

Minirreforma do Setor Portuário: Possibilidades e Oportunidades da Lei no 14.047

Rogério Gonçalves¹

RESUMO: Concorrência e Regulação polarizam o debate quando o assunto é o negócio portuário no Brasil. Centralizando a discussão sobre a participação do poder público e da iniciativa privada na década de 1990 uma grande reforma no sistema portuário implantou o modelo *Landlord Port*, aquele em que o poder público realiza investimentos na infraestrutura, tem a posse dos ativos e exerce a governança por meio da Autoridade Portuária, e a iniciativa privada realiza investimentos na superestrutura, nos equipamentos e realiza a operação portuária. A lei nº 14.047, de 25 de agosto de 2020, que nasceu da iniciativa do governo, por meio da Medida Provisória nº 945, mais do que proteger a mão de obra portuária, que foi a proposta original, realizou uma minirreforma portuária, tendo sofrido ao fim do processo dois vetos pelo poder executivo. Realizar uma análise dos avanços e espaços de melhoria oportunizados pela lei é o objetivo principal do artigo, que também pretende abordar um estudo de caso sobre a possível (in) definição regulatória e concorrencial sobre a cobrança do Serviço de Segregação e Entrega (SSE), tarifa que remunera a movimentações de contêineres após desembarque e movimentação aos portos secundários, os chamados retroportos. Além de apontar acertos do modelo escolhido, apontar um possível caminho futuro, o trabalho vai tentar demonstrar os problemas causados pela superposição de competências regulatórias e os custos que essa indefinição pode causar ao negócio portuário, no momento crucial que o Congresso debate o Programa BR do Mar a fim de alavancar a navegação de cabotagem no país.

Palavras-chave: Portos; Minirreforma Portuária; BR do Mar.

ABSTRACT: Competition and Regulation polarize the debate when it comes to port business in Brazil. Centralizing the discussion on the participation of public power and private initiative in the 1990s, a major reform in the port system implemented the Landlord Port model, one in which the public authority invests in infrastructure, owns assets and exercises governance by through the Port Authority, and the private sector invests in the superstructure, in the equipment and carries out the port operation. Law no. 14,047, of August 25, 2020, which was born from the government's initiative, through Provisional Measure no. 945, more than protecting port labor, which was the original proposal, carried out a mini port reform, having undergone at the end of the process two vetoes by the executive branch. Conducting an analysis of the advances and areas for improvement provided by the law is the main objective of the article, which also intends to address a case study on the possible regulatory and competitive (in) definition on the collection of the Segregation and Delivery Service (SDE), tariff that pays for container movements after disembarkation and movement to secondary ports, the so-called retroports. In addition to pointing out the correctness of the chosen model, pointing out a possible

¹ Capitão de Mar e Guerra (RM1) da Marinha do Brasil. Acadêmico de Graduação do décimo período da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). E-mail: rogeriogoncalves@terra.com.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0745118299680141>.

future path, the work will try to demonstrate the problems caused by the overlapping of regulatory powers and the costs that this lack of definition can cause to the port business, at the crucial moment that Congress debates the BR Program Sea in order to leverage coastal shipping in the country.

Keywords: Ports; Port mini-reform; BR do Mar.

INTRODUÇÃO

O negócio portuário no Brasil polariza um debate concorrencial entre o pensamento liberal e o protecionista desde a independência de Portugal. Alternando momentos de desenvolvimento e abandono por meio da exploração privada ou pelo esforço público, o país experimentou momentos que alternaram graus de eficiência variáveis ao longo do período imperial e o republicano, chegando aos dias atuais.

A partir do primeiro marco legal, o Decreto Imperial nº 1.746, de 13 de outubro de 1869, que possibilitou a concessão ao capital privado para a construção de infraestrutura portuária (BRASIL, 1869), pode-se observar que a participação da iniciativa privada conseguiu resultados interessantes que fortaleceram portos como Rio de Janeiro, Santos, Salvador e Recife. Naquele momento, a incipiente economia agroexportadora impulsionava a utilização portuária no longo curso e na cabotagem daquele país que ainda criava suas raízes.

