

Recebido em: 16/10/2021

Aprovado em: 09/11/2021

A CONCESSÃO DE PORTOS ORGANIZADOS: O CASO CODESA

THE PORT CONCESSIONS: THE CASE OF CODESA

Felipe Nogueira Fernandes

Advogado da União, especialista em concessões e parcerias com a Administração Pública (IDP) e mestre em Direito Constitucional (IDP). Atualmente ocupa a função de Subchefê Adjunto de Infraestrutura da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República.

Bruno de Oliveira Pinheiro

Mestre em Regulação e Defesa da Concorrência (UnB) e Especialista em Regulação da ANTAQ. Atual Superintendente de Regulação da ANTAQ e Presidente da Comissão de Licitação de Concessões e Arrendamentos Portuários da ANTAQ.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modelos de administração portuária; 2 O panorama brasileiro; 3 O caso Codesa; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Está em curso no Brasil um movimento para conceder a administração de alguns portos organizados à iniciativa privada. Essa pode ser uma solução interessante para proporcionar mais eficiência à gestão dos portos públicos sem transferir completamente o ativo ao setor privado. Porém, a adequada modelagem do contrato de concessão é crucial para o sucesso desse modelo. No caso da Codesa, busca-se um modelo regulatório que propicie a maior liberdade comercial possível ao concessionário sem descuidar da proteção aos usuários. Assim, apenas parte das tarifas sofrerá regulação ex ante. Será ainda implementada uma regulação responsiva em que as receitas do concessionário dependerão do nível dos serviços prestados aos usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Porto Organizado. Concessão. *Landlord* Privado. Codesa. Modelo Regulatório.

ABSTRACT: There is an ongoing movement in Brazil to grant the administration of some public ports to the private sector. This can be an interesting solution to provide more efficiency to the management of public ports without utterly transferring the asset to the private sector. However, the proper modeling of the concession contract is crucial for the success of this model. In the case of Codesa, a regulatory model is sought that provides the concessionaire with the greatest possible commercial freedom without neglecting the protection for users. Thus, only part of the tariffs will be regulated ex ante. A responsive regulation will also be implemented in a way that the concessionaire's revenues will depend on the level of services provided to users.

KEYWORDS: Public port. Master Concession. Private Landlord. Codesa. Regulatory Model.

INTRODUÇÃO

Os portos podem ser definidos como locais natural ou artificialmente abrigados, dotados de águas tranquilas, destinados à realização de operações de movimentação de cargas ou passageiros provenientes de ou destinados a embarcações. Portanto, constituem um elo entre o transporte aquaviário e outros modos de transporte, como o rodoviário, o ferroviário e o dutoviário. Para o transporte intercontinental não há alternativa ao transporte marítimo, exceto para cargas pequenas e de alto valor, em que o transporte aéreo pode ser vantajoso por sua velocidade. Para que a cadeia de transporte funcione adequadamente, é fundamental que os portos sejam eficientes. Para isso os portos devem proporcionar o trânsito rápido e seguro dos bens e passageiros que passam por suas instalações.

Nas últimas décadas o transporte marítimo evoluiu consideravelmente, sobretudo com o avanço da containerização de cargas e a ampliação do porte das embarcações. Além disso, a intensificação do comércio internacional tem gerado o rápido crescimento do volume de cargas que passam pelos portos. Esse cenário gera uma pressão por investimentos em alargamento e aprofundamento dos acessos aquaviários, em expansão das áreas de atracação e dos pátios, em implantação e ampliação de terminais especializados dotados de equipamentos maiores e mais sofisticados, entre outros. Por tais razões, os portos têm se tornado mais intensivos em capital (TRUJILLO, NOMBELLA, 1999, p. 14-16). Além disso, num cenário de forte competição global, a eficiência dos portos é crucial para a competitividade das empresas. De acordo com o Relatório de Competitividade Global divulgado pelo Fórum Econômico Mundial¹ (2019), o Brasil ocupa a 104ª posição em termos de eficiência dos serviços portuários. Portanto, há muito espaço para melhorar.

Como meio para prover mais eficiência aos portos e terminais portuários, nas últimas décadas muitos países têm implementado políticas de privatização. Com esse propósito, foram adotados diversos modelos diferentes. Seguindo a tendência mundial, o Brasil passou por algumas reformas e atualmente o País já conta com forte participação de empresas privadas no setor portuário. Há inúmeras instalações portuárias privadas. Além disso, no âmbito dos portos organizados, os serviços de movimentação e armazenamento de cargas e de movimentação de passageiros já são quase que exclusivamente exercidos por empresas privadas, seja operando em terminais de uso exclusivo ou em cais público. Serviços auxiliares, como praticagem e rebocadores, também são desempenhados por particulares.

1 http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf

Porém, os portos organizados brasileiros ainda são administrados por entidades públicas, a grande maioria por empresas estatais federais ou estaduais². Mas há planos para mudar essa realidade. Estão em curso alguns projetos para conceder portos organizados à iniciativa privada, repetindo um movimento que, no setor aeroportuário, foi iniciado no começo da década passada e já obteve bons resultados³. Desses projetos, o que se encontra em estágio mais avançado é o de desestatização da Codesa, empresa pública federal que administra os portos organizados localizados no Espírito Santo.

Este artigo tem por objetivo descrever e avaliar o modelo de desestatização que se pretende implantar nos portos capixabas. Com esse objetivo, no primeiro tópico abordaremos os diversos modelos de administração portuária, descrevendo sucintamente vários arranjos institucionais em funcionamento em países da Europa, da América do Norte e da Oceania. No segundo tópico trataremos do panorama brasileiro, descrevendo os modelos admitidos pela legislação nacional e as possíveis vantagens e os riscos da concessão de portos organizados. No terceiro e último tópico descreveremos e avaliaremos o modelo desenhado para a desestatização da Codesa. Em seguida apresentaremos as conclusões.

1. MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA

Os portos marítimos são estruturas complexas formadas por instalações para atracação das embarcações e para movimentação e armazenagem de mercadorias ou movimentação de passageiros, pela infraestrutura aquaviária necessária para o acesso das embarcações ao porto (canais, berços e fundeadouros) e pela infraestrutura de acesso terrestre para a chegada ou escoamento das mercadorias que passam pelo porto, como rodovias, ferrovias e dutos. Além disso, conforme a espécie de carga, as operações portuárias demandam equipamentos como portêineres, esteiras, *shiploaders*, entre outros. Portanto, para que as operações portuárias sejam realizadas de forma eficiente, os portos devem contar com infraestrutura e superestrutura adequadas.

Nas últimas décadas, diversos países realizaram reformas institucionais para modificar a forma de governança de seus portos. Esse movimento foi desencadeado por dois fatores principais. De um lado, a partir

2 O porto de Itajaí é um dos poucos portos organizados explorados por município, que exerce a administração do porto por intermédio de uma autarquia.

3 De acordo com o *Global Competitiveness Report 2013-2014* elaborado pelo *World Economic Forum*, o Brasil ocupava a 113ª posição no quesito de qualidade da infraestrutura de serviços aéreos com nota 3,4. Já no *Global Competitiveness Report 2019*, a nota brasileira havia melhorado para 4,4 e o País passou a ocupar a 85ª posição.

do final dos anos 1970, num movimento liderado pelo Reino Unido, teve início uma tendência de diminuição do tamanho do Estado e liberalização de atividades econômicas, buscando uma maior participação da iniciativa privada e, com isso, mais eficiência (CAVALCANTE, 2017, p. 13-15).

Além disso, na mesma época houve grandes avanços no setor logístico e, particularmente, no transporte marítimo. O rápido avanço da globalização fez com que o comércio internacional crescesse com grande intensidade. Na esteira desse crescimento foram desenvolvidas novas tecnologias. O transporte de mercadorias por contêineres cresceu vigorosamente. Para obter ganhos de escala, as companhias marítimas passaram a encomendar embarcações cada vez maiores. Como resultado, surgiram pressões por novos investimentos nos portos, a fim de se adequarem a esse novo cenário que exigia a ampliação das instalações portuárias, acessos aquaviários mais profundos e equipamentos especializados capazes de atender aos novos navios.

Esses elementos combinados fizeram com que diversos países buscassem novos arranjos que permitissem atrair investimentos e melhorar a eficiência dos portos, sobretudo por meio de uma maior participação privada nas atividades portuárias. Além disso, em alguns países o processo de reformas portuárias também foi desencadeado com o objetivo de reduzir despesas públicas, uma vez que muitos portos operavam com prejuízo ou necessitavam de recursos públicos para investimentos. Foram assim testados novos modelos de administração portuária que permitissem maior participação de empresas privadas.

A depender da atribuição da responsabilidade por prover a infraestrutura ou a superestrutura necessária para a execução dos serviços portuários e do responsável por prestar tais serviços, podem ser identificados quatro principais modelos de administração portuária: (i) *public service ports*; (ii) *tool ports*; (iii) *landlord ports*; e (iv) *fully privatized ports*.

Os *Public Service Ports* ou simplesmente *Service Ports* possuem um caráter estritamente público. A autoridade portuária integra a estrutura do Estado e oferece todos os serviços necessários ao funcionamento do porto (BURNS, 2015, p. 22). A autoridade portuária é a proprietária, mantém e opera todos os ativos portuários (fixos e móveis), incluindo a infraestrutura e a superestrutura, equipa os terminais e executa os serviços de movimentação de cargas/passageiros (BANCO MUNDIAL, 2007, p. 82). Esse modelo dá ao governo o máximo controle sobre o setor portuário, mas impede investimentos privados. Além disso, a falta de competição pode resultar em ineficiências nas operações (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 408).

No chamado *Tool Port*, a autoridade portuária pública mantém a propriedade e a gestão tanto da infraestrutura como da superestrutura necessárias às operações portuárias, mas também permite que empresas privadas utilizem a estrutura do porto para prestar serviços de movimentação (BANCO MUNDIAL, 2007, p. 82). Normalmente, a operação dos equipamentos da autoridade portuária é feita por seus próprios empregados, enquanto outras operações, sejam a bordo dos navios ou no cais, são realizadas por empresas privadas (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 408). Esse modelo permite alguma participação da iniciativa privada, sem exigir que as empresas tenham que assumir altos custos iniciais ou fixos. Por outro lado, exige do poder público a realização de todos os investimentos tanto em infraestrutura como em superestrutura.

No modelo *Landlord Port*, a autoridade portuária atua como órgão regulador e como proprietário/arrendador (*landlord*) da infraestrutura, enquanto as operações portuárias, especialmente a movimentação de cargas/passageiros, é executada por empresas privadas (BANCO MUNDIAL, 2007, p. 83). A autoridade portuária mantém a responsabilidade pelo gerenciamento das terras e pelo desenvolvimento geral do porto. A infraestrutura de uso comum e os acessos continuam sob a responsabilidade da autoridade portuária. Mas as áreas destinadas às operações portuárias são arrendadas a operadores privados, que se responsabilizam pelos investimentos na superestrutura de suas instalações, incluindo os equipamentos. Uma das grandes vantagens deste modelo é a possibilidade de competição intraporto mediante o arrendamento de terminais a operadores que concorram entre si, além de permitir investimentos privados de maior vulto.

São possíveis duas variantes do modelo *Landlord Port*. Numa, as funções de autoridade portuária continuam sob responsabilidade direta de uma entidade estatal (*Public Landlord Port*), na outra a administração do porto é concedida à iniciativa privada por determinado tempo, que pode executar diretamente as operações de movimentação ou não (*Private Landlord Port*).

