratos visando o sucesso do processo.

O propósito da segunda seção do capítulo consiste em avaliar como os processos de adjudicação deverão ocorrer na prática e se os objetivos inicialmente estipulados quando da alteração do marco regulatório deverão ser alcançados através da aplicação dos novos critérios de seleção.

4.1 Caracterização dos processos de adjudicação sob os novos critérios

4.1.1 Os novos critérios de adjudicação

Os novos critérios de adjudicação estabelecidos pela Lei 12.815/2013 são detalhados e regulamentados pelo Decreto 8.033/2013 em seu artigo nono:

Art. 9º Nas licitações de concessão e de arrendamento, serão utilizados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a **maior capacidade de movimentação**, a **menor tarifa** ou o **menor tempo de movimentação** de carga.

§ 1º O edital poderá prever ainda a utilização de um dos seguintes critérios para julgamento, associado com um ou mais dos critérios previstos no caput:

I - **maior valor de investimento**;

II - **menor contraprestação** do Poder Concedente; ou

III - **melhor proposta técnica**, conforme critérios objetivos estabelecidos pelo Poder Concedente.

§ 2º A **capacidade de movimentação** poderá ser definida como:

I - **capacidade estática**, entendida como a quantidade máxima de carga que pode ser armazenada na instalação portuária a qualquer tempo;

II - **capacidade dinâmica**, entendida como a quantidade máxima de carga que pode ser movimentada na instalação portuária durante certo período de tempo e em nível adequado de serviço; ou

III - **capacidade efetiva**, entendida como a quantidade de carga movimentada na instalação portuária, durante certo período de tempo e em nível adequado de serviço.

§ 3º O **menor tempo de movimentação** poderá corresponder:

I - ao **menor tempo médio de movimentação de determinadas cargas**;

II - ao **menor tempo médio de atendimento de uma embarcação** de referência; ou

III - a **outros critérios de aferição da eficiência** do terminal na movimentação de cargas, **conforme fixado no edital**.

(Decreto 8.033/2013; **grifo do autor**)

Todos os critérios admitidos sob o novo marco regulatório são caracterizados na Figura 7, de acordo com os possíveis objetivos de política pública definidos por ESTACHE e RUS (2000).

Objetivos	Critérios de adjudicação						
	Maior capacidade efetiva	Menor tarifa	Maior capacidade (estática ou dinâmica)	Menor tempo de movimentação	Maior investimento	Menor contrapartida	Melhor técnica
Competição	✓	✓				✓	
Capacidade e qualidade da infraestrutura	✓		✓	✓	✓		✓
Benefícios aos usuários	✓	✓	✓	✓			✓
Arrecadação aos cofres públicos						✓	
Baixa resistência política							

Figura 7 – Caracterização dos novos critérios de adjudicação segundo o alinhamento com os objetivos de política pública

Nota-se que os possíveis critérios a serem adotados estão em sua maioria alinhados aos objetivos da mudança do marco regulatório, o aumento da oferta e a redução de custos aos usuários, definidos por ESTACHE e RUS de forma um pouco mais ampla (*capacidade e qualidade da infraestrutura e benefícios aos usuários*).

Os critérios a serem efetivamente utilizados e a forma de sua aplicação podem ser mais bem entendidos a partir da análise dos primeiros editais e contratos já publicados sob o novo marco regulatório.

No início de 2013, ainda durante a vigência da MP 595/2012 (depois convertida na Lei 12.815/2013), o Poder Executivo deu início a um grande programa de concessões, contemplando a análise de 159 áreas a serem arrendadas em portos públicos e de dois portos a serem concedidos. Embora até o instante da elaboração desta dissertação ainda não tenha havido a licitação de nenhum novo arrendamento ou concessão de instalações portuárias, os editais e contratos de parte do programa já foram tornados públicos (em processos de consulta pública).

O programa de arrendamentos foi dividido em blocos, que contemplam diferentes portos. Nos dois primeiros blocos, cujos instrumentos jurídicos já foram publicados, foram contemplados os portos de Santos – SP e do Estado do Pará¹¹³ (Bloco 1) e de Paranaguá – PR, São Sebastião – SP e Salvador e Aratu¹¹⁴ – BA (Bloco 2). Ambos os blocos somam um total de 46 arrendamentos¹¹⁵ – nenhuma concessão é prevista neles¹¹⁶.

Pode-se observar que, na prática, ao menos neste primeiro momento, os critérios efetivamente utilizados restringem-se à maior capacidade efetiva de movimentação de cargas e à menor tarifa na prestação de serviços. O primeiro é o critério proposto para 36 arrendamentos e o segundo, para os 10 restantes. Dentre os critérios principais, o de menor tempo de movimentação de carga ou variantes do critério de maior capacidade (capacidades dinâmica ou estática) não foram empregados, assim como nenhum dos critérios auxiliares – maior valor de investimento, menor contraprestação do Poder Concedente e melhor proposta técnica. Cumpre notar a adoção de um critério único em todos os casos, em oposição à possibilidade prevista de seleção com base em critérios múltiplos.

A Tabela 3 apresenta todos os arrendamentos previstos, destacando o porto, o tipo de carga e o respectivo critério de adjudicação proposto.

---

¹¹³ Portos de Belém, Vila do Conde e Santarém.

¹¹⁴ O nome oficial do porto foi alterado recentemente para Porto de Aratu-Candeias. Aqui, entretanto, optou-se por utilizar o nome pelo qual é mais conhecido, apenas Porto de Aratu.

¹¹⁵ Há ainda um 47º arrendamento, entretanto, voltado à movimentação de passageiros. Nesta dissertação optou-se, no entanto, por avaliar apenas terminais destinados à movimentação de cargas.

¹¹⁶ Tomando como base os estudos republicados do Bloco 1 quando do início da análise dos mesmos pelo TCU e os estudos postos em consulta pública para o Bloco 2 (últimos estudos publicados para ambos os blocos).

Tabela 3 – Proposta dos primeiros arrendamentos sob o novo marco regulatório – porto, tipo de carga e critério de adjudicação

Arrendamento	Porto	Tipo de carga	Critério de adjudicação
PAR01	Paranaguá	Carga Geral	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR32	Paranaguá	Carga Geral	Maior capacidade efetiva de movimentação
STS07	Santos	Papel e Celulose	Maior capacidade efetiva de movimentação
STS36	Santos	Papel e Celulose	Maior capacidade efetiva de movimentação
ATU01	Aratu	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
BEL09	Belém (Terminal de Miramar)	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
VDC25	Belém (Terminal de Miramar)/ Vila do Conde	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
VDC26	Belém (Terminal de Miramar)/ Vila do Conde	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
VDC27	Belém (Terminal de Miramar)/ Vila do Conde	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
VDC28	Belém (Terminal de Miramar)/ Vila do Conde	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR33	Paranaguá	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
STM04	Santarém	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
STM05	Santarém	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
STS13	Santos	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
STS25	Santos	Granéis Líquidos	Maior capacidade efetiva de movimentação
ATU02	Aratu	Produtos Gasosos	Maior capacidade efetiva de movimentação
BEL05	Belém (Terminal de Miramar)	Produtos Gasosos	Maior capacidade efetiva de movimentação
BEL06	Belém (Terminal de Miramar)	Produtos Gasosos	Maior capacidade efetiva de movimentação

Arrendamento	Porto	Tipo de carga	Critério de adjudicação
BEL11	Belém (Terminal de Miramar)	Produtos Gasosos	Maior capacidade efetiva de movimentação
MIR01	Belém (Terminal de Miramar)	Produtos Gasosos	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR03	Paranaguá	Granéis Sólidos Minerais	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR37	Paranaguá	Granéis Sólidos Minerais	Maior capacidade efetiva de movimentação
STM02	Santarém	Granéis Sólidos Minerais	Maior capacidade efetiva de movimentação
STS11	Santos	Granéis Sólidos Minerais	Maior capacidade efetiva de movimentação
STS20	Santos	Granéis Sólidos Minerais	Maior capacidade efetiva de movimentação
VDC04	Vila do Conde	Granéis Sólidos Minerais	Maior capacidade efetiva de movimentação
OUT01	Belém (Terminal de Outeiro)	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
OUT02	Belém (Terminal de Outeiro)	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
OUT03	Belém (Terminal de Outeiro)	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR07	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR09	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR15	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR20	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
STM01	Santarém	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
STS04	Santos	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
VDC29	Vila do Conde	Granéis Sólidos Vegetais	Maior capacidade efetiva de movimentação
PAR12	Paranaguá	Carga Geral	Menor tarifa
BEL01	Belém	Contêineres e Carga Geral	Menor tarifa

Arrendamento	Porto	Tipo de carga	Critério de adjudicação
PAR02	Paranaguá	Contêineres e Carga Geral	Menor tarifa
SSA01	Salvador	Contêineres	Menor tarifa
SSA04	Salvador	Contêineres	Menor tarifa
STS10	Santos	Contêineres e Carga Geral	Menor tarifa
STS15	Santos	Contêineres e Carga Geral	Menor tarifa
SSB01	São Sebastião	Carga Ro-Ro e Contêineres	Menor tarifa
VDC12	Vila do Conde	Granéis Líquidos	Menor tarifa
ATU12	Aratu	Granéis Sólidos	Menor tarifa

A Figura 8 apresenta um resumo da distribuição dos tipos de carga dos terminais pelo critério de adjudicação escolhido e a Figura 9 traz a perspectiva inversa – como os critérios se distribuem em cada tipo de carga.

Figura 8 – Distribuição dos tipos de carga pelo critério de adjudicação adotado¹¹⁷ (Fonte: ANTAQ¹¹⁸)

¹¹⁷ A categoria de carga geral inclui os terminais dedicados à movimentação de papel e celulose e a de granéis líquidos, os de produtos gasosos.

¹¹⁸ Minutas de editais e contratos colocados em processo de consulta pública pela ANTAQ.

Figura 9 – Distribuição dos critérios de adjudicação adotados por tipo de carga¹¹⁹ (Fonte: ANTAQ¹²⁰)

Conforme se depreende da Tabela 3 e apresentado de forma resumida na Figura 8 e na Figura 9, a adoção do critério de menor tarifa se concentra nos casos de terminais dedicados à movimentação de carga geral e contêineres (havendo ainda, um caso de terminal de granéis sólidos e outro de granéis líquidos). Por sua vez, o critério de maior capacidade efetiva de movimentação é adotado em terminais dedicados à movimentação de cargas a granel – observa-se, ainda, sua adoção em quatro terminais de carga geral (sendo dois terminais de papel e celulose).

Dados os dois critérios a ser efetivamente utilizados, a distribuição dos mesmos por tipo de carga se justifica a partir da análise das cadeias atendidas por cada tipo de terminal. Terminais dedicados à movimentação de granéis geralmente atendem a um menor número de clientes (cadeias mais concentradas) e, em boa parte dos

¹¹⁹ A categoria de carga geral inclui os terminais dedicados à movimentação de papel e celulose e a de granéis líquidos, os de produtos gasosos.

¹²⁰ Minutas de editais e contratos colocados em processo de consulta pública pela ANTAQ.

casos, possuem algum grau de verticalização¹²¹. Dessa forma, potenciais interessados na outorga desse tipo de terminal possuem um nível de previsibilidade maior do potencial de cargas a ser atraído, o que aponta adequação do critério adotado. Ademais, dada a alta probabilidade de verticalização nesses casos (interesse por parte de grandes exportadores ou importadores de grãos), a adoção do critério de menor tarifa possivelmente se mostraria inócua¹²².

Os únicos casos de terminais de carga geral cujo vencedor do processo licitatório será aquele que ofertar a maior capacidade efetiva de movimentação consistem em três terminais voltados à movimentação de papel e celulose – terminais STS07 e STS36 no Porto de Santos e PAR01 no Porto de Paranaguá¹²³ – e um terminal de carga geral (para atender à demanda de movimentação de açúcar ensacado) – terminal PAR32 no Porto de Paranaguá. Embora estejam compreendidos na categoria de carga geral, fardos de celulose e sacas de açúcar são tipos de *commodities* (a exemplo dos grãos) e seus terminais tipicamente despertam o interesse de verticalização de empresas produtoras e exportadoras – empresas

---

¹²¹ É o caso, notadamente, de terminais de grãos sólidos vegetais. Nos três principais polos portuários de exportação de grãos do Brasil, Santos-SP, Paranaguá-PR e Rio Grande-RS, há terminais em que, por exemplo, quatro das maiores *tradings* agrícolas mundiais possuem participação: ADM, Cargill, Bunge, Louis Dreyfus. Há também participação relevante de cooperativas de produtores, especialmente em Paranaguá.

¹²² A exceção nos casos dos grãos são os produtos químicos movimentados na forma de grãos líquidos, onde a demanda geralmente é dispersa em diversos usuários e a verticalização é pouco comum. A aplicação do critério de menor tarifa, entretanto, potencialmente causaria mais ônus, já que essas cargas geralmente requerem uma vasta gama de serviços diferenciados, ou seja, diferentes relações de qualidade-preço, sendo o regime de liberdade de preços mais adequado a esse caso (vide discussões no item 3.4). Essa característica também torna a regulação desse tipo de atividade bastante complexa.

¹²³ O tipo de carga admitido no contrato desse terminal é “Carga Geral”, entretanto, o estudo de demanda aponta a movimentação de papel e celulose.

produtoras e exportadoras de celulose, por exemplo, são detentoras de terminais de uso privado ao longo da costa¹²⁴.

Já nos casos em que se adotou o critério de menor tarifa, principalmente em terminais de contêineres e carga geral, a adoção do referido critério também aparenta ser adequada, já que: (i) tais terminais estão geralmente sujeitos a uma maior variação da demanda e esta tem menor controle direto por parte dos operadores portuários – a demanda tende a ser mais dispersa em um grande número de clientes (importadores e exportadores), em oposição à movimentação de graneis; (ii) a verticalização é menos comum¹²⁵, de forma que os benefícios de menores tarifas têm maior probabilidade de serem efetivamente capturados pelos usuários do terminal. Cumpre notar que, embora a verticalização seja menos comum nesses casos, existe o risco de que ela ocorra, gerando distorções nos processos de seleção pela menor tarifa, conforme se discutirá no item 4.2.

Observam-se dois únicos casos de terminais de graneis em que também foi adotada como critério de adjudicação a menor tarifa: um terminal de movimentação de graneis líquidos no Porto de Vila do Conde – PA (VDC12) e um terminal de graneis sólidos no Porto de Aratu – BA (ATU12). Esses dois casos mostram-se, entretanto, particulares, posto que possuirão posição similar à de monopolistas no tipo de atividade que irão desempenhar nesses portos. No caso do terminal VDC12, este será o único terminal de embarque e desembarque de combustíveis de uso urbano

---

¹²⁴ Como é o caso do TUP Portocel, no Espírito Santo, maior terminal de papel e celulose do país, administrado pelas empresas Fibria e Cenibra.