Durante as primeiras décadas do século XX ainda imperou o modelo de exploração privada, porém as ineficiências de um setor sem regulação e fiscalização adequadas começaram a demonstrar naquele momento que medidas eram necessárias, retomando o Estado as rédeas do setor. Esse movimento ocorreu durante a era Vargas que compreendia a estrutura portuária como fator de desenvolvimento, mas por meio da mão estatal.

Mais adiante, durante o período dos governos militares, o aumento da participação do Estado em setores estratégicos da economia criou a PORTOBRAS, holding do sistema das Companhias Docas, que operando até o ano de 1991, instituiu um enorme e ineficiente sistema que a partir dos anos 1980 viveu uma grave crise que atingiu em cheio o sistema portuário brasileiro.

As mudanças dos últimos trinta anos, que estabeleceram o modelo *Landlord* ao sistema portuário e criaram a Agência Nacional de Transportes Aquaviários para regular o setor trouxeram novamente a participação da iniciativa privada, porém com regulação e fiscalização operada pela agência e diversos outros órgãos do poder.

Atualmente, ninguém mais duvida que o setor portuário é capaz de dinamizar a economia do país, por potencializar o comércio, seja o exterior, seja o nacional.

No momento em que a lei nº 14.047 é sancionada, novas questões são apresentadas pelos atores do setor, no sentido de avaliar se a reforma foi acanhada, se os vetos foram adequados e principalmente se não caberiam medidas de fortalecimento institucional à agência reguladora demonstrando o interesse em fortalecer as políticas públicas do setor mantendo a liderança e a coordenação da atividade no executivo, que poderá impulsionar ainda mais e consolidar a vocação natural do Brasil como produtor e exportador do agronegócio mais poderoso do mundo, seja no aspecto quantitativo como qualitativo.

1 MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA – IMPLANTAÇÃO DO MODELO LANDLORD NO BRASIL

Compreender os modelos da Administração Portuária, significa perceber o grau de participação do poder público e da iniciativa privada na gestão e operação dos diversos portos e terminais. Em termos legais, consoante o art. 2º, I, da lei 12.830, de 20 de junho de 2013, Porto Organizado é o “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”. Em termos doutrinários, pode-se compreender o porto como ponto de encontro, um *locus* onde ocorre a convergência dos demais modais de transporte, que se unem para entregar e receber bens e pessoas nesse complexo logístico. Nesse sentido, estabelecer as responsabilidades acerca da governança e operação dessa imensa infraestrutura significa pontuar o primeiro marco teórico do artigo.

Qualquer porto, independente do que planeja movimentar, carece de uma série de ativos de custo elevado. Desde seu acesso marítimo, passando pelos equipamentos da superestrutura, seus acessos terrestres, necessitam vultosos investimentos para aquisição, construção e manutenção. Desde a política que visa a manutenção do calado de operação e que passa pelo plano de dragagem, a aquisição do maquinário que garante as operações de carga e descarga, o melhor aproveitamento possível do espaço para armazenagem e os acessos terrestres que

garantem com redundância o fluxo evitando bloqueios e atrasos de movimentação impõem um alto custo de capital.

Nessa medida, construir e manter uma boa infraestrutura portuária exige o máximo da capacidade operacional e administrativa, independente de quem esteja à frente, seja o poder público ou a iniciativa privada e o tempo de recuperação desses investimentos em face dos preços e tarifas cobradas dos usuários representam uma das maiores questões que polarizam o debate público em torno da operação portuária pois o princípio da modicidade, insculpido no art. 3º, II, da lei 12.830 estabelece uma forte discussão entre os atores que desejam recuperar seus investimentos e os usuários dos serviços portuários.