No modelo totalmente privado, denominado *Fully Privatized Port* ou *Private Service Port*, o porto é de propriedade privada. Incumbe à iniciativa privada administrar o porto, realizar as operações portuárias e fazer todos os investimentos. A participação do poder público limita-se basicamente ao exercício do poder de polícia e a atividades de segurança e proteção do meio-ambiente. Garante-se assim mais flexibilidade à realização de investimentos, que passam a ser orientados exclusivamente pelas forças de mercado. Por outro lado, aumentam os riscos de abusos decorrentes da posição de monopólio natural que alguns portos detêm (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 409).

Contudo, essa tipologia de modelos de administração portuária representa apenas uma simplificação de uma realidade muito mais complexa (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 414 e 431). São diversas as variantes adotadas no mundo. Por exemplo, pode haver variações em relação à instância de governo responsável pelos portos (local, regional ou nacional) ou quanto às características da entidade responsável por exercer as funções de autoridade portuária.

A quantidade de portos totalmente públicos vem diminuindo nas últimas décadas, uma vez que os governos de diversos países têm buscado maior participação da iniciativa privada no setor portuário, seja para fomentar novos investimentos ou para melhorar a eficiência das operações. Por outro lado, ainda são bastante raros os casos de portos que atendam a múltiplos usuários e que sejam totalmente privados. No Reino Unido adotou-se uma linha de privatização mais profunda, em que não apenas as operações, mas também a propriedade dos portos e mesmo atividades regulatórias, foram transferidas ao setor privado (BAIRD, 2013, p. 158). Mas a privatização ao estilo britânico foi questionada por Baird (1995 e 2013) e Saundry e Turnbull (1997), que concluíram que não teve os resultados esperados e gerou um ambiente menos competitivo. Na maioria dos grandes portos, prevalecem os modelos mistos em que as responsabilidades pelas atividades portuárias são repartidas entre o setor público e o privado.

Por exemplo, nos Estados Unidos, a maioria dos portos de cargas gerais é de propriedade pública, adotando o modelo *landlord* (FAWCETT, 2007, p. 217). Por lá, a responsabilidade pelos portos cabe preponderantemente aos Estados, havendo também portos de propriedade dos governos locais. Mas há certa dependência de recursos federais para realizar obras de dragagem, o que inibe a disposição em privatizar os portos (FAWCETT, 2007, p. 214). Segundo Fawcett (2007, p. 218 e 233), outra justificativa para a preservação da propriedade pública dos portos norte-americanos reside na maior capacidade das agências públicas em comparação às empresas privadas para levantar recursos para financiar investimentos na expansão de seus ativos. Assim, os portos norte-americanos são normalmente explorados por empresas pertencentes aos governos subnacionais, mas que podem alugar ou arrendar instalações a operadores privados (FLEMING, BAIRD, 1999, p. 384).

Na Europa continental prepondera o modelo *landlord* público. É o caso do porto de Antuépia, na Bélgica, que adota um modelo *landlord* em que, desde 1988, a autoridade portuária é exercida por uma companhia municipal (MEERSMAN et al, 2007, p. 92 e 104). Mas o governo regional tem um papel importante no financiamento da infraestrutura portuária na Bélgica (MEERSMAN et al, 2007, p. 95). Um modelo semelhante é

aplicado no porto de Roterdã, o maior da Europa. A autoridade portuária é exercida por uma empresa estatal cujo controle é do município de Roterdã e que tem como acionista minoritário o governo federal (DE LANGEN, DER LUGT, 2007, p. 119). Na Holanda cabe aos governos regionais e locais definirem o modelo de governança aplicável aos portos, mas há envolvimento do governo nacional para o financiamento de grandes obras de expansão portuária (DE LANGEN, DER LUGT, 2007, p. 118-119). A Itália, por sua vez, adota um modelo *landlord* um pouco diferente. Os maiores portos italianos são dotados de uma autoridade portuária pública controlada pelo governo central (VALLERI et al, 2007, p. 145-148). Na França, a reforma de 2008 estabeleceu uma divisão dos portos em dois grupos. Os portos secundários, chamados de portos descentralizados, são de propriedade dos governos locais, enquanto os sete portos principais estão sobre controle do governo central (LACOSTE, DOUET, 2013, p. 32). A legislação francesa estabelece que os terminais devem operar mediante um contrato com um operador, permitindo que as autoridades portuárias operem terminais apenas em algumas situações excepcionais (LACOSTE, DOUET, 2013, p. 32). Portanto, na França também se adota uma variante do modelo *landlord* público.

No Canadá, o processo de desestatização dos portos iniciou em meados dos anos 1980 e teve como principal motivação a redução do déficit público (BROOKS, 2007, p. 242-243). Nos principais portos canadenses foi implementado um modelo *landlord* em que a autoridade portuária é exercida por uma entidade sem fins lucrativos que em teoria deve operar como uma organização do setor privado e ser autossustentável, mas cujos diretores são indicados pelo Ministro dos Transportes (CHEN, 2009, p. 170; BROOKS, 2007, p. 248-249).

Os portos australianos são de responsabilidade dos Estados, que nas últimas décadas realizaram reformas profundas que buscaram reduzir despesas públicas e elevar a eficiência dos serviços. O modelo dominante foi o *landlord port* associado à corporatização das autoridades portuárias, que se tornaram empresas estatais⁴ (EVERETT, ROBINSON, 2007, p. 259-264). Porém, também houve privatizações mediante a venda da empresa incumbida da administração portuária juntamente com um contrato de concessão com vigência de 99 anos (EVERETT, ROBINSON, 2007, p. 265). Mais recentemente, a Austrália tem aprofundado essa estratégia de concessão de portos, adotando um modelo de *private landlord port* a

4 Nem todos os Estados adotaram o mesmo tipo de empresa estatal. A maioria optou por *statutory state-owned corporations* (SSOCs), enquanto a Tasmânia adotou o modelo de *government-owned companies* (GOCs). De acordo com Everett e Robinson (2007), as SSOCs permitem um envolvimento mais direto do governo na gestão da companhia.

fim de obter recursos para investir em outras infraestruturas (CHEN, PATEMAN, SAKALAYEN, 2016).