¹²⁵ Na movimentação de contêineres, a verticalização por parte de exportadores e importadores é virtualmente impossível, pois mesmo o volume de grandes empresas é muito pouco representativo em relação à capacidade dos terminais. A verticalização com companhias de navegação, embora ocorra em alguns casos, ainda não é tão comum no Brasil. Tome-se, por exemplo, a movimentação de contêineres no Porto de Santos. Há atualmente seis terminais dedicados a esse tipo de operação, dos quais apenas um – Brasil Terminais Portuários (BTP) possui entre seus acionistas uma companhia de navegação. No caso de terminais especializados na movimentação de veículos (cargas RoRo), não há nenhuma companhia de navegação dentre as acionistas dos terminais. Nesse caso, entretanto, pode ocorrer a verticalização por parte de montadoras – há, por exemplo, um TUP da Ford na Bahia e um terminal arrendado pela Volkswagen no Porto de Paranaguá.

em Vila do Conde, devendo atender a até quatro bases de distribuição desses produtos. Já no caso do terminal ATU12, seu arrendamento compreende o principal píer de movimentação de granéis sólidos minerais do Porto de Aratu e toda a área de pátio atualmente disponível para a armazenagem desse tipo de carga – ainda, o terminal deverá atender a múltiplos tipos de carga e usuários. Dessa forma, o critério de menor tarifa parece também adequado a esses casos.

A forma de aplicação dos critérios no processo licitatório pode ser também analisada a partir das minutas dos primeiros editais e contratos do programa de arrendamentos tornados públicos pelo Governo Federal.

No caso do critério de maior capacidade efetiva de movimentação, as proponentes devem se comprometer com a movimentação de uma dada quantidade de carga a partir de certo ano do contrato – geralmente o 5º ano, embora haja casos em que esse prazo seja ligeiramente maior ou menor, dependendo principalmente da necessidade de realização de investimentos e da maturidade do mercado a ser atendido por cada terminal.

Os editais estabelecem um volume mínimo a ser ofertado para o ano de referência e os contratos trazem uma curva de percentuais a serem aplicados no volume ofertado para determinar a movimentação mínima a que o proponente se compromete nos anos precedentes. A Figura 10 ilustra a aplicação do critério, com números hipotéticos para o caso de um terminal com 25 anos de prazo de arrendamento e em que o 5º ano é aquele tomado como referência para a oferta dos proponentes.

Figura 10 – Exemplo ilustrativo de aplicação do critério de maior capacidade efetiva de movimentação

No caso do critério de menor tarifa, as proponentes devem ofertar descontos lineares sobre tarifas de referência estabelecidas no edital. Os descontos ofertados devem ser cumpridos ao longo de todo o prazo do contrato, estando previsto o reajuste automático anual das tarifas com base no Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) – índice de inflação oficial adotado pelo Governo Federal.

As minutas de arrendamentos a serem licitados sob esse critério já disponibilizadas publicamente mostram uma tentativa de cobrir sob as tarifas objeto do leilão (ou de forma combinada entre estas e outras tarifas com tetos pré-estabelecidos no contrato¹²⁶) todos os serviços essenciais à movimentação e armazenagem das cargas¹²⁷. Dessa forma, evita-se que novas tarifas sejam impostas aos usuários, o que reduziria a efetividade do leilão no que tange à diminuição dos custos portuários.

¹²⁶ Price-caps.

¹²⁷ Serviços acessórios, que poderiam ser contratados junto a prestadores fora do porto, mais comuns no caso de terminais de contêineres, não são regulados.

Pode-se observar isso tomando como exemplo o caso do terminal STS10, no Porto de Santos, destinado à movimentação de contêineres e cargas *Roll-on-Roll-off*¹²⁸ (principalmente veículos). São tarifas objeto do leilão a movimentação e armazenagem de contêineres e a capatazia e a estiva de cargas Ro-Ro. A definição de tais tarifas inclui a cobertura de todos os serviços essenciais. A seguir transcreve-se a descrição das tarifas aplicáveis no caso de contêineres, para ilustrar o objetivo de cobrir todos os serviços essenciais, de forma a impedir a cobrança de valores adicionais não regulados no contrato¹²⁹. Escolheu-se o caso de contêineres como exemplo devido à maior complexidade dos serviços requeridos por esse tipo de carga e pelo histórico de questionamentos a cobranças abusivas¹³⁰.

3.4.1.6. A **Tarifa de Movimentação Portuária** tem por finalidade remunerar a movimentação de contêineres entre a portaria do terminal e o interior da embarcação, no embarque, e entre o interior da embarcação e a sua entrega ao recinto alfandegado de armazenagem ou ao proprietário da carga, no desembarque, incluindo a guarda transitória dos contêineres pelo prazo contratado entre o requisitante e a Arrendatária, no embarque. Inclui as seguintes subatividades:

3.4.1.6.1. Para todos os contêineres:

- a) **disponibilização da infraestrutura de acostagem**, quando o berço utilizado for de uso exclusivo do Arrendatário. Caso a Embarcação atracada ocupe parcialmente o berço exclusivo, a Tarifa de Movimentação Portuária cobrirá apenas a disponibilização desta parte exclusiva;
- b) **conferência de documentos na atracação e desatracação**;
- c) **conferência de documentos** e processamento de informações na portaria do Arrendamento;

---

¹²⁸ Ou Ro-Ro. Cargas embarcadas ou desembarcadas de navios por seus próprios meios rolantes.

¹²⁹ No que diz respeito estritamente aos serviços essenciais, que já são cobertos pelas tarifas reguladas. A prestação de serviços acessórios pode ser feita em regime de preço livre por parte dos arrendatários.

¹³⁰ Especialmente no caso da chamada THC2, tarifa cobrada pelos terminais primários para a liberação de cargas para recintos alfandegados de retroárea. Alegava-se que tal serviço já estaria incluso no preço pago pelos armadores pela movimentação da carga no terminal, a THC (*Terminal Handling Charges*). Percebe-se, inclusive, nas cláusulas de regulação de preços dos novos contratos a intenção de vedar esse tipo de cobrança por parte dos terminais.

- d) **movimentações de carga e pesagens** realizadas por iniciativa do Arrendatário;
- e) **movimentação, colocação e retirada de pilha e demais atividades associadas à inspeção não invasiva** e utilização de *scanner* para contêineres:
  - a. a serem embarcados; e
  - b. desembarcados, entre o instante da descarga e a entrega para o recinto alfandegado de destino ou proprietário da carga;
- f) ressarcimento por investimentos e custos decorrentes da implantação do **ISPS Code**, necessária à prestação das atividades contempladas na Tarifa de Movimentação Portuária.

3.4.1.6.1.1. Para contêineres embarcados:

- a) **armazenagem** entre a presença de carga no Arrendamento e o momento previsto para o embarque, **pelo período mínimo de 5 (cinco) dias**;
- b) **colocação e retirada de contêineres da pilha**, na área de armazenagem;
- c) **transporte do contêiner da área de armazenagem até a embarcação**;
- d) **embarque do contêiner** na embarcação e sua colocação e fixação no local devido no interior da embarcação.

3.4.1.6.1.2. Para contêineres desembarcados:

- a) **descarga** e colocação do contêiner no costado da embarcação;
- b) **caso o recinto alfandegado de armazenagem** definido pelo proprietário da carga ou seu preposto **seja o próprio Arrendamento**:
  - a. **transporte do contêiner entre o costado da embarcação e o pátio de armazenagem** do Arrendamento;
  - b. **colocação na pilha**;
- c) **caso o recinto alfandegado de armazenagem** definido pelo proprietário da carga ou seu preposto **não seja o próprio Arrendamento**:
  - i. **transporte do contêiner até área de espera, incluindo colocação e retirada de pilha, se necessário, bem como o seu posterior transporte até o local de remoção por parte do recinto alfandegado de destino**;
  - ii. **posicionamento para inspeção de lacre** ou outra atividade motivada por Autoridades do porto;
  - iii. **guarda transitória por até 48 (quarenta e oito) horas**;
  - iv. **carregamento do contêiner no veículo** (caminhão ou vagão) do recinto alfandegado de destino e liberação de saída.

3.4.1.7. A Tarifa de Armazenagem de Importação tem por finalidade remunerar as atividades prestadas pela Arrendatária ao Usuário, necessárias e suficientes para que o contêiner possa ser armazenado no Arrendamento pelo período máximo de 7 (sete) dias (Primeiro Período de Armazenagem), iniciados com o registro da presença de carga pela Arrendatária. Inclui as seguintes subatividades:

- a) **armazenagem diária durante o Primeiro Período** de Armazenagem;

- b) **movimentações, empilhamentos, retiradas de pilha, pesagens** e outras atividades realizadas por iniciativa da Arrendatária durante o Primeiro Período de Armazenagem;
- c) **conferência de documentos e processamento de informações na portaria** do Arrendamento, quando o contêiner provier de outro recinto alfandegado;
- d) **pesagens**, exceto as requisitadas pelos Usuários, durante o Primeiro Período de Armazenagem;
- e) **movimentações, colocações e retiradas de pilha, e demais atividades associadas à inspeção não invasiva** e utilização de *scanner* durante o Primeiro Período de Armazenagem;
- f) ressarcimento por investimentos e custos decorrentes da implementação do **ISPS Code**, necessária à prestação dos serviços contemplados pela Tarifa de Armazenagem de Importação.

(Documento Condições Específicas do Contrato do Arrendamento STS10, ANTAQ; **grifo do autor**)

Além das tarifas de movimentação e armazenagem, a serem definidas no processo de licitação, os terminais de contêineres têm ainda tarifas-teto para os seguintes serviços:

- Suporte à armazenagem de contêineres refrigerados, incluindo todas as atividades necessárias à armazenagem desse tipo de contêiner, como fornecimento de energia e monitoramento de temperatura;
- Suporte à inspeção por autoridades, incluindo o deslocamento, posicionamento, abertura e desunitização e unitização dos contêineres quando requisitados para inspeção por parte de autoridades; e
- Posicionamento para a fumigação, incluindo o deslocamento e segregação de contêiner que tenha de passar por fumigação.

A definição precisa de cada uma dessas tarifas nos contratos, naturalmente, segue os mesmos moldes das tarifas de movimentação e armazenagem, com o objetivo de evitar cobranças adicionais indevidas.

4.1.2 O processo de adjudicação

O processo licitatório sob o novo marco regulatório do setor portuário é conduzido pela ANTAQ, que deverá compor Comissão Especial de Licitação para cada licitação (que pode incluir um ou mais arrendamentos num mesmo lote). Precedem

os processos licitatórios em si a realização de estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental (EVTEAs), conduzidos pela SEP e regidos pela Resolução ANTAQ Nº 3220/2014, que devem fundamentar a determinação dos requisitos contratuais e do valor do arrendamento. O valor estabelecido em cada arrendamento cujos documentos já foram publicados é fixo, a ser pago em parcelas mensais, definidas de forma com que o VPL do projeto seja igual a zero (descontado ao custo de capital normativo¹³¹).

O processo licitatório é caracterizado basicamente por uma fase única, composta do leilão pelo arrendamento, baseado nos critérios discutidos na seção 4.1.1. Não há fase inicial de habilitação técnica, devendo as proponentes apenas garantir sua habilitação jurídica¹³², econômico-financeira¹³³ e fiscal e trabalhista¹³⁴, além de se comprometerem à pré-qualificação como operadores portuários caso saírem-se vencedoras do certame ou, alternativamente, à contratação de operador portuário pré-qualificado para a realização das atividades. Cumpre notar que em alguns casos há restrições à participação no processo licitatório visando impedir a concentração horizontal no mercado de prestação de atividades portuárias. É o caso, por exemplo, do terminal STS10, em que não é permitida a participação de empresas que já

---

¹³¹ No caso dos primeiros estudos realizados sob o novo marco regulatório, foi considerado um WACC de 8,0%.

¹³² A habilitação jurídica deve ser comprovada mediante a apresentação dos seguintes documentos da empresa proponente: estatuto ou contrato social, certidão com as informações do registro da empresa (em junta comercial ou cartório competente, conforme o caso) e a respectiva estrutura societária. Em casos específicos de proponente de entidades de previdência, fundos de investimento e empresas estrangeiras, documentos adicionais específicos também são solicitados para comprovação da habilitação jurídica.

¹³³ A comprovação da habilitação financeira se dá através da apresentação dos balanços e demonstrações financeiras da proponente, que devem comprovar que esta possui patrimônio líquido de, no mínimo, 2,5% do valor global do contrato do arrendamento (dado pelo somatório das receitas estimadas ao longo do prazo do arrendamento).

¹³⁴ Cumpre à proponente apresentar Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e comprovar a regularidade junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e fazendas nacional, estadual e municipal, além de certidão negativa de débitos trabalhistas.

atuem na prestação de serviços a cargas Ro-Ro (veículos) na Região Metropolitana da Baixada Santista¹³⁵.

O processo do leilão em si é dividido em duas etapas. Num primeiro momento, as proponentes devem apresentar seus lances em envelopes fechados, acompanhados, basicamente, dos documentos comprobatórios de sua habilitação e de uma garantia de proposta. Caso haja propostas equivalentes a no mínimo 90% do maior lance inicial, haverá a segunda etapa, de leilão em viva-voz com ofertas crescentes, com a participação de até três proponentes¹³⁶.

Em caso de empate¹³⁷, o vencedor do processo licitatório deverá ser definido, via de regra, por meio de sorteio. Critérios objetivos de desempate são previstos apenas em alguns leilões baseados no critério de menor tarifa, mais especificamente, dois arrendamentos no Porto de Santos, os terminais STS10 e STS15. Nesses arrendamentos, caso haja empate na tarifa ofertada, sagrar-se-á vencedor o proponente que ofertar a maior capacidade efetiva de movimentação.

Somente após a definição do proponente vencedor do leilão, são analisados os documentos de habilitação do mesmo (inversão de fases). Caso a habilitação do vencedor não seja comprovada, a comissão de licitação poderá proceder à abertura dos documentos de habilitação do segundo colocado, e assim sucessivamente, até que um dos concorrentes atenda a todos os requisitos, sendo declarada vencedora do processo.

---

¹³⁵ Como há um único outro terminal destinado à movimentação de veículos na região, seria de fato temerário permitir a um único grupo econômico o controle de ambos os terminais – ainda que o critério adotado nesse caso seja o de menor tarifa, poder-se-ia criar empecilhos operacionais no terminal cujo preço é regulado, forçando a movimentação no terminal existente, com regime de livre precificação.

¹³⁶ Desde que respeitado o patamar de 90% do maior lance inicial por todas elas.

¹³⁷ Em princípio, não há possibilidade de empate caso o processo passe à etapa de leilão em viva-voz, uma vez que só seriam permitidos lances progressivos que alterassem a ordem parcial de classificação das proponentes. Empates seriam possíveis caso haja propostas equivalentes na primeira etapa e não houver ofertas incrementais no leilão em viva-voz.