Tendo em vista a natureza dos investimentos necessários, fica a cargo da Autoridade Portuária tudo o que envolve os acessos marítimos ou terrestres e a cargo dos operadores tudo o que é necessário à infra e superestrutura portuárias. Essa forma de gestão, desde a lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, estabeleceu o modelo *Landlord Port* aos Portos brasileiros.

O Banco Mundial, em sua publicação *Port Reform Tool Kit* define os modelos de governança portuária conforme abaixo:

Segundo o *Port Reform Tool Kit*, desenvolvido pelo Banco Mundial (WORLD BANK, 2007), vários fatores influenciam o modo como os portos são organizados, estruturados e geridos, incluindo: i) a estrutura socioeconômica do país; ii) seu desenvolvimento histórico; iii) a localização dos portos; e iv) os tipos de cargas manuseadas. A partir da combinação desses fatores, quatro principais modelos de gestão de portos surgiram com o tempo, sendo eles: i) Porto de serviço (Public Service Port); ii) Porto instrumento (Tool Port); iii) Porto proprietário (Landlord Port); e iv) Porto de serviço privado (Private Service Port). (TONOLLI et al, 2015, p. 167)

Para uma melhor compreensão dos diversos modelos portuários, muitas vezes uma imagem é melhor do que uma boa explicação (TONOLLI et al, 2015, p. 169):

	Service Port	Tool Port	Landlord Port	Fully Privatized Port
Investimento em infraestrutura portuária	Público	Público	Público	Privado
Investimento em superestrutura	Público	Público	Privado	Privado
Investimento em equipamentos	Público	Público	Privado	Privado
Operação portuária	Público	Privado	Privado	Privado
Administração do Porto	Público	Público	Público	Privado
Propriedade de terra e ativos	Público	Público	Público	Privado

Fonte: Booz & Company do Brasil Consultores Ltda (2012).

Nesse contexto, desde o *Service Port*, modelo em que o Poder Público assume completamente todos os investimentos até o *Fully Privatized Port*, onde todos os encargos estão a cargo da iniciativa privada, está o *Landlord Port*, modelo estabelecido no país desde a lei 8.630 e consagrado na lei 12.830, a partir de seu segundo capítulo. O modelo *Landlord* vem sendo utilizado em alguns dos principais portos do mundo, como Nova Iorque (EUA), Roterdam (Holanda), Cingapura e tantos outros.

Em um setor econômico com peso específico tão elevado, os interesses em jogo podem causar efeitos deletérios muito profundos, inviabilizando por completo determinado setor produtivo, logo as decisões necessitam ser bem debatidas a fim de respeitar a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, observando os princípios constitucionais da ordem econômica estabelecidos no art. 170 da Constituição Federal.

Numa análise técnica sobre o tema, idealmente deveríamos avaliar os portos considerados como referências mundiais de eficiência, objetivando identificar qual modelo de gestão é adotado. Rapidamente se constata que os grandes exemplos portuários – como Roterdam, Antuérpia, Hamburgo,

Los Angeles, Houston, Hong- Kong, Shenzhen, Ningbo e muitos outros – de longa data adotaram o modelo de gestão portuária denominado *Landlord Port*. (AQUINO, 2020, *on-line*)

Por meio da mais simples análise comparativa, percebe-se que a legislação ao propor o moderno *Landlord* tentou modernizar a governança dos portos brasileiros. A pergunta que fica é se apenas a legislação que propõe um bom modelo é suficiente para resolver os gargalos que são normalmente de natureza regulatória e concorrencial, a fim de produzir um bom ambiente de negócios e alavancar o setor portuário?

Prosseguimos tentando responder a essa e outras perguntas nos próximos capítulos.

2 A GOVERNANÇA E A REGULAÇÃO PORTUÁRIA COMO POLÍTICA DE ESTADO PARA O DESENVOLVIMENTO - LEI Nº 14.047/20

Como afirmado, o modelo *Landlord* foi implementado pela legislação infraconstitucional brasileira e nessa medida, podemos afirmar que os Portos Organizados e os Terminais de Uso Privado do país procuram seguir um ótimo modelo portuário em utilização internacional.