Portanto, há diversas formas de participação do setor privado em atividades portuárias, que vão desde o simples licenciamento de empresas para prestar serviços no porto até a completa alienação do porto a particulares, passando pelo arrendamento de áreas nos portos para a exploração de terminais por operadores privados (TRUJILLO, NOMBELLA, 1999, p. 16-18). É importante destacar que a escolha do modelo de administração portuária pode refletir diferentes objetivos estratégicos (BROOKS, CULLINANE, 2007, p. 414). Esses objetivos, por sua vez, são em boa medida dependentes do ambiente institucional, econômico, social e político em que estão inseridos os portos. Dito de outra forma, faz sentido que um país que busca assegurar que seus portos tenham uma gestão mais responsiva às forças de mercado adote um modelo diferente dos países que desejam que os portos tenham outros objetivos, como benefícios econômicos mais amplos decorrentes das externalidades positivas proporcionadas pelo desenvolvimento do porto. Em suma, o modelo deve ser coerente com os objetivos estratégicos que se busca atingir.

2. O PANORAMA BRASILEIRO

O Brasil não permaneceu alheio ao movimento de reformas portuárias acima descrito. A Lei nº 8.630, de 1993, apelidada de Lei de Modernização dos Portos, revogou o marco legal que, com algumas alterações, vigorava desde 1934. Um dos objetivos da nova legislação era privatizar as operações portuárias e criar um ambiente de competição entre os terminais portuários. Houve uma separação mais clara entre a oferta de infraestrutura e a prestação de serviços portuários. Adotou-se como diretriz que as operações portuárias, fossem elas executadas em áreas de uso comum ou em áreas exclusivas, deveriam ser delegadas à iniciativa privada⁵. Buscou-se assim a implantação de um modelo *landlord* nos portos organizados brasileiros. De fato, a partir de meados da década de 1990 diversas áreas de portos organizados foram arrendadas a empresas privadas para a implantação de terminais portuários especializados⁶.

A Lei nº 12.815, de 2013, que atualmente disciplina o setor portuário no Brasil, promoveu uma maior centralização de competências ao estabelecer que caberia à União celebrar os contratos de arrendamento

5 A Portaria MT nº 430, de 28 de julho de 1994, determinou que as administrações dos portos se abstivessem de realizar operações portuárias, para que exercessem exclusivamente as funções de autoridade portuária.

6 A Lei nº 8.630, de 1993, também previa a possibilidade de concessão do próprio porto organizado. Mas não houve novas concessões de portos organizados durante a sua vigência.

das instalações portuárias localizadas nos portos organizados, o que até então era atribuição das autoridades portuárias. Assim, ao menos em parte, as funções de *landlord* foram transferidas das autoridades portuárias para o governo central. Porém, num movimento inverso, a Portaria MTPA nº 574, de 2018, disciplinou a descentralização de competências relacionadas à licitação, gestão e fiscalização de contratos de arrendamento às entidades responsáveis pela administração dos portos organizados⁷.

A administração de portos organizados pode ser delegada a Estados ou Municípios, mediante convênio, por prazo de até 25 anos prorrogável por até mais vinte e cinco (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 9.277, de 1996; e art. 1º do Decreto nº 2.184, de 1997). O Estado ou Município ao qual for delegada a administração de porto organizado pode explorá-lo por entidade de sua administração indireta criada especificamente para essa finalidade ou por meio de concessão, observada a legislação federal (art. 4º da Lei nº 9.277, de 1996; e art. 4º do Decreto nº 2.184, de 1997). O delegatário deve desempenhar exclusivamente as atribuições de autoridade portuária, transferindo a terceiros as operações portuárias (art. 4º do Decreto nº 2.184, de 1997). Os portos organizados que permanecem sob gestão do governo central são administrados por empresas estatais federais.

A administração e exploração dos portos organizados podem ainda ser objeto de concessão à iniciativa privada, mediante prévio procedimento licitatório (art. 175 da CRFB, art. 1º, § 1º, art. 4º da Lei nº 12.815, de 2013; e art. 14, I e § 1º, da Lei nº 10.233, de 2001). Há vários modelos possíveis. O objeto da concessão pode abranger: (i) o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias; (ii) o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou (iii) o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias (art. 20 do Decreto nº 8.033, de 2013). O prazo da concessão deve ser determinado e suficiente à devida amortização dos investimentos, observado o prazo máximo de 70 anos, incluindo eventuais prorrogações (art. 2º, III, da Lei nº 8.987, de 1995; e art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013). Conforme dispuser o edital de licitação, a concessionária pode assumir a posição do poder público nos contratos de arrendamento ou em outros instrumentos relacionados à exploração de áreas do porto organizado (art. 22 do Decreto nº 8.033, de 2013). Nesse caso, tais contratos passam a ser regidos exclusivamente pelas normas de direito privado, sem prejuízo da obrigatoriedade de

7 A Portaria MTPA nº 574, de 2018, encontra base legal nos artigos 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e no art. 12 da Lei nº 9.784, de 1999, e exige o cumprimento de uma série de exigências para que possam ser delegadas competências às autoridades portuárias fomentando assim a eficiência da gestão portuária.

cumprimento das disposições contratuais originais pela concessionária (art. 22, §§ 1º e 2º, do Decreto nº 8.033, de 2013).