Comprovada a habilitação da proponente vencedora pela comissão de licitação, esta encaminhará o processo ao Poder Concedente (SEP) para homologação e adjudicação do arrendamento. Nessa etapa, cumpre à vencedora apresentar à SEP, no prazo de 45 dias, os seguintes documentos:

- Comprovante de pagamento à empresa responsável pela realização dos estudos que basearam o edital de arrendamento;
- Ata de constituição da futura arrendatária como Sociedade de Propósito Específico¹³⁸;
- Garantia financeira de execução do contrato;
- Comprovação da pré-qualificação da futura arrendatária como operador portuário (ou da contratação de operador pré-qualificado, conforme for o caso);
- Plano Básico de Implantação (PBI) do arrendamento.

Apresentados todos esses documentos, o Poder Concedente convocará a proponente para a assinatura do contrato, num prazo de cinco dias. Caso a proponente não confirme a assinatura do contrato, será penalizada com multa no valor da garantia de proposta e com o impedimento à participação de novas licitações junto ao Poder Concedente pelo prazo de 24 meses. Sob essa hipótese, o Poder Concedente poderá, também a seu critério, convocar os demais proponentes, por ordem de classificação, para firmar o arrendamento sob as mesmas condições do vencedor.

O PBI consiste no mais relevante desses documentos. É através desse plano que a arrendatária deverá comprovar a adequabilidade técnica de seu projeto à sua proposta e aos requisitos mínimos de investimentos e desempenho estabelecidos no edital e no contrato do arrendamento. O Poder Concedente tem o prazo de 30 dias após a assinatura do contrato para avaliar e aprovar o PBI – podendo, caso seja necessário, requerer alterações e fixando novo prazo para tanto.

---

¹³⁸ Todas as arrendatárias devem ser constituídas sob a forma de Sociedades de Propósito Específico. Tal exigência visa facilitar a fiscalização do cumprimento das disposições contratuais.

O PBI a ser apresentado pela arrendatária deve conter, resumidamente:

- A descrição do arrendamento, incluindo a descrição do local, dos ativos existentes e dos fluxos operacionais previstos;
- O plano comercial da arrendatária, incluindo os serviços a serem prestados, a projeção de movimentação de cargas, com base em análise de oferta e demanda, e a estratégia comercial para a captura de cargas;
- A apresentação do projeto do terminal, de forma a comprovar sua viabilidade técnica e operacional. Deverá conter os desenhos técnicos do projeto, a descrição dos principais equipamentos a serem utilizados, cálculos de capacidade, comprovação do atendimento aos dispositivos contratuais no que tange a investimentos mínimos e parâmetros de desempenho e o cronograma físico financeiro de implantação, dentre outros;
- A avaliação da viabilidade ambiental do projeto, incluindo a avaliação dos impactos e medidas de gestão ambiental.

4.1.3 Medidas de garantia de efetividade do processo de adjudicação

Para garantir que o processo licitatório seja bem sucedido de fato, é fundamental haver dispositivos que obriguem o cumprimento das propostas (e que sejam claros já durante o processo de seleção), de forma a evitar comportamentos oportunistas por parte de proponentes.

No caso desse primeiro programa de arrendamentos portuários do Governo Federal sob o novo marco regulatório do setor, nota-se um esforço nesse sentido. Além de instrumentos específicos relacionados aos critérios de licitação, discutidos adiante, há exigências que oneram eventuais propostas oportunistas, tais como garantias financeiras da proposta e de execução do contrato e a exigência de integralização de capital social mínimo, que se somam à necessidade de apresentação e aprovação do PBI do arrendamento.

Todavia, para que os objetivos iniciais da mudança do marco regulatório e da definição desses novos critérios – especialmente o aumento da oferta de capacidade

e a redução dos custos portuários – sejam de fato alcançados, os instrumentos diretamente relacionados às variáveis de seleção mostram-se os mais relevantes.

No caso de arrendamentos cujo critério é o de maior capacidade efetiva de movimentação, foi criado mecanismo específico de penalização associado à movimentação efetivamente realizada pelos arrendatários ao longo da vida do contrato. Resumidamente, as penalidades são duas: (i) a movimentação de valores inferiores à capacidade efetiva de movimentação ofertada (respeitada uma margem de tolerância) resulta no acréscimo dos valores de arrendamento a serem pagos pela arrendatária e (ii) a movimentação reiterada abaixo de um patamar pré-determinado no edital enseja a rescisão do contrato.

No primeiro caso, é prevista uma faixa abaixo da capacidade efetiva de movimentação proposta pelo arrendatário na qual não é aplicado acréscimo no valor de arrendamento – faixa que varia entre 5% e 25%, dependendo do porto e do tipo de carga. Tais faixas evitam que o arrendatário seja penalizado em caso de variações pequenas em relação ao volume ofertado no processo licitatório, que não necessariamente indicam propostas oportunistas ou excessivamente arrojadas, mas podem ser resultado de flutuações normais de mercado, especialmente se considerado que projeções de demanda portuária são complexas e envolvem aspectos macroeconômicos e de competição intra e interportuária¹³⁹ de difícil previsão.

Variações superiores a essas faixas implicam na aplicação de um acréscimo variável ao valor do arrendamento, proporcional ao tamanho da diferença entre o volume efetivamente realizado e a capacidade efetiva de movimentação proposta no instante da licitação – mais precisamente, é aplicado à diferença entre a movimentação efetiva e o valor resultante do produto entre a movimentação

---

¹³⁹ A flexibilização do novo marco regulatório à implantação de terminais de uso privado adicionou ainda um grau maior de incerteza ao cenário competitivo, o que reforça a razoabilidade de não aplicação de multas em caso de variações pequenas entre a movimentação efetivamente realizada pelos arrendatários e o volume originalmente ofertado.

proposta para cada ano e $(1 - \alpha)$ – faixa de variação permitida), conforme a fórmula abaixo (genérica, aplicável para cada ano do contrato):

$$A_{va} = (C_{ep} * (1 - \alpha) - M_e) * A_u$$

Onde: A_{va} é o acréscimo no valor do arrendamento;

C_{ep} é a capacidade efetiva de movimentação proposta;

α é a faixa de variação de movimentação permitida;

M_e é a movimentação efetiva;

A_u é o acréscimo unitário (variável) no valor do arrendamento.

No segundo caso, estabelece-se no edital um volume mínimo de movimentação anual, que, caso não seja cumprido pela arrendatária em três anos consecutivos ou em cinco anos ao longo do prazo do arrendamento, enseja a caducidade do contrato. Analisando-se os documentos já publicados para novos arrendamentos, nota-se que esse volume é definido a partir do patamar de partida estabelecido para os lances a serem ofertados pelas proponentes – mais precisamente é dado pelo produto entre este patamar e $(1 - 2 * \alpha)$ (faixa de variação da movimentação permitida), conforme a fórmula a seguir:

$$M_r = C_{em} * (1 - 2\alpha)$$

Onde: M_r é o patamar mínimo de movimentação a ser cumprido para que não haja risco de caducidade do contrato;

C_{em} é capacidade efetiva de movimentação mínima definida como ponto de partida do leilão;

α é a faixa de variação de movimentação permitida.

A Figura 11 ilustra os casos de aplicação de ambas as penalidades.

Onde α = faixa de variação admitida na movimentação

Figura 11 - Exemplo ilustrativo de aplicação de penalidades em arrendamento licitado sob o critério de maior capacidade efetiva de movimentação

Cumprir notar que, em alguns casos de arrendamentos sob o critério de menor tarifa, há também a fixação de volumes mínimos de movimentação anual (caso dos arrendamentos STS10 e STS15 em Santos). Nesses arrendamentos, é também prevista a aplicação de acréscimos no valor do arrendamento e a caducidade contratual sob as mesmas hipóteses expressas acima.

Quanto ao caso de arrendamentos a serem licitados com base no critério de menor tarifa, as medidas visando garantir sua efetividade são baseadas principalmente em: (i) cobrir no edital ou no contrato (via tarifas-teto) todos os serviços primordiais aos usuários do terminal e (ii) na publicidade dos serviços cobrados.

A primeira medida, já explicitada no item 4.1.1, tem como princípio básico definir como objeto do leilão as tarifas referentes aos serviços essenciais – movimentação e armazenagem – e estabelecer tarifas-teto para outros serviços que possam ser mandatórios (como no caso de inspeções de contêineres por meio de autoridades). Dessa forma, inibe-se a criação de novas tarifas aos usuários que deturpem o objetivo de redução dos custos portuários.

A publicidade, por sua vez, está prevista nos novos contratos de arrendamento:

[...]

Elaborar e **divulgar, em seu sítio eletrônico e em local visível nas entradas do Arrendamento**, em até 30 (trinta) dias contados da Data de Assunção, **a tabela dos valores máximos de referência (preços e tarifas), bem como a descrição detalhada dos serviços passíveis de serem cobrados** dos Usuários, nos termos de regulamentação da ANTAQ. Havendo revisão dos valores, estes somente poderão ser praticados após 10 (dez) dias contados da publicação da nova tabela de Preços. Sempre que adicionar um novo serviço na Tabela, caberá à Arrendatária informar a ANTAQ imediatamente e republicá-la, nos termos desta cláusula.

(Documento Condições Gerais de Contrato dos arrendamentos do Bloco 1 do programa de arrendamentos, ANTAQ; **grifo do autor**)

A Resolução ANTAQ Nº 3274, de 6 de fevereiro de 2014, que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas, reafirma a necessidade de publicidade de tarifas e preços portuários e define a aplicação de penalidades associadas:

Art. 32. **Constituem infrações administrativas a que se sujeitam** a Autoridade Portuária, **o arrendatário**, o autorizatário e o operador portuário, observadas as responsabilidades legal, regulamentar e contratualmente atribuídas a cada um desses agentes

[...]

XXIX - cobrar, exigir ou receber valores dos usuários que não estejam devidamente estabelecidos em tabela, ou ainda, que não representem contraprestação do serviço contratado: multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

[...]

Art. 34. **Constituem infrações administrativas dos Arrendatários** de áreas e instalações portuárias localizadas no porto organizado, sujeitando-os à cominação das respectivas sanções:

I - não divulgar em seu sítio eletrônico e em local visível nos acessos do bem arrendado a tabela com os valores máximos de referência de Preços e Tarifas de Serviço, bem como a descrição detalhada dos serviços passíveis de serem cobrados dos Usuários, dentro do prazo

estabelecido no Contrato de Arrendamento, ou, na omissão deste, em até 30 dias a partir da assinatura do Contrato de Arrendamento: **multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);**

II - não informar à ANTAQ a inclusão de novos serviços ou revisão de preços da tabela, com até 30 dias de antecedência: multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

(Resolução ANTAQ Nº 3274/2014; **grifo do autor**)

4.1.4 Outras variáveis reguladas nos contratos

Além dos critérios de adjudicação empregados diretamente nos processos licitatórios, os novos arrendamentos de instalações portuárias preveem ainda a regulação de outros aspectos em seus contratos.

De maneira geral, são definidos requisitos mínimos de eficiência nas operações de embarque e desembarque e de capacidade estática de armazenagem, em praticamente todos os arrendamentos já anunciados, além de tarifas-teto (em alguns casos de licitações por maior capacidade efetiva de movimentação) e movimentações mínimas (em alguns casos de licitações por menor tarifa). Há, ainda, em boa parte dos casos, requisitos quanto a ativos específicos a serem implantados pelos futuros arrendatários.

Note-se que todas essas variáveis fazem parte do rol de critérios definidos na Lei 12.815/2013 dentre aqueles aplicáveis aos processos licitatórios. Os possíveis critérios auxiliares introduzidos pelo Decreto 8.033/2013 – maior valor de investimento, menor contraprestação do Poder Concedente e melhor proposta técnica – não utilizados nos processos de licitação tampouco são regulados diretamente nos contratos. A menor contraprestação de fato não se aplica a nenhum caso previsto, uma vez que só faria sentido no caso de Parcerias Público-Privadas (PPPs, Lei 11.079/2004), em que há contraprestações por parte do Poder Concedente. Às duas outras há relações indiretas: no caso do maior investimento, este se relaciona às exigências de capacidade estática e eficiência e de realização de obras específicas, que exigem maiores investimentos por parte dos arrendatários; no caso da melhor proposta técnica, há o processo de apresentação e aprovação do

PBI, no qual o Poder Concedente pode influir na qualidade do projeto a ser implantado.

A Tabela 4 apresenta as outras variáveis reguladas em cada um dos novos arrendamentos já previstos sob o novo marco regulatório.

Tabela 4 – Proposta dos primeiros arrendamentos sob o novo marco regulatório – outras variáveis reguladas em cada caso

Arrendamento	Porto (ou Terminal)	Tipo de carga	Critério licitação		Outras variáveis reguladas					
			Movimentação	Tarifa	Movimentação	Tarifas-teto	Cap. estática	Eficiência EMB	Eficiência DES	Outros ativos
PAR32	Paranaguá	Carga Geral	X				X	X	X	
PAR01	Paranaguá	Carga Geral	X			X	X	X	X	X
STS07	Santos	Papel e Celulose	X			X	X	X	X	X
STS36	Santos	Papel e Celulose	X			X	X	X	X	X
ATU01	Aratu	Granéis Líquidos	X				X	X	X	X
BEL09	Miramar	Granéis Líquidos	X				X			
VDC25	Miramar / Vila do Conde	Granéis Líquidos	X				X			
VDC26	Miramar / Vila do Conde	Granéis Líquidos	X				X			
VDC27	Miramar / Vila do Conde	Granéis Líquidos	X				X			
VDC28	Vila do Conde	Granéis Líquidos	X				X			
PAR33	Paranaguá	Granéis Líquidos	X				X	X		X
STM04	Santarém	Granéis Líquidos	X				X			

Arrendamento	Porto (ou Terminal)	Tipo de carga	Critério licitação		Outras variáveis reguladas					
			Movimentação	Tarifa	Movimentação	Tarifas-teto	Cap. estática	Eficiência EMB	Eficiência DES	Outros ativos
STM05	Santarém	Granéis Líquidos	X				X			
STS13	Santos	Granéis Líquidos	X				X	X		X
STS25	Santos	Granéis Líquidos	X				X	X		X
ATU02	Aratu	Produtos Gasosos	X				X	X	X	
BEL05	Miramar	Produtos Gasosos	X							
BEL06	Miramar	Produtos Gasosos	X							
BEL11	Miramar	Produtos Gasosos	X							
MIR01	Miramar	Produtos Gasosos	X							
PAR03	Paranaguá	Granéis Sólidos Minerais	X			X	X		X	X
PAR37	Paranaguá	Granéis Sólidos Minerais	X			X	X		X	
STM02	Santarém	Granéis Sólidos Minerais	X			X	X		X	X
STS11	Santos	Granéis Sólidos Minerais	X			X	X		X	X
STS20	Santos	Granéis Sólidos Minerais	X			X	X	X ¹⁴⁰		
VDC04	Vila do Conde	Granéis Sólidos Minerais	X			X	X	X	X	X

¹⁴⁰ Este caso parece ser um equívoco da minuta de contrato, já que o estudo de demanda do terminal indica apenas o desembarque de cargas.