A exploração de instalações portuárias também pode se dar mediante autorização (art. 21, XII, “f”, CRFB, e art. 8º da Lei nº 12.815, de 2013). Desde o advento da Medida Provisória nº 595, de 2012, convertida na Lei nº 12.815, de 2013, não há mais exigência de movimentação de carga própria em instalações portuárias exploradas mediante autorização. O interessado deve possuir o justo título para explorar a área em que pretende implantar sua instalação portuária e assume integralmente os riscos do empreendimento⁸. A autorização vigora pelo prazo de até 25 anos, mas pode ser prorrogada sucessivas vezes sem limite de prazo total (art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815, de 2013). Desse modo, com base no regime de autorização, podem ser implantados verdadeiros portos privados.

Portanto, a legislação brasileira confere amplas possibilidades para a definição de modelos de governança para os portos brasileiros. Os portos organizados podem ser explorados por empresas estatais vinculadas ao governo central tal como ocorre no caso da Itália e da França. A administração dos portos organizados também pode ser descentralizada a Estados ou Municípios, adotando assim um modelo equivalente ao que prevalece nos Estados Unidos, na Bélgica ou na Holanda. Os Estados e Municípios aos quais for delegada a administração de portos organizados podem inclusive, se o respectivo convênio assim permitir, conceder o porto à iniciativa privada. Além disso, a União também está autorizada a conceder a exploração dos portos organizados ao setor privado, sendo-lhe facultado escolher entre diversos modelos que incluam ou não a exploração dos respectivos terminais. Há então permissão legal para adoção de um modelo semelhante ao que vem sendo aplicado em alguns portos australianos. Finalmente, há ainda a opção de autorizar a construção e exploração de portos privados com base no regime dos terminais de uso privado, de modo semelhante aos portos britânicos.

Como visto, a escolha do modelo mais apropriado em cada caso depende dos objetivos a serem atingidos, considerando o ambiente institucional, político e econômico. A exploração de portos envolve falhas de mercado que podem justificar algum grau de intervenção pública. A depender da distância em relação a outros portos e da infraestrutura de transporte terrestre, os portos podem assumir características de monopólio natural com maior ou menor intensidade (VINGING, BOARDMAN, 2008, p. 554-556). Nesse tipo de situação, os agentes econômicos tendem a

8 A outorga de autorização para a exploração de terminal portuário privado permite que nele sejam executadas atividades portuárias, mas não confere o direito de uso da área, que pode abranger imóveis públicos ou privados cujo direito de uso e fruição deve ser obtido pelo empreendedor por outros meios.

elevar preços acima do preço de equilíbrio num mercado competitivo, o que implica custos sociais. Há ainda alguns elementos da infraestrutura portuária que podem ser considerados “bens públicos” no sentido econômico do termo (GOSS, 1990, p. 261-262; VINING, BOARDMAN, 2008, p. 555-556). Também há problemas de externalidades. Os portos geram externalidades positivas que o operador da infraestrutura dificilmente consegue transformar em receita. Isso significa que os agentes econômicos privados não têm incentivos adequados para prover a quantidade ótima desses bens, o que pode justificar alguma espécie de subsídio público (VINING, BOARDMAN, 2008, p. 554).

No Brasil, a maior parte dos portos marítimos são distantes uns dos outros. Além disso, o sistema de transporte terrestre ainda é muito dependente do modo rodoviário, que especialmente em trajetos longos implica custos maiores aos embarcadores. Nesse ambiente, um modelo de administração portuária totalmente privado dificilmente seria adequado. Por outro lado, deve-se considerar as “falhas de governo” e as dificuldades associadas aos investimentos públicos. Entidades públicas em geral não têm os incentivos adequados para buscar a maximização da eficiência. Agravando esse problema, há ainda a possibilidade de interferência política na gestão dos portos públicos. Embora a grande maioria das autoridades portuárias brasileiras adote a forma empresarial, a legislação nacional ainda impõe uma série de barreiras burocráticas à gestão das empresas estatais.

De outro lado, as empresas privadas têm a flexibilidade e os incentivos adequados para perseguir continuamente ganhos de eficiência e em geral são mais responsivas às demandas do mercado. Além disso, no atual cenário de restrição fiscal, aumenta a importância do investimento privado para garantir a adequada expansão da infraestrutura brasileira. Por outro lado, as falhas de mercado inerentes ao setor portuário desaconselham um modelo de privatização total. Diante disso, os contratos de concessão podem ser um meio para tentar conciliar um modelo de gestão privada com a necessidade de orientar os gestores do porto a realizarem os investimentos suficientes para o adequado atendimento aos usuários. Mas para isso é fundamental que o contrato de concessão tenha uma modelagem apropriada, de modo a proporcionar ao concessionário os incentivos suficientes para que preste bons serviços sem onerar excessivamente os usuários.

Estão em curso no Brasil diversos estudos para a concessão de portos organizados. Até o momento, o processo para a concessão dos portos do Espírito Santo é o que está em fase mais adiantada. No próximo tópico, descreveremos o modelo desenhado para a desestatização da Codesa e os mecanismos que ele provê para garantir que o concessionário exercerá adequadamente a administração dos portos concedidos.

3. O CASO CODESA

O Complexo Portuário de Vitória e Barra do Riacho é composto pelos portos organizados de Vitória e de Barra do Riacho, administrados pela Codesa, empresa pública vinculada ao Ministério da Infraestrutura⁹. As instalações portuárias do primeiro estão localizadas nos municípios de Vitória e Vila Velha, enquanto as do segundo estão localizadas no município de Aracruz.

O porto de Vitória movimentou em 2020 cerca de 7 milhões de toneladas de carga¹⁰, sendo as cargas conteneurizadas a maior parcela somando em torno de 38,6%. O porto público de Barra do Riacho ainda não tem estrutura para movimentação de cargas, havendo apenas movimentação em terminais de uso privado das empresas Portocel e Petrobras. A previsão de movimentação para o porto de Vitória concedido é de 13,8 milhões no ano 2056, quase 100% de aumento.

Para a desestatização dos portos capixabas foi escolhido o modelo de *landlord* privado. Alguns argumentos ajudam a entender a escolha pelo modelo.