Arrendamento	Porto (ou Terminal)	Tipo de carga	Critério licitação		Outras variáveis reguladas					
			Movimentação	Tarifa	Movimentação	Tarifas-teto	Cap. estática	Eficiência EMB	Eficiência DES	Outros ativos
OUT01	Outeiro	Granéis Sólidos Vegetais	X				X		X ¹⁴¹	X
OUT02	Outeiro	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
OUT03	Outeiro	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
PAR07	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
PAR09	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
PAR15	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
PAR20	Paranaguá	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
STM01	Santarém	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
STS04	Santos	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
VDC29	Vila do Conde	Granéis Sólidos Vegetais	X				X	X		X
PAR12	Paranaguá	Carga Geral		X	X		X	X	X	
BEL01	Belém	Contêineres e Carga Geral		X		X	X	X	X	
PAR02	Paranaguá	Contêineres e Carga Geral		X	X	X	X	X	X	X

¹⁴¹ Este caso parece ser um equívoco da minuta de contrato, já que nos dois outros terminais cobra-se a eficiência no embarque, vocação principal do terminal (operação de navios, ante operação de barcaças no desembarque).

Arrendamento	Porto (ou Terminal)	Tipo de carga	Critério licitação		Outras variáveis reguladas					
			Movimentação	Tarifa	Movimentação	Tarifas-teto	Cap. estática	Eficiência EMB	Eficiência DES	Outros ativos
SSA01	Salvador	Contêineres		X	X	X	X	X	X	X
SSA04	Salvador	Contêineres		X	X	X	X			
STS10	Santos	Contêineres e Carga Geral		X	X	X	X	X	X	X
STS15	Santos	Contêineres e Carga Geral		X	X	X	X			
SSB01	São Sebastião	Carga Ro-Ro e Contêineres		X	X	X	X	X	X	X
VDC12	Vila do Conde	Granéis Líquidos		X			X			X
ATU12	Aratu	Granéis Sólidos		X	X		X	X	X	X

A Figura 12 resume aplicação de regulação sobre outras variáveis nos contratos, em função do critério de adjudicação adotado.

Figura 12 – Resumo das outras variáveis reguladas, em função do critério de adjudicação adotado (Fonte: ANTAQ¹⁴²)

A análise da Tabela 4 e da Figura 12 mostra que em quase todos os casos se prevê exigências mínimas de capacidade estática. Dessa forma, garante-se indiretamente um patamar mínimo de investimento nas áreas arrendadas (em instalações que reverterão ao Poder Concedente) e impõe-se, também indiretamente, um nível mínimo de serviço às atividades a serem desenvolvidas. As exceções são quatro terminais destinados ao envase de GLP no Terminal de Miramar¹⁴³.

Em cerca de 60% dos casos, incluindo praticamente todos os arrendamentos *greenfield*¹⁴⁴, estipulam-se, além da capacidade estática mínima, outros itens de infra e superestrutura de implantação obrigatória por parte da arrendatária –

¹⁴² Minutas de editais e contratos colocados em processo de consulta pública pela ANTAQ.

¹⁴³ Esses terminais assemelham-se na prática, mais a unidades semi-industriais do que a terminais portuários, provável motivo de não haver uma exigência específica relativa às respectivas capacidades mínimas.

¹⁴⁴ Exceção feita a um terminal de envase de GLP no Terminal de Miramar.

geralmente ligados ao sistema de embarque e desembarque, como a construção ou reforma de píeres e cais e a implantação de equipamentos especializados para a realização das operações¹⁴⁵.

Na maioria dos casos exigem-se também patamares mínimos de eficiência no embarque e/ou desembarque. As exceções ficam por conta de terminais dedicados ao envase de gás liquefeito de petróleo (GLP) e ao armazenamento e distribuição de combustíveis (bases de distribuição), que não têm acesso direto ao berço, e do terminal VDC12, provavelmente porque este será destinado principalmente ao desembarque de grânéis líquidos, operação cuja eficiência depende não só do terminal, mas da capacidade de bombeamento das embarcações atendidas. Outros terminais de líquidos têm requisitos mínimos de eficiência apenas nas operações de embarque, provavelmente pela mesma razão¹⁴⁶.

Terminais voltados principalmente ao embarque (especialmente aqueles destinados à movimentação de grânéis sólidos vegetais) ou desembarque (como aqueles cuja demanda potencial identificada é a de fertilizantes e seus insumos) têm exigências de eficiência apenas nos respectivos sentidos predominantes. Por último, arrendamentos onde ambas as operações são relevantes, tais como terminais de contêineres, têm requisitos tanto para embarque quanto para desembarque¹⁴⁷.

Por fim, terminais cujo critério de adjudicação é o de menor tarifa geralmente possuem requisitos mínimos de movimentação e em alguns casos de licitação por maior capacidade efetiva de movimentação se estabelece tarifas-teto para os serviços de movimentação e armazenagem.

No primeiro caso, desestimula-se o arrendatário a deixar de atender parte da demanda, o que vem a ser particularmente importante no caso de este ser um agente verticalizado, que eventualmente teria incentivos para se recusar a atender a

---

¹⁴⁵ Parte dos terminais apresenta ainda requisitos relativos aos acessos, especialmente quando se exige a conexão para recepção (ou expedição) ferroviária de cargas.

¹⁴⁶ Há apenas dois terminais de grânéis líquidos com requisitos de eficiência no desembarque.

¹⁴⁷ O mesmo acontece também quando há cargas diferentes atendidas por um mesmo arrendamento, sendo parte predominante em cada sentido.

seus concorrentes. As exceções consistem nos terminais BEL01 – movimentação de contêineres no Porto de Belém – e VDC12 – movimentação de combustíveis no Porto de Vila do Conde, possivelmente por se tratarem de arrendamentos com mercados ainda incipientes ou a serem desenvolvidos.

No segundo caso, evita-se a prática de preços abusivos em mercados em que a competição seja limitada.

4.2 Análise crítica dos novos processos de adjudicação no Brasil

O objetivo desta seção consiste em analisar, principalmente à luz das referências bibliográficas pesquisadas, qual deve ser o resultado da aplicação dos novos critérios e procedimentos de adjudicação de instalações portuárias no Brasil. Inicialmente, discutem-se os critérios especificamente, em seguida tecem-se ponderações acerca do processo de adjudicação e, por último, analisa-se simplificadaamente a aplicação da regulação econômica em parte dos arrendamentos previstos no programa do Governo Federal.

4.2.1 Análise da aplicação dos critérios de adjudicação

Em primeiro lugar, cumpre notar que os critérios definidos pelo novo marco regulatório são todos cobertos pela literatura e já utilizados, em alguma medida, em outros países.

É necessário distinguir, entretanto, a forma de sua aplicação. Dentre os três critérios *principais* definidos pela Nova Lei dos Portos – maior capacidade de movimentação, menor tarifa e menor tempo de movimentação de carga – dos quais ao menos um necessariamente tem de ser considerado, apenas o de menor tarifa costuma ser usado diretamente (ou como critério único). A maior capacidade de movimentação e o menor tempo de movimentação de carga, em quaisquer das formas previstas no Decreto 8.033/2013, são geralmente considerados no âmbito de um projeto ou plano de negócios a ser avaliado durante o processo de seleção, ou são variáveis pré-

definidas a serem cumpridas pelo concessionário¹⁴⁸. Cumpre notar, também, que o critério anteriormente utilizado no Brasil, o de maior valor da outorga, um dos mais comuns, simples e objetivos critérios utilizados em concessões, não mais será admitido, sequer como critério acessório a um dos três critérios principais¹⁴⁹.

Nenhuma das referências bibliográficas pesquisadas propõe diretamente um conjunto de aspectos para a avaliação e comparação de critérios para a adjudicação de instalações portuárias (ou de infraestrutura em geral). Diversas delas, entretanto, discorrem acerca de vantagens ou desvantagens de um ou mais critérios analisados ou acerca de aspectos relevantes a serem considerados no processo, a partir do que é possível propor um conjunto de dimensões para a análise qualitativa dos critérios a serem aplicados no Brasil.

A partir da análise das referências, foram definidas seis dimensões principais de análise, descritas a seguir (naturalmente, as duas últimas dimensões são negativas e as primeiras, positivas):

- O *alinhamento com os objetivos da concessão*, isto é, se o critério tem maior ou menor probabilidade de fazer com que os principais objetivos estabelecidos pelo Poder Concedente no âmbito da concessão sejam alcançados. Este é o aspecto que recebe a maior atenção por parte dos autores pesquisados. No caso específico do novo marco regulatório brasileiro, tal qual explicitado na Exposição de Motivos da MP595/2012, estes objetivos consistem principalmente no *aumento da oferta de capacidade portuária* e na *redução dos custos portuários*. Quanto ao primeiro objetivo, cumpre avaliar se os critérios levam à seleção do proponente disposto a instalar a maior capacidade de movimentação e, quanto ao segundo, se o critério tende a levar à redução dos custos, seja através do aumento da competição ou da regulação tarifária;

---

¹⁴⁸ O mesmo é válido para o critério auxiliar de maior valor do investimento, previsto no Decreto 8.033/2013.

¹⁴⁹ Este critério era também o único critério que vinha sendo utilizado no país até a alteração do marco regulatório.

- *Objetividade do critério*; quanto mais objetivo o critério, maior é a probabilidade de atração de um número maior de interessados e, conseqüentemente, a probabilidade de um processo bem sucedido, e menores são o risco de captura dos agentes do Poder Concedente e a probabilidade de haver questionamentos ao processo;
- *Isonomia no processo*, ou seja, se o critério dá iguais condições de participação a qualquer interessado ou se agentes específicos têm vantagens naturais decorrentes do critério;
- *Qualidade técnica do projeto do vencedor e realização de investimentos*, ou seja, se o critério leva a uma maior ou menor probabilidade de que o projeto do vencedor seja qualificado tecnicamente (incluindo aspectos de eficiência na operação, segurança, impacto ao meio ambiente, entre outros) e se possui os incentivos corretos para que o concessionário realize investimentos;
- *Risco de comportamento oportunista*, isto é, se o critério aumenta ou diminui as chances de haver um vencedor que não pretenda cumprir com a proposta ofertada durante o processo de seleção, diminuindo ou eliminando os ganhos esperados com a licitação. Quanto maior esse risco, maior também a dependência de uma atuação firme do Poder Concedente e da agência reguladora, tanto ao longo do processo de seleção em si, quanto ao longo da vida do contrato;
- *Risco de renegociação do contrato*, ou seja, se o critério tende mais ou menos a ensejar processos de renegociação, especialmente motivados pelo arrendatário, que são tipicamente indesejados, na medida em que absorvem parte dos resultados positivos obtidos no processo de seleção.

A Tabela 5 apresenta quais os autores que fazem referência às dimensões definidas para a avaliação dos critérios de adjudicação.

Tabela 5 – Menção (direta ou indireta) às dimensões de avaliação dos critérios de adjudicação nas principais referências bibliográficas acerca do assunto

Dimensão de avaliação dos critérios de adjudicação	Referências										
	ESTACHE e RUS (2000)	TRUJILLO e NOMBELA (1999)	THEYS et al (2010)	CRAMPES E ESTACHE (1997)	UNCTAD (1998)	NOTTEBOOM (2007)	ENGEL, FISCHER, GALETOVIC (2004)	ESTACHE (1999)	ESTACHE, GUASCH E TRUJILLO (2003)	PALLIS, NOTTEBOOM e LANGEN (2008)	WORLD BANK (2007)
Alinhamento com os objetivos da concessão	X	X	X	X	X	X	X	X			
Objetividade do critério	X		X	X					X	X	X
Isonomia no processo	X		X	X			X		X	X	
Qualidade técnica do projeto do vencedor e realização de investimentos	X	X			X	X					
Risco de comportamento oportunista	X	X	X	X			X			X	
Risco de renegociação do contrato	X	X	X					X	X		

A seguir, são analisados, com base nessas dimensões, os critérios de adjudicação previstos no novo marco regulatório. Primeiro, e com maior ênfase, são analisados os dois critérios que serão utilizados na prática nas primeiras adjudicações sob o novo marco: a maior capacidade efetiva de movimentação e a menor tarifa. Em seguida, traça-se também uma breve análise dos outros critérios previstos na Lei 12.815/2013 e no Decreto 8.033/2013, que podem vir a ser utilizados em futuros processos de concessão ou arrendamento, e de outros critérios que, embora não previstos no novo regime jurídico, são usados em outros países.

Os dois critérios que o Governo Federal pretende efetivamente utilizar neste primeiro momento mostram-se em grande medida alinhados aos seus objetivos (os riscos ao alcance de tais objetivos na prática são discutidos adiante).

No caso da maior capacidade efetiva de movimentação, o aumento da oferta de capacidade tende a ser atingido, uma vez que propostas mais arrojadas têm de estar acompanhadas de projetos de maior capacidade, o que contribui também para a seleção de projetos de melhor qualidade técnica e que prevejam mais investimentos. Este critério também tende a contribuir para a diminuição dos custos aos usuários, tanto a partir do aumento da oferta e, conseqüentemente, da pressão competitiva, quanto pelo fato de que o vencedor do certame se comprometerá com a movimentação de volumes elevados, cuja captura passa, potencialmente, pela redução dos preços cobrados. Naturalmente, isto depende da existência de competição tanto no instante do processo de seleção (competição **pelo mercado**) quanto posteriormente (competição **no mercado**)¹⁵⁰. Outras variáveis reguladas nos contratos contribuem para que os objetivos sejam alcançados: a exigência de PBI condizente com a movimentação proposta, requisitos mínimos de capacidade estática e de desempenho e especificações de investimentos obrigatórios, no caso do aumento da capacidade; e tarifas-teto no caso da redução dos custos aos usuários, especialmente quando a competição **no mercado** for limitada.

A menor tarifa, por sua vez, está alinhada apenas à redução dos custos portuários, já que contratos com tarifas reguladas geralmente têm menor incentivo à realização de investimentos (e à qualidade técnica dos projetos) e, conseqüentemente, ao aumento da oferta – neste caso, depende-se de requisitos mínimos de capacidade, eficiência e investimentos estabelecidos nos editais e contratos.

Pode-se notar uma preferência pela adoção de critérios objetivos (variáveis únicas e de fácil mensuração pelos proponentes) favorecendo uma maior competição **pelo mercado**, ou seja, a atração de um maior número de interessados nos processos de adjudicação. Tal estratégia provavelmente foi adotada, também, para tornar o processo mais seguro e célere, diminuindo a probabilidade de questionamentos jurídicos.

---

¹⁵⁰ Nos casos em que a competição *no mercado* é reduzida, esse objetivo foi perseguido a partir da adoção de regulação tarifária, conforme se discute adiante nesta seção.

Os dois critérios a serem adotados, a despeito de sua objetividade e de estarem em grande medida alinhados aos objetivos do Poder Concedente, apresentam alguns riscos a real consecução desses objetivos, associados às outras dimensões de avaliação, conforme se discute nos itens a seguir, que avaliam quais devem ser, na prática, os efeitos da aplicação de cada critério.

Aplicação do critério de maior capacidade efetiva de movimentação

Os processos de arrendamento de terminais portuários com base no critério de maior capacidade efetiva devem, em tese, desconsiderado o risco de comportamentos oportunistas (discutido na sequência), reproduzir um resultado similar ao que seria enxergado caso o critério fosse o de maior valor de outorga. Explica-se o raciocínio a seguir.

Assuma-se:

- Um arrendamento a ser licitado pelo critério de maior capacidade efetiva de movimentação, pelo prazo de 25 anos;
- A existência de mais de um proponente interessado;
- Que os proponentes têm a mesma expectativa de demanda a ser efetivamente capturada pelo terminal ao longo do prazo do contrato;
- Que a previsão de demanda dos proponentes supere com folga o patamar que enseja a rescisão contratual.

Dada a existência de um processo de seleção competitivo, com mais de um proponente envolvido no processo, para que aumentem suas chances de sagrarem-se vencedores do certame, a tendência é de que cada um deles faça propostas superiores às suas reais expectativas de movimentação.

No caso de movimentação efetiva em patamar inferior ao ofertado no processo de adjudicação, entretanto, os contratos preveem o acréscimo proporcional do valor do arrendamento a ser pago às autoridades portuárias. Assim, propostas mais arrojadas refletem-se num eventual valor maior a pagar. Além disso, o PBI do vencedor deve demonstrar a capacidade do projeto para atender ao volume de

movimentação proposto, ou seja, uma oferta maior no processo de seleção tende a levar a uma maior necessidade de investimentos.

A tendência, portanto, é que cada proponente aumente sua proposta em relação à sua expectativa real de movimentação até o limite do valor de acréscimos de arrendamento esperados e de investimentos adicionais em capacidade que aceita pagar – ou seja, tal que o valor presente das parcelas de acréscimo do valor de arrendamento e dos investimentos adicionais com os quais arcará iguale o VPL que enxerga no projeto^{151,152}. Assim, a capacidade efetiva de movimentação a ser ofertada por cada proponente é aquela que resolve a equação (2), conforme a formulação a seguir:

$$(1) \quad VPL_P = \sum_{i=1}^{i=25} FCL_{P_i}$$

$$(2) \quad VPL_P = - \left(\left(\sum_{i=1}^{i=25} \left((M_{p_i}) - (C_{ep_i} * (1 - \alpha)) \right) \right) * A_u \right) + VPL_{Ia}$$

$$(3) \quad \text{para } 0 < i < A_r, C_{ep_i} = C_{ep} * \beta_i$$

$$(4) \quad \text{para } i \geq A_r, C_{ep_i} = C_{ep}$$

Onde: VPL_P é o valor presente líquido do projeto, já considerado o valor base de pagamento pelo arrendamento e os investimentos necessários ao atendimento da demanda esperada (e não a proposta);

i corresponde a cada ano do arrendamento;

FCL_{P_i} é o valor do fluxo de caixa líquido descontado do projeto para o ano i , já considerado o valor base de pagamento pelo arrendamento;

---

¹⁵¹ VPL do projeto sob as condições de movimentação esperadas e o nível de investimentos necessário para atendê-la.

¹⁵² De forma com que, ao cabo, o VPL esperado do projeto seja zero, ou seja: TIR = WACC.

C_{ep_i} é a capacidade efetiva de movimentação proposta para o ano i ;

α é a faixa de variação de movimentação permitida;

M_{p_i} é a movimentação projetada pelo proponente para o ano i ;

A_u é o acréscimo unitário (variável) no valor do arrendamento;

VPL_{Ia} é o valor presente líquido dos investimentos a maior associados à capacidade adicional necessária para justificar a movimentação proposta;

A_r é o ano de referência para a oferta de capacidade efetiva no leilão (geralmente o 5º ano);

C_{ep} é a capacidade efetiva de movimentação proposta no leilão;

β_i é o percentual associado ao ano i que define a capacidade efetiva proposta para os anos precedentes a A_r .

A Figura 13 ilustra a explicação acima, com números hipotéticos.

Figura 13 – Aplicação do critério de maior capacidade efetiva sob a ótica dos proponentes

O resultado, dessa forma, tenderia a ser similar ao que se observaria caso fosse adotado um processo de seleção pelo maior valor de outorga a ser pago à autoridade portuária, o que tende a tornar a elaboração de propostas mais simples – já que cada proponente consegue, de forma razoavelmente objetiva, *traduzir* sua proposta em termos financeiros.

A principal diferença reside na eventual necessidade de investimentos adicionais para que a capacidade do terminal seja compatível com a movimentação proposta e em como os proponentes irão interpretar essa variável, o que pode causar distorções no processo. Um ou mais proponentes podem considerar que conseguirão burlar (total ou parcialmente) essa exigência, seja na aprovação do PBI ou durante a vigência do contrato, reduzindo ou eliminando a necessidade de investimentos adicionais para justificar o volume de movimentação ofertado. Ao menos dois fatores associados à estruturação do processo contribuem para o risco de que isso ocorra:

- O fato de o PBI ser apresentado e julgado apenas após a assinatura do contrato, já que, em casos extremos, o Poder Concedente teria de rescindir o contrato, em um processo que provavelmente envolveria recursos judiciais;
- A ausência de critérios técnicos e objetivos pré-definidos para a aprovação do PBI pode levar a uma disputa entre o Poder Concedente e o vencedor do processo acerca de sua capacidade em atender à proposta de movimentação. É provável que o arrendatário detenha vantagens nessa disputa, tendo maior flexibilidade para contratar estudos e pareceres para defender seu ponto de vista. Exacerba esse risco o fato de que a capacidade de um terminal pode variar significativamente de acordo com algumas premissas, como é o caso da ocupação do sistema de berços ou do giro da capacidade estática de armazenagem.

O Poder Concedente deve ser suficientemente rígido na avaliação dos PBIs para garantir que o objetivo de acréscimo da oferta de capacidade portuária seja efetivamente alcançado na aplicação deste critério de adjudicação.

Além deste, enxerga-se outros dois problemas principais na aplicação na prática desse critério: (i) a possibilidade de atuais adjudicatários de instalações similares

numa mesma região deslocarem cargas entre seus terminais, obtendo vantagens no processo e, eventualmente, deturpando o objetivo de aumento da capacidade; e (ii) uma tendência à verticalização.

No primeiro caso, tome-se um porto já desenvolvido, com diversas instalações dedicadas à movimentação de certo tipo de carga para o qual esteja previsto um novo arrendamento. Os competidores que já estão presentes no porto têm uma vantagem natural no processo de seleção pelo critério de maior capacidade efetiva de movimentação, tendo a possibilidade de deslocar volumes de seus terminais atuais para o novo arrendamento, a fim de poderem dar lances maiores na licitação¹⁵³. Caso isso ocorra, haverá subutilização do terminal atual do incumbente e o objetivo de aumento da oferta pode não ser efetivamente alcançado.

Dentre os arrendamentos previstos nos dois primeiros blocos do programa do Governo Federal, enxerga-se esse risco principalmente no caso dos arrendamentos STS04 (granéis sólidos vegetais), STS11 e STS20 (granéis sólidos minerais), no Porto de Santos, posto que já há outros terminais (de uso privado ou outros arrendamentos)¹⁵⁴ operando esse tipo de carga no complexo portuário santista. Embora a vedação à participação de empresas detentoras de outros terminais no processo de adjudicação do novo arrendamento possa ser enxergada como uma solução, esta não é ideal, na medida em que o número de potenciais participantes no processo licitatório poderia ser reduzido drasticamente¹⁵⁵ – a vedação à participação de empresas também não é trivial, já que os interessados poderiam se

---

¹⁵³ Note-se que este problema pode ser exacerbado no caso de arrendamentos cujos contratos atuais possuam cláusulas de movimentação mínima muito abaixo do patamar de movimentação atual (o que é comum em casos de contratos antigos) ou no caso de terminais de uso privado, em que não há obrigações mínimas de movimentação).

¹⁵⁴ No caso de granéis sólidos vegetais, arrendamentos à ADM, TGG, T-Grão, Cargill e TUPs Cutrale e Vale Fertilizantes (além dos terminais da Rumo e Coopersucar, mais voltados à movimentação de açúcar); no caso de granéis sólidos minerais, arrendamento à TERMAG e TUP Vale Fertilizantes.

¹⁵⁵ No caso dos granéis sólidos vegetais, por exemplo, já estão presentes no Porto de Santos os principais exportadores do país. Vedar a participação dos mesmos não parece a solução correta para o problema.

valer de subsidiárias ocultas ou acordos com outras empresas para burlar a restrição.

No segundo caso, o critério tende a ser mais favorável a empresas verticalizadas, uma vez que essas têm maior controle sobre o volume de cargas a ser movimentado, estando, em princípio, em melhor posição para se comprometer a patamares mínimos de movimentação maiores. Cumpre notar que, especialmente em casos de terminais voltados à movimentação de *commodities* (principais casos em que a licitação se dará por meio deste critério), a verticalização tem sido um movimento comum ao redor do mundo (e no Brasil), por empresas que buscam a redução do custo de escoamento de seus produtos, o que não é, por concepção, indesejado. A ressalva diz respeito apenas a uma possível redução na isonomia do processo de seleção. Além disso, terminais operados por agentes verticalizados tipicamente exigem maior atenção do órgão regulador quanto à universalidade e isonomia no atendimento de outros usuários – algum proponente pode, por exemplo, fazer uma oferta elevada no leilão visando não cumpri-la, dificultando o acesso de outros usuários que sejam seus concorrentes em outros elos da cadeia.

A esses problemas pode-se adicionar ainda o risco de alterações significativas na dinâmica do mercado que façam com que a demanda fique muito abaixo das projeções iniciais, levando à caducidade de alguns contratos (no caso de descumprimento reiterado do patamar mínimo de movimentação). Note-se, por outro lado, que a rescisão só é um resultado indesejado caso o baixo volume de movimentação seja resultante de movimentos de mercado que independam do arrendatário e que não haja outro uso mais eficiente para o ativo¹⁵⁶. Do contrário, a rescisão contratual e a realização de um novo processo licitatório é o caminho

---

¹⁵⁶ Se algum mercado apresentar uma queda estrutural e houver escassez de espaço para a movimentação de outros tipos de carga, do ponto de vista do Poder Público, é mais interessante a rescisão e realização de nova licitação com novo objeto (outro tipo de carga). A simples alteração do objeto do contrato, apesar de ter a vantagem de não apresentar o custo administrativo do processo de uma nova licitação, impede que seja escolhido um operador mais eficiente para o novo tipo de carga.

indicado para dar melhor uso ao ativo (seja através da seleção de um novo arrendatário mais eficiente ou da mudança da vocação da área).

A Figura 14 apresenta de forma resumida a avaliação deste critério de acordo com as dimensões propostas, considerando-se o impacto de outras variáveis reguladas no contrato na efetividade do critério.

Figura 14 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de maior capacidade efetiva de movimentação

Aplicação do critério de menor tarifa

Nos arrendamentos em que o critério de seleção escolhido é o de menor tarifa para a prestação dos serviços, o maior risco ao sucesso do processo encontra-se na possibilidade de comportamentos oportunistas por parte dos proponentes. Estes podem ofertar descontos significativos sobre as tarifas de referência, visando compensá-los de outra forma, de modo que, na prática, os usuários não absorvam os benefícios esperados. Há duas principais formas para tal: (i) a verticalização e

consequente repasse de preço em outro elo da cadeia e (ii) o repasse de valores em outros preços não regulados.

No primeiro caso, o risco de verticalização é exacerbado pela ausência de um piso pré-estabelecido no leilão para a(s) tarifa(s). Conforme discutido em maiores detalhes no item 3.1 e no ANEXO 1, a ausência de um piso minimamente suficiente para atrair a participação de operadores independentes¹⁵⁷ no processo torna o resultado natural do leilão a vitória por parte de um operador verticalizado (ENGEL, FISCHER e GALETOVIC, 2004).

Operadores dessa natureza podem ofertar valores muito baixos de tarifas (mesmo abaixo do custo variável de prestação dos serviços e, no limite, iguais a zero) para garantir sua vitória no processo de adjudicação e remunerar a atividade portuária em outro elo da cadeia – geralmente no transporte marítimo, mediante a verticalização com companhia de navegação. Na ausência de piso no leilão, corre-se o risco de a oferta vencedora apresentar tarifa igual à zero, evidenciando a estratégia de remunerar a atividade portuária de outra forma. Sob essas condições, é praticamente nula a probabilidade de o objetivo inicial perseguido pelo governo, de diminuir os custos portuários aos usuários, seja alcançado.

O risco e o ônus da verticalização são maiores em casos em que o terminal a ser adjudicado conte com posição monopolista, de forma com que um operador verticalizado possa se valer do domínio do terminal portuário para monopolizar também o transporte marítimo, através da sabotagem (e potencial exclusão do mercado) de seus competidores. Embora a vedação à verticalização (não adotada em nenhum caso concreto) pudesse mitigar esse problema, esta não é simples, dada a possibilidade de formação de complexas cadeias de controle acionário das proponentes que mascarem seus verdadeiros proprietários ou de acordos informais entre proponentes e agentes com interesse na verticalização.

Dentre os arrendamentos previstos no programa do Governo Federal a serem licitados sob o critério de menor tarifa, enxerga-se maior risco de ocorrência de verticalização nos arrendamentos de terminais de contêiner (verticalização com

---

¹⁵⁷ Não verticalizados.

companhias de navegação) e veículos (verticalização com companhias de navegação e/ou montadoras de veículos). Esse risco é menor no caso dos arrendamentos destinados à movimentação de graneis a serem licitados sob esse critério: VDC12 (graneis líquidos), onde a verticalização de distribuidoras de combustíveis é vedada no edital e, em princípio, haveria apenas uma companhia de navegação que poderia se interessar, a Transpetro S.A.¹⁵⁸; e ATU12, onde a variedade de tipos de carga é grande e, portanto, torna mais difícil a verticalização por parte de um único agente¹⁵⁹.

No segundo caso, um proponente pode ofertar descontos significativos sobre o valor de partida da(s) tarifa(s) objeto do leilão, contando com a possibilidade de cobrar valores elevados em outros serviços a serem prestados no terminal de forma a compensar o desconto nas demais tarifas. Mitiga esse risco o esforço do Poder Concedente em incluir nas tarifas objeto desses leilões (e/ou regular via tarifas-teto) os serviços essenciais à atividade portuária (movimentação, armazenagem e eventuais solicitações mandatórias de autoridades¹⁶⁰).