Porém, preliminarmente, é importante historiar que, no início da modelagem da concessão, havia dúvidas se o negócio de administrar um porto seria lucrativo a ponto de atrair interessados. Tinha-se a falsa percepção de que só a operação portuária seria rentável. Mas visitas realizadas pela equipe do Governo Federal a países como Austrália e Reino Unido quebraram esse paradigma. Constatou-se que a gestão portuária pode ser um negócio rentável. Por exemplo, o porto de Melbourne, maior porto de contêineres australiano, foi arrematado por um consórcio composto pela *Queensland Investment Corporation (QIC)*¹¹, o fundo federal *Future Fund*¹², o grupo de investimentos *Global Infrastructure Partners*¹³ (GIP) e um fundo de pensão canadense, o OMERS, nenhum deles ligados à operação portuária e tendo como exclusivo interesse o retorno dos seus investimentos.

Pois bem, voltando para os argumentos a respeito da escolha do modelo, cita-se de início o fato do porto hoje possuir arrendatários com

9 A Codesa foi instituída originalmente como sociedade de economia mista por força do Decreto nº 87.560, de 1982.

10 Fonte: ANTAQ, disponível em <http://web.antaq.gov.br/ANUARIO/>, acessado em julho de 2021.

11 A QIC é uma empresa de investimento do governo de Queensland, que é o terceiro estado mais populoso da Austrália.

12 Fundo soberano da Austrália.

13 O *Global Infrastructure Partners* é um fundo de investimento em infraestrutura e está sediado em Nova York.

contratos firmados com a União. Caso implementada a concessão, os contratos de arrendamento serão sub-rogados à concessionária, que assumirá a posição contratual da União¹⁴ (art. 22 do Decreto nº 8.033, de 2013). Dessa maneira, já teremos de partida a figura do senhorio portuário.

A segunda e principal premissa para escolha do modelo foi a preocupação com a criação de algum conflito de interesses caso se permitisse a exploração direta de áreas pela concessionária. Concluiu-se que o custo regulatório para verificar se a autoridade portuária privada estaria privilegiando as suas operações em detrimento de outros contratados seria muito grande, a ponto de inviabilizar o modelo.

Um exemplo simples do custo regulatório envolvido seria a fiscalização da utilização do canal de acesso. A ANTAQ teria que verificar quase que diariamente se o concessionário concedeu algum privilégio para a entrada ou saída de navios que fossem atender as áreas exploradas diretamente por ele, favorecendo suas operações em detrimento de outros operadores. Outro problema seria a assimetria concorrencial decorrente da capacidade do concessionário em impor custos maiores a operadores concorrentes por meio da definição do valor de arrendamento a ser cobrado dos terminais explorados por terceiros, favorecendo assim as suas próprias operações. Optou-se então por um modelo em que o concessionário não poderá executar diretamente as operações portuárias de movimentação/armazenamento de cargas ou passageiros.

Com o modelo de *landlord* privado escolhido, algumas outras preocupações regulatórias tomaram a pauta das discussões para a construção do modelo de gestão.

A primeira é a regulação das tarifas a serem cobradas pela concessionária. Como dito anteriormente, agentes econômicos em mercados não competitivos podem praticar preços acima do preço de equilíbrio. Outrossim, como destacam CHENG e YANG (2017), a estrutura tarifária dos portos influi diretamente sobre o custo do transporte marítimo, impactando no preço final dos produtos para os consumidores finais. Portanto, quando falamos de modernização e competição, falamos também de tarifas adequadas e coerentes, que incentivem a maior movimentação possível dentro dos portos, sustentando uma infraestrutura de qualidade, pois a ordem do dia é a redução do “Custo Brasil”.

No atual regime, as autoridades portuárias públicas têm todas as suas tarifas sob o regime de valor-teto, onde a ANTAQ aprova os valores

14 Porém, uma vez que os contratos passarão a ter como partes entidades privadas, perderá sua natureza de contrato administrativo. Os atuais contratos de arrendamento passariam à condição de contratos privados (art. 5º-A da Lei nº 12.815, de 2013). Assim, a concessionária do porto não poderá lançar mão das chamadas “cláusulas exorbitantes”.

a serem cobrados na tabela tarifária. Conforme a regulação eleita pela Agência, definida na Resolução Normativa ANTAQ nº 32/2019, a tarifa terá um preço-teto baseado na composição de três dimensões: custo (gastos para entregar o produto), performance (nível de capacidade e produtividade da infraestrutura) e valor (utilidade percebida ou elasticidade do consumidor). Na formação de preços com base em custos, estão envolvidos o conhecimento dos custos de seus serviços e fatores de mercado como grau de elasticidade da demanda, preços concorrentes e substitutos, estratégia de marketing, estrutura de mercado, entre outros. Para desenvolver a análise de precificação baseada em custos utiliza-se o conceito de *mark-up*, ou seja, a margem agregada ao custo para cobrir tributos, comissões, lucro esperado e despesas financeiras.

No entanto, para a CODESA privada pensou-se em permitir maior liberdade comercial para melhor eficiência na exploração do ativo, sem descurar da proteção dos usuários, principalmente nos serviços onde há monopólio da autoridade portuária privada. Citando novamente CHENG e YANG (2017), a precificação e o planejamento da capacidade de um porto são os principais aspectos a serem mais bem desenvolvidos na busca da melhoria da eficiência.

Nesse diapasão, a opção do poder concedente foi manter a regulação ex ante para a Tabela 1 – Acesso Aquaviário – e a Tabela 3 – Acesso Terrestre – onde restou configurado monopólio da autoridade portuária, enquanto as outras tabelas¹⁵ se submeterão a uma regulação ex post. No caso das tabelas 1 e 3, adotou-se a regulação pelo método de receita-média, onde a ANTAQ aferirá se a Receita por Carga Movimentada Ajustada para cada Tarifa Portuária, é igual ou inferior à Receita Teto - RT estabelecida pela Agência para cada Tarifa Portuária naquele ano.