Outro risco associado à adoção do critério de menor tarifa, em que pese a dificuldade de sua mensuração e o esforço dos contratos em fazer uma rígida alocação de riscos entre o Poder Concedente e os arrendatários, é a maior pressão para renegociações contratuais. ESTACHE, GUASCH e TRUJILLO (2003), no estudo em que analisam concessões de infraestrutura na América Latina e no Caribe, apontam que, no caso de infraestruturas de transporte, 60% dos contratos adjudicados com base na menor tarifa foram renegociados (ante 32,5% dos casos de maior oferta financeira e 38,1% dos casos de múltiplos critérios). Embora não necessariamente sejam prejudiciais e devam manter a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, as renegociações contratuais carregam consigo o risco de absorver parte dos benefícios oriundos do processo de licitação,

---

¹⁵⁸ Uma vez que é esta a empresa que realiza a distribuição de combustíveis na região.

¹⁵⁹ Eventualmente, entretanto, pode haver verticalização mediante a formação de consórcio.

¹⁶⁰ Por exemplo, a inspeção de contêineres.

especialmente dada a corriqueira assimetria de informações entre arrendatários e o Poder Público.

Por último, contratos com regulação tarifária geralmente levam a um menor incentivo à realização de investimentos por parte do adjudicatário, o que põe em risco também o aumento da oferta e a qualidade dos serviços nos terminais licitados sob esta variável de seleção. Esse problema, entretanto, é mitigado diretamente através da necessidade de aprovação do PBI do arrendamento e da regulação via contrato de requisitos mínimos de capacidade estática e de eficiência nas operações de embarque e desembarque, além de itens de investimento obrigatórios; e, indiretamente, através de cláusulas de movimentação mínima.

A Figura 15 apresenta de forma resumida a avaliação deste critério de acordo com as dimensões propostas, considerando-se o impacto de outras variáveis reguladas no contrato na efetividade do critério.

Figura 15 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de menor tarifa

Outros critérios previstos sob o novo marco regulatório

Conforme já amplamente discutido, os primeiros processos de adjudicação de instalações portuárias no Brasil sob o novo marco regulatório do setor serão baseados exclusivamente nos critérios de maior capacidade efetiva de movimentação e de menor tarifa. A legislação prevê, entretanto, outros possíveis critérios, avaliados de forma resumida a seguir.

Na gama de critérios *principais*, ou seja, dentre os quais um necessariamente tem de ser utilizado, há ainda os critérios de maior capacidade estática ou dinâmica e de menor tempo de movimentação de cargas, em qualquer de suas interpretações (menor tempo médio de movimentação de determinadas cargas; menor tempo médio de atendimento de uma embarcação de referência; ou outros critérios de aferição da eficiência do terminal na movimentação de cargas). Há também os critérios *auxiliares*, que podem ser utilizados de forma complementar a um ou mais dos critérios *principais*: maior valor de investimento; menor contraprestação do Poder Concedente; e melhor proposta técnica, conforme critérios objetivos estabelecidos pelo Poder Concedente.

A Figura 16 apresenta uma avaliação sintética desses critérios.

Figura 16 – Matriz qualitativa de avaliação de outros critérios de adjudicação possíveis sob o novo marco regulatório

Conforme se observa na figura, os critérios de maior capacidade (especialmente no caso da capacidade dinâmica¹⁶¹) e de melhor técnica (por exemplo, na forma de um plano de negócios) tenderiam a gerar os melhores resultados, sendo positivos em quase todas as dimensões avaliadas, à exceção, basicamente, da maior subjetividade no julgamento das propostas. Apenas o de maior capacidade dinâmica, entretanto, poderia ser utilizado de forma isolada (a melhor técnica só pode ser usada de forma complementar a um dos critérios *principais*), motivo pelo qual este é avaliado em mais profundidade a seguir.

¹⁶¹ O critério de maior capacidade estática não reflete a real capacidade de movimentação de uma instalação portuária, já que se refere a apenas ao sistema de armazenagem de cargas. Instalações portuárias são compostas de três sistemas principais: de embarque e desembarque, de armazenagem e de recepção e expedição terrestre; sendo sua capacidade definida pelo sistema gargalo.

A exemplo do critério de maior capacidade efetiva, a aplicação do critério de maior capacidade dinâmica tenderia a levar à seleção do proponente disposto a implantar a maior capacidade no arrendamento, mas com menores riscos de comportamentos oportunistas e de forma mais isonômica, sem que adjudicatários de terminais próximos ou agentes verticalizados desfrutassem de vantagens tão significativas em relação a outros proponentes. Isso se deve, fundamentalmente, ao fato de que a capacidade dinâmica corresponde diretamente à quantidade máxima de carga que pode ser movimentada na instalação portuária durante certo período de tempo, enquanto a capacidade efetiva se traduz num compromisso de movimentação que dá margem a comportamentos oportunistas, conforme discutido anteriormente.

Ainda de forma similar ao critério de maior capacidade efetiva, a seleção por meio da maior capacidade dinâmica ofertada poderia levar à redução dos custos aos usuários em caso de ambientes competitivos, através do aumento da oferta ou, alternativamente, através da adoção de tarifas-teto.

A principal desvantagem desse critério, dado o caráter menos objetivo da variável do julgamento, é o maior risco de questionamentos e da protelação do processo. Para mitigar esse risco, seria necessário estabelecer diretrizes claras para a elaboração de propostas e para o julgamento das mesmas, evitando também eventuais comportamentos oportunistas de proponentes. Nesse sentido, a opção pela maior capacidade dinâmica, em oposição ao melhor projeto ou plano de negócios, seria mais adequada. Outra desvantagem desses critérios é de que casos específicos em que a área do terminal ou as tecnologias disponíveis para a movimentação ou armazenagem de certo tipo de carga não permitam soluções de ganhos de capacidade ou qualidade do terminal reduzem sua efetividade e diminuem o espaço para diferenciação entre as propostas.

A Figura 17 apresenta de forma resumida a avaliação do critério de maior capacidade dinâmica de acordo com as dimensões propostas, considerando-se o impacto de outras variáveis passíveis de regulação no contrato na efetividade do critério.

Figura 17 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de maior capacidade dinâmica

Outros critérios aplicáveis ao setor portuário não previstos sob o novo marco regulatório

Dentre os critérios descritos na literatura que já tenham sido aplicados na concessão de instalações portuárias há dois critérios que não são previstos no novo marco regulatório: o maior valor de outorga e o maior compartilhamento de receitas com o Poder Concedente. São critérios similares entre si, ambos financeiramente onerosos, com a diferença fundamental que, no segundo caso, o Poder Concedente compartilha parcialmente riscos de mercado com o adjudicatário.

Causa estranheza, principalmente, a não contemplação do maior valor de outorga como um dos critérios previstos, dado que este era o critério aplicado nos processos de arrendamentos durante a vigência da Lei 8.630/1993 e é também comumente adotado em outros países. Embora, por ser financeiramente oneroso, este critério não seja, em princípio, diretamente alinhado aos objetivos de aumento da

capacidade e da redução dos custos portuários, na medida em que os arrendatários poderiam tender a limitar investimentos e aumentar preços para compensar o valor a ser pago, trata-se de um critério objetivo, isonômico e com baixo risco de comportamento oportunista e de renegociação do contrato.

Além disso, em teoria, aquele proponente disposto a pagar o maior valor pela concessão de um ativo é aquele capaz de extrair dele o melhor valor, o que tende a levar à seleção de um projeto de melhor qualidade e, potencialmente, de maior capacidade.

Dadas essas vantagens, a aplicação deste critério, combinado com parâmetros mínimos de capacidade e desempenho e, em caso de ambientes pouco competitivos, tarifas-teto, poderia vir a gerar resultados concretos melhores do que aqueles que deverão ser gerados com os critérios a serem efetivamente usados, especialmente devido ao risco de comportamentos oportunistas associados a estes últimos.

A Figura 18 apresenta de forma resumida a avaliação deste critério de acordo com as dimensões propostas, considerando-se o impacto de outras variáveis reguladas no contrato na efetividade do critério.

Figura 18 – Matriz qualitativa de avaliação do critério de maior valor de outorga

4.2.2 Análise do processo de adjudicação

Percebe-se de maneira clara a opção do governo pela adoção de um processo mais simples e objetivo para o arrendamento de novos terminais. Não foram adotados procedimentos de pré-qualificação dos proponentes e de escolha do vencedor através de processo negocial (nem mesmo se prevê a negociação com os vencedores do leilão), o que se soma à adoção de critérios de seleção únicos e objetivos, conforme discutido anteriormente.

Dessa forma, embora se aumentem os riscos de uma menor qualificação técnica dos vencedores, atrai-se um maior número de interessados, confere-se maior celeridade ao processo e este se torna menos sujeito a questionamentos¹⁶².

¹⁶² Não se pretende aqui aprofundar os riscos de judicialização do processo em mais detalhes, mas ele é naturalmente mais alto quanto maior o número de fases e de aspectos técnicos contidos no

Por outro lado, para que o proponente selecionado seja qualificado tecnicamente e aumente-se a chance de os já supracitados objetivos do governo serem atingidos, alguns aspectos tornam-se essenciais. O único pré-requisito técnico para a participação no processo consiste no compromisso, por parte dos proponentes, de se pré-qualificarem como operadores portuários junto às respectivas autoridades portuárias, ou de contratar operador pré-qualificado. É imperativo, portanto, que se verifique o adequado cumprimento da Portaria SEP 111/2013, que estabelece os requisitos técnicos para a pré-qualificação de operadores portuários, dentre eles, principalmente, os atestados de capacidade técnica que comprovam a aptidão para o desenvolvimento das atividades¹⁶³.

Os outros componentes técnicos relevantes do processo são a comprovação da habilitação do proponente vencedor e o PBI a ser apresentado pelo vencedor do processo e aprovado pela SEP e a ANTAQ. Na medida em que a habilitação do proponente só é atestada após o conhecimento do vencedor do certame e que o PBI é avaliado em fase posterior à assinatura do contrato, os proponentes perdedores no processo têm menos elementos para adentrar com processos judiciais ou administrativos que impeçam a homologação do resultado e a assinatura dos contratos.

Em contrapartida, o Poder Concedente só poderá avaliar a viabilidade da proposta vencedora (a partir do PBI a ser apresentado) após a assinatura do contrato, tendo menor margem para exigir alterações e, em última análise, caso verificada a inviabilidade da proposta vencedora, terá de proceder à rescisão contratual e à

---

processo (que guardam algum grau de subjetividade). Note-se que, mesmo diante dessa estratégia mais simples e objetiva adotada, há processos judiciais e representações em curso junto ao TCU dificultando o progresso do programa de arrendamentos do governo.

¹⁶³ Outros documentos exigidos pela norma para a comprovação da capacidade técnica são, dentre outros: currículos de dirigentes e responsáveis técnicos; compromisso de obtenção de certificados de qualidade (tais como certificados ISO); registro em órgão federal regulamentador da atividade, quando for o caso (como a ANP, no caso de operação de combustíveis); descrição dos recursos a serem empregados nas atividades; aspectos de segurança, qualificação e de medidas preventivas de impacto ambiental, quando for o caso.

realização de um novo processo licitatório. Especialmente em se tratando de processos baseados no critério de maior capacidade efetiva de movimentação, em que os proponentes têm o claro incentivo a superestimar a movimentação e a capacidade dos projetos, essa inversão de fases no processo pode causar insegurança ao Poder Concedente.

Cumpra aos órgãos do governo empreender análise criteriosa dos PBIs com dois objetivos principais: impedir um projeto de baixa qualidade ou não condizente com a proposta do proponente ou com os requisitos mínimos de projeto e desempenho estipulados no contrato; e reforçar a solidez do processo, de forma a desincentivar comportamentos oportunistas em outros processos licitatórios.

4.2.3 Análise da aplicação de regulação econômica

Conforme se pode observar a partir das minutas de editais e contratos, o novo programa de arrendamentos do Governo Federal dá grande peso à regulação econômica (a ser adotada em 40% dos casos), em oposição ao que caracterizava o setor anteriormente – em que o cenário era de poucos contratos com regulação tarifária e atuação restrita da agência reguladora a esse respeito (BNDES, 2012).

Em todos os casos em que haverá regulação econômica, seja ela resultante do processo de adjudicação ou pré-estabelecida nos editais e contratos, a forma adotada para tal regulação é a aplicação de tarifas-teto. Conforme discutido no item 3.4, atualmente este método de regulação econômica é o mais difundido e também é tido como o mais adequado.

O modelo adotado distingue-se daquele discutido na revisão bibliográfica quanto à adoção do Fator X – não foi adotado em nenhum dos novos arrendamentos previstos pelo Governo Federal. Se, por um lado, assim se dá maiores incentivos para o aumento da eficiência (já que o arrendatário absorve todos os ganhos resultantes da redução de custos), esta não se reflete na redução das tarifas cobradas dos usuários. No caso de setores em que ganhos de escala e inovações

tecnológicas são mais prováveis (como é o caso de terminais de contêineres¹⁶⁴), isso pode significar, no médio e longo prazo, tetos-tarifários pouco efetivos (muito elevados).

Ainda no que tange à regulação econômica de novos arrendamentos, é importante notar que, para que esta seja efetiva e, conseqüentemente, as adjudicações pelo critério de menor tarifa também sejam bem-sucedidas, é imperativa uma atuação forte do agente regulador; no caso, a ANTAQ. Isso demandará, provavelmente, a capacitação da agência e o aumento de seus quadros, já que até agora a regulação econômica não era uma prática comum da agência (BNDES, 2012).

A seguir analisa-se brevemente a pertinência da adoção de regulação econômica nos arrendamentos em que esta é prevista, seja através da aplicação do critério de menor tarifa na licitação ou da adoção de tarifas-teto reguladas nos contratos.

A despeito dos problemas apontados na análise da aplicação do critério, na maioria dos arrendamentos a serem licitados com base na menor tarifa, a adoção de regulação econômica se mostra razoável, devido à condição:

1. De monopólio (ou similar):

- a. VDC12, terminal destinado à movimentação de combustíveis no Porto de Vila do Conde. Apesar de haver outras instalações de graneis líquidos no porto, prevê-se que este seja o único terminal destinado à movimentação de combustíveis de uso urbano no porto, sendo as demais dedicadas a químicos ou combustíveis para fins industriais (Figura 19);

---

¹⁶⁴ Através do crescimento no porte dos navios e da introdução de portêineres mais modernos, principalmente. No primeiro caso, o tamanho dos navios porta-contêineres tem aumentado significativamente em virtude da busca de ganhos de escala por parte das companhias de navegação; no Brasil o processo deve ser impulsionado pelas dragagens de aprofundamento. No segundo caso, já há portêineres que movimentam dois ou até quatro contêineres de uma única vez, que ainda são muito pouco utilizados no país.

Figura 19 – Arrendamento VDC12, a ser implantado em condição similar à de monopólio para a movimentação de combustíveis de uso urbano

- b. ATU12, terminal destinado à movimentação e armazenagem de granéis sólidos minerais no Porto de Aratu. Apesar de haver outro berço dedicado à movimentação de granéis sólidos e dois arrendamentos menores destinados à armazenagem desse tipo de carga no porto, o ATU12 irá concentrar toda a área de pátio do porto, além dos dois melhores berços dedicados a esse tipo de carga, de forma a contar com uma posição bastante próxima à de um monopólio na movimentação e armazenagem (Figura 20);

Figura 20 – Arrendamento ATU12 e outras instalações de movimentação e armazenagem de granéis sólidos no Porto de Aratu

- c. SSB01, terminal destinado à movimentação e armazenagem de cargas gerais e contêineres no Porto de São Sebastião. Este será o único arrendamento destinado a esse tipo de atividade no porto¹⁶⁵ (Figura 21); ou

¹⁶⁵ A necessidade de regulação nesse caso poderia ser discutida, entretanto, sob a ótica da competição interporto, já que a área de influência do porto apresenta grande sobreposição, especialmente, com a área de influência do Porto de Santos. A regulação, entretanto, ainda pode ser benéfica para prevenir abusos em relação a usuários cativos do porto.

Figura 21 - Arrendamento SSB01

2. De reduzido número de competidores:
  - a. BEL01, terminal destinado à movimentação e armazenagem de contêineres e carga geral no Porto de Belém. Será o único arrendamento destinado a essa atividade no porto e competirá apenas com o terminal de contêineres do Porto de Vila do Conde (Convicon), que compartilha basicamente a mesma região de influência (Figura 22);

Figura 22 – Arrendamento BEL01 e Convicon

- b. SSA01, terminal destinado à movimentação e armazenagem de contêineres no Porto de Salvador. Atualmente há um único terminal destinado a essa atividade no porto (TECON Salvador) – o SSA01 será o segundo (Figura 23);

Figura 23 – Arrendamento SSA01 e seu único competidor na movimentação de contêineres, TECON Salvador

- c. PAR12, terminal destinado à movimentação e armazenagem de veículos (cargas Ro-Ro) no Porto de Paranaguá. Atualmente há um único terminal destinado a essa atividade no porto (arrendado à Volkswagen) – o PAR12 será o segundo¹⁶⁶ (Figura 24);

---

¹⁶⁶ Há concorrência, também de pátios públicos (geridos pela autoridade portuária), que amenizariam a necessidade de regulação econômica nesse caso.

Figura 24 – Arrendamento PAR12 e seu único competidor, terminal arrendado à Volkswagen

- d. PAR02, terminal destinado à movimentação e armazenagem de contêineres no Porto de Paranaguá. Atualmente há um único terminal destinado a essa atividade no porto (o Terminal de Contêineres de Paranaguá – TCP) – o PAR02 será o segundo (Figura 25). Dentre os casos de reduzido número de competidores, este é aquele em que a necessidade de regulação é menos clara: mesmo havendo apenas dois terminais de contêineres em Paranaguá, a regulação econômica não seria estritamente necessária, dado que o porto enfrenta competição interporto relevante com portos e terminais no Estado de Santa Catarina.

Figura 25 – Arrendamento PAR02 e seu único competidor direto no Porto de Paranaguá (TCP)

Em outros três casos, entretanto, a necessidade de regulação é menos clara:

- STS10, terminal destinado à movimentação e armazenagem de veículos (cargas Ro-Ro) e contêineres no Porto de Santos. O porto contará com seis competidores na movimentação de contêineres e a regulação de tarifas desse tipo de serviço, portanto, não seria necessária. Por outro lado, para o caso de veículos, haverá um único competidor a este terminal (o Terminal de Veículos de Santos – TEV), havendo maior justificativa para a sua regulação (Figura 26);
- STS15, terminal destinado à armazenagem de contêineres no Porto de Santos. Este arrendamento enfrentará a concorrência de todos os seis terminais que movimentarão contêineres no porto, além de portos secos e outros terminais de retroárea da região e sua regulação não se mostra necessária (Figura 26);

Figura 26 – Principais competidores na movimentação e armazenagem de contêineres e veículos no Porto de Santos

- SSA04, terminal destinado à armazenagem de contêineres no Porto de Salvador. Este arrendamento enfrentará a concorrência dos dois terminais que movimentarão contêineres no porto (Figura 27), além de portos secos da região e sua regulação provavelmente não seria necessária;

Figura 27 – Arrendamento SSA04 e competidores na área primária

Entende-se que, a despeito de possíveis questionamentos acerca da necessidade de regulação econômica nesses casos, o critério foi adotado dada a característica dos terminais, de prestadores de serviço a uma grande gama de usuários (tal qual discutido no item 4.1.1) e de forma a manter a coerência com os demais arrendamentos de terminais de contêineres e carga geral. Abre-se mão nesses casos, no entanto, dos benefícios gerados pela competição (conforme discutido no item 3.4).

Além dos 10 arrendamentos que têm como critério de licitação a menor tarifa (discutidos acima), contam com regulação econômica também alguns arrendamentos (nove) a serem licitados com base na maior capacidade efetiva de movimentação. Entende-se que essa opção encontra justificativa em todos os casos:

- STS07 e STS36, terminais destinados à movimentação e armazenagem de papel e celulose no Porto de Santos. Haverá três terminais destinados a esse tipo de carga no porto no futuro (além destes, um terceiro no Cais do Macuco – NST; Figura 28), entretanto, os estudos de demanda publicados pelo

governo apontam que ainda assim haverá escassez de oferta ao longo do prazo dos arrendamentos, o que, tal qual apontado por WORLD BANK (2007)¹⁶⁷, pode incentivar práticas anti-competitivas;

Figura 28 – Terminais dedicados à movimentação e armazenagem de celulose em Santos

- STS11 e STS20, terminais destinados à movimentação e armazenagem de grãos sólidos minerais (principalmente fertilizantes) no Porto de Santos. Haverá quatro terminais destinados a esse tipo de carga na região no futuro (além destes, um arrendamento na região da Conceiçãozinha – TERMAG – e um terminal de uso privado fora da área do porto organizado; Figura 29), entretanto, os estudos de demanda publicados pelo governo apontam que

---

¹⁶⁷ E discutido no item 3.4.

ainda assim haverá escassez de oferta ao longo do prazo dos arrendamentos, justificando a regulação (tal qual no caso de papel e celulose). Além disso, os preços atualmente cobrados no complexo santista são consideravelmente mais altos que os de outros portos¹⁶⁸, indício de um possível abuso da posição de mercado (conforme disposto por WORLD BANK, 2007);

Figura 29 – Terminais dedicados à movimentação e armazenagem de granéis sólidos minerais em Santos¹⁶⁹

¹⁶⁸ Preço da movimentação portuária de R\$ 56/t ante R\$ 36/t no Porto de Paranaguá (Fonte: BNDES, 2012).

¹⁶⁹ O quarto competidor é um terminal de uso privado, localizado fora do Porto Organizado – TUP Vale Fertilizantes.

- STM02, terminal destinado à movimentação e armazenagem de granéis sólidos minerais (principalmente fertilizantes) no Porto de Santarém. Será o único terminal destinado a esse tipo de carga no porto e também não há outros terminais próximos existentes ou planejados (Figura 30);

Figura 30 – Arrendamento STM02

- VDC04, terminal destinado à movimentação e armazenagem de granéis sólidos minerais e granéis líquidos (alumina e seus insumos) – Figura 31. Os estudos de demanda apontam que este terminal atenderá exclusivamente à demanda de uma única empresa, de forma que a regulação se mostra necessária para que não haja a cobrança de preços abusivos;

Figura 31 – Arrendamento VDC04

- PAR01, terminal destinado à movimentação e armazenagem de papel e celulose no Porto de Paranaguá (Figura 32). Tal qual no caso do VDC04, deverá atender à demanda de uma única empresa, daí a necessidade de regulação;

Figura 32 – Arrendamento PAR01

- PAR03 e PAR37, terminais destinados à movimentação e armazenagem de granéis sólidos minerais (principalmente fertilizantes) no Porto de Paranaguá (Figura 33). Embora exista grande capacidade de armazenagem de fertilizantes em áreas fora do porto organizado, estes dois terminais gozarão de vantagens na movimentação (desembarque) da carga, através de acesso preferencial aos principais berços do porto dedicados a este tipo de carga, o que justificaria a regulação – há atualmente três berços dedicados à movimentação desse tipo de carga no porto¹⁷⁰, sendo um de uso exclusivo de um arrendamento existente (à empresa FOSPAR) e os outros dois terão acesso prioritário por parte dos arrendamentos PAR03 e PAR37.

¹⁷⁰ Outros berços podem ser usados, entretanto, de forma compartilhada com outras cargas e com piores condições de infraestrutura.

Figura 33 – Arrendamentos PAR03 e PAR37

5 Conclusões

O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro, instituído a partir da promulgação da medida provisória MP595/2012 (depois convertida na Lei 12.815/2013), trouxe importantes alterações no seu funcionamento, com os objetivos principais de aumentar a oferta de capacidade portuária e reduzir os custos portuários aos usuários.

Uma das principais alterações introduzidas pelo novo marco consiste nos novos critérios a serem considerados na adjudicação de instalações portuárias (concessão de portos ou arrendamentos¹⁷¹), foco principal desta dissertação.

A análise dos dois critérios que serão utilizados nos primeiros arrendamentos posteriores à nova lei, de maior capacidade efetiva de movimentação e de menor tarifa pela prestação dos serviços aos usuários, mostra que, a despeito de estes se mostrarem, em grande medida, alinhados aos objetivos do governo, não necessariamente conduzirão, na prática, ao aumento da oferta e à redução dos custos portuários.

Nos processos baseados na maior capacidade efetiva, o risco de comportamento oportunista em relação ao PBI do arrendamento e eventuais reservas de mercado por meio de competidores verticalizados, ou que tenham concentração horizontal, ameaçam o efetivo aumento da oferta de capacidade portuária. Consequentemente, reduz-se também a probabilidade de os leilões baseados nesse critério proporcionarem a redução dos custos. Resume-se o raciocínio a seguir.

A combinação da aplicação deste critério na forma de um compromisso de volume mínimo a ser movimentado com a penalização financeira em caso do descumprimento do volume ofertado tenderia a fazer com que o comportamento dos proponentes e, assim, o resultado dos processos, fosse, em princípio, similar ao de leilões baseados na maior oferta financeira.

---

¹⁷¹ Além de autorizações a terminais de uso privado, nos casos particulares em que houver conflitos locais que ensejem a realização de processo licitatório.

Num processo competitivo, os proponentes tendem a ofertar volumes maiores aos que realmente projetam movimentar, aumentando suas chances de sagrarem-se vencedores. O limite da oferta de cada proponente corresponderá ao volume que faz com que o acréscimo total do valor do arrendamento a ser pago ao longo da vida do contrato, somado à necessidade de investimentos adicionais em capacidade para justificar a adequação do projeto à movimentação proposta, iguale o valor do negócio por ele enxergado. Se, por um lado, essa lógica torna o processo mais simples e direto (já que cada proponente poderá traduzir sua proposta em termos financeiros), por outro, a necessidade de comprovação no PBI do arrendatário de que a capacidade projetada é suficiente para o atendimento da movimentação proposta pode ser um fator de desequilíbrio no processo. Parte dos proponentes pode apresentar comportamento oportunista fiando-se na possibilidade de conseguir burlar essa exigência e, consequentemente, ofertar valores maiores sem que planeje efetivamente implantar o aumento de capacidade associado. O fato de o PBI não ser considerado como critério de julgamento ou habilitação das propostas e ser avaliado em instante posterior à assinatura do contrato exacerba esse risco, embora, por outro lado, contribua para a maior celeridade do processo e para a diminuição do risco de haver questionamentos administrativos ou judiciais quanto a seu resultado.

Além do possível comportamento oportunista por parte dos proponentes com relação ao PBI, há dois outros problemas principais na aplicação deste critério que diminuem a isonomia no processo. Primeiro, operadores de terminais numa mesma região podem contar com a possibilidade de deslocarem cargas entre seus terminais para ofertar lances maiores no leilão. Dessa forma, há também o risco de que o objetivo de aumento da capacidade portuária não seja efetivamente alcançado, já que, na prática, nesse cenário, o vencedor tenderá a subutilizar a capacidade dos terminais (especialmente aquele do qual já era incumbente).

Segundo, operadores verticalizados controlam, em alguma medida, parte da demanda. Embora a verticalização não seja necessariamente indesejada e até mesmo uma tendência natural, reduz-se a isonomia do processo e aumenta-se a probabilidade de o agente regulador ter de intervir para garantir a universalidade e a isonomia na prestação dos serviços aos usuários – já que agentes verticalizados podem se beneficiar da restrição de acesso à capacidade por parte de seus

concorrentes, de forma com que o aumento esperado de capacidade não seja efetivado.

No caso das licitações baseadas no critério de menor tarifa, enxerga-se um risco ainda maior de o processo licitatório levar a um resultado diverso do esperado. Especialmente devido à ausência de pisos para os valores a serem ofertados, os vencedores naturais dos processos são operadores verticalizados, que podem ofertar tarifas inferiores ao custo marginal de prestação do serviço (no limite, iguais a zero) para vencerem o certame e remunerar a atividade portuária através de repasses ao longo da cadeia. Os benefícios de uma menor tarifa não seriam, assim, efetivos aos usuários. Esse risco é maior no caso de terminais com posição de monopólio: em caso de verticalização com uma companhia de navegação, o operador poderia sabotar os concorrentes no transporte marítimo, monopolizando também esta parte da cadeia e trazendo maiores ineficiências econômicas ao sistema; já em caso de verticalização com um exportador ou importador da carga, este poderia sabotar seus concorrentes. A vedação à verticalização mitigaria esse problema, mas é de difícil implantação na prática, dada a possibilidade de controle indireto de difícil rastreamento ou por meio de acordos ocultos (ilegais).

Mesmo em casos de vencedores não verticalizados nos leilões baseados neste critério, ainda haveria o risco de comportamento oportunista através de repasses em outras tarifas impostas aos usuários. Por fim, o critério de menor tarifa carrega também o menor incentivo à realização de investimentos, à eficiência e, consequentemente, ao aumento da oferta, ficando a consecução desse objetivo totalmente dependente da regulação de variáveis nos contratos – parâmetros mínimos de capacidade estática e de desempenho, somados à análise do PBI a ser proposto.