A regulação das tarifas terá ainda um segundo mecanismo que é o limite de dispersão tarifária, com valores máximos e mínimos a serem cobrados aos usuários. Esse limite de dispersão não permitirá que o concessionário pratique um valor de tarifa bem superior à média para um grupo de cargas e outro bem inferior para outro, privilegiando assim esse último em detrimento do primeiro. Do contrário, com um jogo de números, a concessionária poderia abusar dos preços em um certo mercado, compensando em outro, de tal sorte a manter a Receita por Carga Movimentada Ajustada (RCA) dentro dos parâmetros aprovados pela ANTAQ.

15 De acordo com a RN32-ANTAQ são nove tabelas tarifárias portuárias: 1) Infraestrutura de Acesso Aquaviário, 2) Instalações de Acostagem; 3) Infraestrutura Operacional ou Terrestre; 4) Movimentação de Cargas; 5) Utilização de Armazéns; 6) Utilização de Equipamentos; 7) Diversos Padronizados; 8) Uso Temporário e 9) Complementares.

A outra preocupação regulatória é com a qualidade dos serviços prestados pela concessionária. Para isso, foi implementada a regulação responsiva¹⁶ no contrato de concessão, com a criação de indicadores de desempenho que irão definir o Fator Q, que impactará diretamente no valor da tarifa a ser praticada. O Fator Q será a soma dos efeitos dos indicadores de qualidade.

$$\text{Fator Q} = \sum \text{efeitos dos indicadores de qualidade} = \sum \text{IQn}$$

Indicador	Fórmula	Efeitos por indicador (IQ)	Apuração	Interpretação
I1. Manutenção da profundidade mínima do canal e dos berços	$(1 - (\text{Número de dias de calado reduzido no ano} \times \text{percentual de berços de atracação impactados}) / 365 \text{ dias}))$	$I1 \geq 95\%$ sem efeito Receita Teto; $87 \leq I1 < 95\%$: Receita Teto reduz 2%; $80 \leq I1 < 87\%$ Receita Teto reduz 4%; $I1 < 80\%$ Receita Teto reduz 8%	anual	quanto maior melhor
I2. Índice de Desempenho Ambiental	Composição e critérios do IDA estabelecidos pela Resolução ANTAQ nº 2.650, de 26/09/2012. Monitorado desde o início da concessão, mas somente a partir do 4º ano terá efeito sobre as tarifas.	Após os 03 (três) primeiros anos o concessionário terá a obrigação de pontuar minimamente igual ao ano anterior e $I2 \geq 85\%$ ou 7 melhores colocados no ranking: efeito tarifa nulo; caso contrário: tarifas de Acesso Aquaviário e Acesso Terrestre reduzem 0,5%	anual	quanto maior melhor
I3. Indicador da disponibilidade e infraestrutura	$\text{Horas inoperantes} / \text{Total de horas}$	se $I3 > 10\%$ média 3 últimos anos: tarifas tabelas I e III reduzem 0,25% para cada ponto percentual acima dos 10% da média, limitado a 5%	anual	quanto menor, melhor

16 “Na tentativa de ultrapassar o debate entre regular e desregular, Braithwaite propõe a chamada regulação responsiva (responsive regulation), segundo a qual a efetividade de regulação depende da criação de regras que incentivem o regulado a voluntariamente cumpri-las, mediante um ambiente regulatório de constante diálogo entre regulador e regulado.” (ARANHA, 2018, posição 3803 de 5395)

I4. Indicador de Atendimento de Notificações da ANTAQ e Reincidências	A. Quantidade de notificações emitidas pela ANTAQ atendidas tempestivamente/ Quantidade de notificações emitidas pela ANTAQ no mesmo período; e B. Quantidade de reincidências de notificações emitidas pela ANTAQ / Quantidade de notificações emitidas pela Antaq no mesmo período	se $I4_A < 90\%$ ou $I4_B > 30\%$, redução 0,25% tarifa	bienal	A quanto maior, melhor; e B quanto menor, melhor
I5. Indicador de Tempo Médio de Estadia	Tempo de estadia total / quantidade total de embarcações (expresso em horas)	$I5_t/I5_{t-1} \leq 0,95$; tarifas tabelas I e III aumentam 0,25%	anual	quanto menor, melhor
I6. Indicador da disponibilidade de áreas operacionais dos portos de Vitória e de Barra do Riacho	Soma das áreas operacionais exploradas (a) mediante contrato +(b) regime spot frequente / área operacional total disponível para exploração	$I6 \geq 0,60$	a critério da ANTAQ	quanto maior melhor

Tabela 1 - Indicadores de Desempenho. Fonte: Minuta de Contrato de Concessão - adaptação própria.

Merece destaque o indicador de desempenho de profundidade mínima de canal e berços. Considerado o ativo mais importante, o acesso aquaviário define a embarcação-tipo que o porto irá atender. Em um sistema de redes como o setor portuário, o ganho de escala é primordial e cada vez navios maiores escalarão os portos brasileiros, demandando maior profundidade do canal de acesso e dos berços.

Os recursos para manutenção e aprofundamento do canal de acesso do porto de Vitória estão alocados no fluxo de caixa da concessão e são uma obrigação contratual. Dessarte, em vez de multar o concessionário pela não realização da dragagem, diminui-se suas receitas tarifárias, criando o incentivo necessário para a efetivação do encargo.

4. CONCLUSÃO

Com a intensificação do comércio internacional, a eficiência dos portos tornou-se crucial para a competitividade das empresas. Nas últimas décadas, diversos países criaram mecanismos para ampliar a participação de agentes privados no setor portuário. O Brasil também reformou sua legislação de modo que atualmente é juridicamente viável a adoção de diversos modelos de administração portuária. A escolha do modelo mais apropriado em cada caso depende dos objetivos que se busca atingir, considerando o ambiente institucional, político e econômico.