Devido aos riscos expressados, os critérios a serem adotados nos primeiros arrendamentos sob o novo regime jurídico, e a forma de sua aplicação, não se mostram os mais adequados para que os objetivos do Governo sejam alcançados. O próprio critério anteriormente utilizado para o arrendamento de instalações portuárias, de maior valor de outorga, poderia, sob certas condições – especialmente obrigações de investimentos mínimos em capacidade e, em caso de

terminais que enfrentam pouca competição, tarifas-teto – levar a resultados mais efetivos, principalmente por dar menor margem a comportamentos oportunistas nas licitações. Este critério, entretanto, não mais é admitido pelo novo marco regulatório.

Há dentre os critérios *principais* admitidos, entretanto, o de maior capacidade dinâmica, definida como a quantidade máxima de carga que pode ser movimentada na instalação portuária durante certo período de tempo. Este critério também poderia conduzir a melhores resultados do que aqueles a serem efetivamente utilizados neste primeiro momento. Compreende diretamente um dos dois principais objetivos perseguidos pelo governo, o de aumento da capacidade, e, indiretamente, o outro, de redução dos custos, na medida em que a maior competição resultante do ganho de oferta tende a levar à redução de preços. Nos casos em que houvesse competição restrita ou risco de prática de preços abusivos, seria possível a adoção de tarifas-teto. O alinhamento aos objetivos perseguidos pelo governo no caso desse critério é similar, portanto, ao caso do critério de maior capacidade efetiva.

Apesar dessa similaridade, o critério de maior capacidade dinâmica, em comparação à efetiva, possui menor risco de comportamento oportunista e, portanto, uma maior probabilidade de selecionar o proponente disposto a ofertar a maior capacidade, na medida em que: (i) a capacidade ofertada é usada diretamente como critério, em oposição ao instrumento do PBI, que pode levar a distorções nos processos de seleção baseados na capacidade efetiva; (ii) não dá a mesma vantagem a titulares de outros terminais na região, que, em processos baseados na maior capacidade efetiva, poderiam contar com volumes já movimentados em seus terminais atuais para ofertar lances maiores no processo de seleção do novo terminal. A isonomia no processo também seria maior, uma vez que proponentes verticalizados teriam menor vantagem derivada do maior controle sobre a demanda em relação a operadores independentes.

Por sua vez, em relação ao critério de menor tarifa, o de maior capacidade dinâmica tem suas principais vantagens na maior probabilidade de levar ao aumento da oferta, à realização de investimentos e à melhor técnica do projeto, além dos menores riscos de comportamento oportunista no processo de seleção e de renegociação futura do contrato.

A principal desvantagem do critério de maior capacidade dinâmica em relação aos dois critérios que serão efetivamente utilizados nos primeiros arrendamentos a serem feitos sob o novo marco regulatório é a sua menor objetividade, que aumenta o risco de questionamentos ao processo. Esse problema poderia, entretanto, ser mitigado com a definição de parâmetros claros a serem considerados pelos proponentes em suas propostas, bem como no julgamento das mesmas. A publicidade e a transparência seriam também fundamentais ao sucesso do procedimento.

Ficou clara na opção do Poder Concedente a preferência pela objetividade do critério e do processo (com inversão de fases), de forma a torná-lo mais célere e seguro, com menor risco de questionamentos administrativos ou judiciais que protelassem os processos de arrendamentos. Tal opção de curto prazo, entretanto, pode mostrar-se equivocada no médio e longo prazo, no caso da materialização dos riscos associados aos critérios a serem adotados.

6 Referências bibliográficas

ALEXANDER, I., ESTACHE, A., OLIVERI, A. **A few things transport regulators should now about risk and the cost of capital**. Working paper, Washington: The World Bank, 1997.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES) **Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro**. 2012.

GALLARDO, A. P. **Avaliação da viabilidade financeira de um novo porto de contêineres, à luz das diretrizes do decreto 6.620**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Naval e Oceânica) - Universidade de São Paulo, 2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração 08012.007452/2009-31**. Parecer do CADE, 2010.

COUTINHO, P. C. et al. **Estudo comparativo das estruturas de custos e avaliação de projetos/investimentos entre terminais portuários de uso público e terminais portuários de uso privativo misto**. Estudo elaborado para a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), 2012.

CRAMPES, C., ESTACHE, A. **Regulatory tradeoffs in designing contracts for infrastructure networks**. Working paper, Washington: The World Bank, 1997.

ENGEL, E, FISCHER, R., GALETOVIC, A. **Least-present-value of revenue auctions and highway franchising**. Working paper, Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2001.

ENGEL, E, FISCHER, R., GALETOVIC, A. **How to auction a bottleneck monopoly when underhand vertical agreements are possible**. The Journal of Industrial Economics, Vol. LII, pp. 427-455, 2004.

ESTACHE, A. **Privatization and regulation of transport infrastructure in the 1990's: sucesses ... and bugs to fix for the next millenniun**. Working paper, Washington: The World Bank, 1999.

- ESTACHE, A., CARBAJO, J. **Competing private ports – Lessons from Argentina**. Working paper, Washington: The World Bank, 1996.
- ESTACHE, A., GUASCH, J., TRUJILLO, L. **Price caps, efficiency payoffs, and infrastructure contract renegotiation in Latin America**. Working paper, Washington: The World Bank, 2003.
- ESTACHE, A., GONZÁLEZ, A., TRUJILLO, L. **Technical efficiency gains from port reform: the potential for yardstick competition in Mexico**. Working paper, Washington: The World Bank, 2001.
- ESTACHE, A., QUESADA, L. **Concession contracts renegotiation: some efficiency versus equity dilemmas**. Working paper, Washington: The World Bank, 2001.
- ESTACHE, A., e de RUS, G. **Privatización y regulación de infraestructuras de transporte: Una guía para reguladores**. Washington: Banco Mundial e Alfaomega Colombiana, 2002.
- FARREL, S. **The regulation of privatised ports: what are we trying to achieve?** Proceedings of the International Association of Maritime Economics Annual Conference, 2002.
- FOXLEY, J., MARDONES, J. **Port concessions in Chile: contract design to promote competition and investment**. Working paper, Washington: The World Bank, 2000.
- GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. Atlas, 2ª edição. São Paulo, 2002.
- GOLDBERG, D. J. **Regulação do setor portuário no Brasil: análise do novo modelo de concessão de portos organizados**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Naval e Oceânica) - Universidade de São Paulo, 2009.
- GONZALEZ, M., TRUJILLO, L. **Reforms and infrastructure efficiency in Spain's container ports**. Transportation Research Part A 42, pp. 243-257, 2007.
- KENT, P. **Monitoring for port antitrust behavior: an operational model and future challenges**. Annual Conference International Association of Maritime Economists, Panama, 2002.

- KENT, P., ASHAR, A. **Port competition regulation: a tool for monitoring for anti-competitive behaviour**. International Journal of Maritime Economics, 3, pp. 27-51, 2001.
- LAKATOS, E. M., e MARCONI, M. A. **Metodologia Científica**. Atlas, 2ª edição. São Paulo, 1992.
- LANGEN, P., PALLIS, A. **Analysis of the benefits of intra-port competition**. International Journal of Transport Economics, 33 (1), pp. 69-85, 2006.
- NAVARRETE, C. **Managing investment climate reforms: Colombian ports sector reform case study**. Working paper, Washington: The World Bank, 2004.
- NIEKERK, H. **Port reform and concessioning in developing countries**. Maritime Economics and Logistics, 7, pp. 141-155, 2005.
- NOTTEBOOM, T. E. **Concession agreements as port governance tools**. Devolution, Port Governance and Port Performance, Research in Transportation Economics, Volume 17, pp. 437-455, 2007.
- NOTTEBOOM, T., VERHOEVEN, P., FONTANET, M. **Current practices in European ports on the awarding of seaport terminals to private operators: towards a code of practice**. International Association of Maritime Economists Conference – Lisboa, Portugal, 2010.
- PALLIS, A.A., NOTTEBOOM, T. E, e LANGEN, P. W. **Concession agreements and market entry in the container terminal industry**. Maritime Economics & Logistics, 2008, 10, (pp. 209-228).
- TALLEY, W. **Port Economics**. New York: Routledge, 2009.
- THEYS, C., et al. **The economics behind the awarding of terminals in seaports: towards a research agenda**. Research in Transportation Economics, 27, pp. 37-50, 2010.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Acórdão Nº 554/2011**. TC 015.916/2009-0, 2011.

TOVAR, B., TRUJILLO, L., JARA-DÍAZ, S. **Organization and regulation of the port industry: Europe and Spain**. ES: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2004.

TRUJILLO, L., e NOMBELA, G. **Privatization and regulation of the seaport industry**. Working paper, Washington: The World Bank, 1999.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Guidelines for port authorities and governments on the privatization of port facilities**. Report by the UNCTAD secretariat, 1998.

WORLD BANK. **Port Reform Toolkit 2nd Edition. Public-Private Infrastructure Advisory Facility**. The World Bank, Washington, DC: World Bank, 2007.

WORLD BANK. **Brazil, How to revitalize infrastructure investments: public policies for better private participation**. The World Bank, Washington, DC: World Bank, 2007 (2)

7 ANEXO 1: Resumo da demonstração acerca da necessidade de adoção de pisos tarifários em processos de seleção pelo critério de menor tarifa (ENGEL, FISCHER e GALETOVIC, 2004)

Assuma-se a realização de uma concessão de uma instalação portuária em condição de monopólio, sob o critério de menor tarifa a ser cobrada dos usuários, complementado pela maior proposta financeira (levada em conta apenas em caso de duas proponentes ofertarem a mesma tarifa). Os resultados possíveis de tal concessão são:

1. Operador independente (não verticalizado) e competição entre companhias de navegação (transporte marítimo) – cenário C;
2. Caso a verticalização seja permitida, operador verticalmente integrado com companhia de navegação – cenário I;
3. Caso a verticalização não seja permitida, operador com acordo oculto com companhia de navegação – cenário U;

Assume-se que nos cenários I e U, as companhias de navegação que compitam com o vencedor da concessão serão sabotadas por este, visando à maximização de seu retorno.

No cenário C, dado um mercado de transporte marítimo perfeitamente competitivo, teríamos um custo total enxergado por exportadores ou importadores (custo portuário somado ao custo de frete marítimo) dado por:

$$p = s_l + w \stackrel{\text{def}}{=} p^c(w)$$

Onde: $p^c(w)$ = preço total cobrado aos usuários;

w = tarifa portuária cobrada dos usuários;

s_l = frete marítimo em mercado competitivo.

No cenário I, existe uma probabilidade de que o operador verticalizado não seja uma companhia de navegação eficiente, apresentando um frete $s_h > s_l$. A integração vertical causa, portanto, uma ineficiência econômica. No cenário U, em que a integração vertical é feita de maneira oculta (por meio de acordo ilegal), acrescentam-se ineficiências adicionais, dado o custo indireto associado à consecução desse acordo (quer seja um custo de transação ou devido ao risco associado à realização de um acordo ilegal).

No que tange ao lucro da operação, no cenário C, este seria dado por:

$$\pi^C(w) \stackrel{\text{def}}{=} (w - c) q(s_l + w)$$

Onde: $\pi^C(w)$ = lucro da operação portuária no cenário C.

c = custo da operação portuária;

$q(s_l + w)$ = demanda ao preço total cobrado dos usuários dado por $(s_l + w)$.

(assume-se q uma função demanda típica do preço total, com inclinação negativa).

Caso não houvesse regulação e a instalação portuária gozasse do monopólio, esta maximizaria seu lucro cobrando um preço w^m igual ao preço que maximiza seus lucros em condição de monopólio. A curva grossa na Figura 34 (retirada de ENGEL, FISCHER e GALETOVIC, 2004) representa o lucro da operação portuária em cada um dos cenários analisados.

Figura 34 – Lucro da operação portuária em diferentes cenários de mercado, em função da tarifa da operação portuária (w) [Fonte: ENGEL, FISCHER E GALETOVIC (2004)]

O lucro no cenário U (π^u) é independente de w , dependendo exclusivamente dos termos do acordo oculto entre as partes. O mesmo é válido para o cenário I (lucro independente de w). O lucro nesse cenário (π^i) é inferior ao do cenário C em caso de não regulação do preço da operação portuária, dada a ineficiência introduzida pela ausência de competição no mercado de transporte marítimo. Por último, $\pi^u < \pi^i$ em virtude das ineficiências adicionais resultado da ilegalidade do acordo de verticalização nesse caso.

Dado que $\pi^c(c) = 0$ (cenário em que o preço é igual ao custo) e que o lucro é crescente no intervalo $[c, w^m]$, então existe um valor de tarifa tal qual:

$$\pi^c(w^i) = \pi^i$$

Ou seja, existe um valor em que o lucro sob a condição de operador independente ou verticalizado legalmente é igual e, portanto, a estratégia adotada é indiferente. De forma similar, existe também um valor de forma com que:

$$\pi^c(w^u) = \pi^u$$

Analisando as disposições e a figura acima, depreende-se que:

1. Estabelecendo-se um piso no processo de seleção próximo ao preço de monopólio (w^m), como resultado do processo se obterá um operador independente (cenário C);
2. Estabelecendo-se um piso suficientemente baixo, o resultado do processo será a verticalização, com exclusão dos competidores;
3. A vedação à integração vertical gera um benefício, reduzindo o valor adequado do piso de w^i para w^u . Dessa forma, aumenta-se o intervalo no qual se pode estabelecer um piso tal que seja mais vantajosa a condição de operador independente, de forma a preservar-se a competição no mercado de transporte marítimo.

As ineficiências associadas à verticalização (legal ou ilegal) fazem com que o benefício econômico total (valor gerado aos usuários menos o custo da prestação dos serviços portuários e de transporte) seja sempre maior no caso do cenário C.

Caso não haja nenhum piso pré-estabelecido, nenhum valor de tarifa acima de zero representa um ponto de equilíbrio, já que o lucro a ser efetivamente enxergado no caso de verticalização é indiferente ao valor da tarifa resultado do leilão. Dessa forma, o processo competitivo de seleção tende a levar à escolha de um operador verticalizado (legal ou ilegalmente) e a tarifa ofertada resultante para zero. Necessariamente, a escolha do vencedor seria feita por meio de critério auxiliar, no caso analisado pelos autores, de maior proposta financeira. Nesse caso, a melhor proposta financeira e, portanto, a maior receita a ser auferida pelo Poder Concedente seria observada caso a verticalização fosse permitida (posto que o lucro é maior nesse caso do que no caso de um acordo ilegal entre as partes).

O mesmo resultado seria observado caso o piso estabelecido fosse excessivamente baixo, inferior a w^u . Nesse extremo, o benefício econômico total seria inferior mesmo ao caso de um monopólio não regulado na operação portuária. Exceto nesse extremo, a vedação à integração vertical sempre gera benefícios econômicos, permitindo que o Poder Concedente estabeleça um piso menor para a tarifa e, ainda assim, diminuir a probabilidade de verticalização do mercado.