A administração de portos envolve falhas de mercado que podem justificar algum grau de intervenção pública. Por outro lado, a exploração da atividade diretamente pelo Estado tende a ser ineficiente. Uma alternativa intermediária é a adoção do modelo *private landlord*, em que a administração do porto público é concedida por determinado tempo a um empreendedor privado, que fica obrigado a cumprir as obrigações definidas no contrato. Esse foi o modelo escolhido para a desestatização da Codesa e pode ser uma alternativa interessante para tentar conciliar a eficiência da gestão privada com mecanismos para superar falhas de mercado inerentes à exploração de portos. Mas o sucesso desse modelo depende em boa medida da adequada modelagem do contrato de concessão.

No caso da Codesa, podemos destacar três questões principais que exigiram bastante cuidado na definição do modelo regulatório. O primeiro ponto diz respeito ao risco de tratamento discriminatório aos operadores portuários decorrente de conflitos de interesses caso o gestor do porto também executasse operações de movimentação de cargas ou passageiros. Para endereçar esse problema, foi vedada a exploração de terminais portuários pela administração do porto, que será obrigada a terceirizar essas atividades.

O segundo consiste no risco de cobrança de preços abusivos pelo gestor do porto, aproveitando-se de sua posição monopolista. Para minimizar esse problema, buscou-se uma alternativa regulatória que, sem descuidar da proteção aos usuários, atribuísse mais liberdade comercial ao concessionário. Com esses objetivos, as tarifas relativas aos acessos aquaviário e terrestre serão reguladas *ex ante*, enquanto as demais tarifas

estarão sujeitas à regulação ex post. No caso das tarifas reguladas ex ante pretende-se adotar o método de receita média com limite de dispersão tarifária.

O terceiro aspecto a ser destacado consiste na implementação de uma regulação responsiva mediante a definição de indicadores de desempenho que vão compor o Fator Q, que influenciará diretamente as receitas do concessionário. O objetivo é criar um sistema remuneratório que efetivamente incentive o concessionário a prover serviços de qualidade aos usuários independentemente da atuação repressiva do regulador.

Em arremate, busca-se utilizar no contrato de concessão dos portos de Vitória e Barra do Riacho o que há de mais moderno em termos de técnicas de regulação, dando liberdade ao concessionário na gestão do ativo, sem a arcaica regulação de supervisão e controle, proporcionando assim um nível adequado de proteção aos usuários sem onerar excessivamente o Estado.

REFERÊNCIAS

ARANHA, M. I. *Manual de Direito Regulatório*. 4. ed. Londres: Laccademia, 2018.

BANCO MUNDIAL. *Port reform toolkit*. 2ª Ed. The World Bank, 2007.

BAIRD, Alfred J. *Privatization of trust ports in the United Kingdom: Review and analysis of the first sales*. *Transport Policy*, 2(2), 1995, p. 135-143.

BAIRD, Alfred J. *Acquisition of UK ports by private equity funds*. *Research in Transportation Business & Management*, Volume 8, 2013, p. 158-165.

BROOKS, Mary R. *Port devolution and governance in Canada*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 237-257.

BROOKS, Mary R; CULLINANE, Kevin. *Governance models defined*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 405-435.

BURNS, Maria G. *Port management and operations*. Boca Raton: CRC Press, 2015.

CAVALCANTE, Pedro. *Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM*. Brasília: Ipea, 2017. (Texto para Discussão, n. 2319).

CHEN, Shu-Ling. *Port Administrative Structure Change Worldwide: Its Implication for Restructuring Port Authorities in Taiwan*. *Transport Reviews*, 29:2, 2009, p. 163- 181.

CHENG, Jiannan; YANG, Zhongzhen. *The equilibrium of port investment in a multi-port region in China*. *Transportation Research Part E: Logistics and Transportation Review*, v. 108, p. 36-51, 2017.

CULLINANE, Kevin; SONG, Dong-Wook. *Port privatization policy and practice*. *Transport Reviews*, 22:1, 2002, p. 55-75.

DE LANGEN, Peter W.; VAN DER LUGT, Larissa M. *Governance structures of port authorities in the Netherlands*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 109-137.

FAWCETT, James A. *Port governance and Privatization in the United States: Public ownership and private operation*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 207-235.

GOSS, R. O. Economic policies and seaports: Are port authorities necessary? *Maritime Policy & Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 17:4, 1990, p. 257-271.

IPEA. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Portos brasileiros: diagnóstico, políticas e perspectivas*. Série eixos do desenvolvimento brasileiro. Comunicados do Ipea n. 48, 2010.

MEERSMAN, Hilde; VAN DE VOORDE, Eddy; VANELSLANDER, Thierry. *Fighting for money, investments and capacity: Port governance and devolution in Belgium*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. *Research in Transportation Economics*, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 85-107.

SAUNDRY, Richard; TURNBULL, Peter. Private profit, public loss: *The financial and economic performance of U.K. ports*, *Maritime Policy & Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 24:4, 1997, p. 319-334.

TRUJILLO, Lourdes; NOMBELA, Gustavo. *Privatization and regulation of the seaport industry*, *Policy Research Working Paper Series 2181*, The World Bank, 1999.

VALLERI, Marisa A.; LAMONARCA, Maria; PAPA, Paola. *Port governance in Italy*. In: BROOKS, Mary R; CULLINANE Kevin (eds.). *Devolution, port governance and port performance*. Research in Transportation Economics, Vol. 17. Elsevier, Oxford: 2007, p. 139-153.

VINING, Aidan R.; BOARDMAN, Anthony E. *The potential role of public-private partnerships in the upgrade of port infrastructure: normative and positive considerations*. *Maritime Policy & Management: The flagship journal of international shipping and port research*, 35:6, 2008, p. 551-569.