Em uma rápida avaliação, a Lei nº 12.815/2013 parece atender aos objetivos de maior incentivo à participação privada na atividade portuária brasileira. Contudo, a concentração decisória no governo federal e a análise da viabilidade locacional podem vir a se tornar entraves importantes à atração de entes privados e, conseqüentemente, à maior competição no setor. Como se observa, o setor portuário nacional tem passado por mudanças que seguem a tendência de abertura ao capital privado. Contudo, ainda que a evolução indique condições para competição no setor, ainda são escassos os estudos que verificam o nível de concorrência efetiva, bem como seus efeitos, sobre o funcionamento e as tarifas portuárias nacionais. (BRITO et al, 2015, *on-line*)

Advoga-se que grande parte dos problemas do setor portuário brasileiro residem nas questões regulatórias e de concorrência, se não vejamos: todo porto organizado possui o que a nomenclatura define como hinterlândia, que significa a área terrestre que sofre influência e que também interfere diretamente com o porto, por meio do fluxo de produtos. Decorre que o acesso portuário é fundamental para impedir os gargalos. Pois bem, a fim de explicar a concorrência no setor podemos dividir sua análise nos segmentos interportos, intraportos e intraterminais, levando em conta o mercado em sua dimensão produto e geográfica (hinterlândia).

No primeiro segmento, quando determinado usuário que se encontra na hintelândia ou mesmo pertencendo a outra tem acesso a mais de um porto para enviar ou receber determinados produtos, logo os portos concorrem por este usuário, que levará em conta o menor valor e o melhor serviço, assumindo que o custo logístico de traslado terrestre para levar ou receber sua carga a cada um dos portos concorrentes seja mais ou menos o mesmo. No segmento intraportos, quem disputa o usuário são pelo menos dois operadores portuários concorrendo no mesmo terminal por serviço idêntico e no segmento intraterminais, a disputa pelo usuário ocorre com ao menos dois terminais distintos dentro do porto organizado capazes de realizar a mesma operação portuária desejada pelo usuário.

Na medida em que, função das hinterlândias, normalmente não há agentes econômicos suficientes para gerar a concorrência, a tendência é que os mercados acabem operando em termos práticos como monopólios na medida em que a viabilidade econômica da concorrência normalmente é baixa. Ainda que a concorrência intraportos possa ser mais factível, dificilmente o mercado fugirá do oligopólio. Mercados que operam nesse formato devem sofrer um maior controle do agente regulador, que deve estar atento aos preços praticados e aos custos dos operadores, porém considerando as dimensões continentais e a grande quantidade de portos organizados e agentes operando em distintas localidades, normalmente os custos são bastante diferentes e não é tarefa simples ao regulador proporcionar modicidade nas estruturas de preços e tarifas ao usuário, consoante o ditame legal.

Uma alternativa à introdução da concorrência é a regulação dos preços dos serviços portuários por parte do ente regulador, como é feito em outros setores de infraestrutura como, por exemplo, a distribuição de energia elétrica. Todavia, a implantação dessa solução no setor portuário é bem mais complexa. Isso porque os custos dos serviços portuários são afetados por diversas variáveis que não são controladas pelo investidor: localização, facilidades de acesso terrestre e marítimo (calado, berços, área de acostagem etc.), administração portuária (burocracia, atuação comercial, etc.), tipo de superestrutura adequada para dado tipo de carga (guindastes para contêineres, esteiras para granel sólido, dutos para granel líquido, rampas para ro-ro, etc.) e disponibilidade de outros serviços ou de serviços de valor agregado. Estes fatores podem diferir muito de porto para porto, dificultando sobremaneira a tarefa do regulador de estabelecer o preço justo, ou seja, aquele que remunere adequadamente o investidor, mas não gere lucro econômico anormal. (COUTINHO et al, 2012, P.17)

Em um ano em que a humanidade vive uma grave crise de saúde pública e na economia devido ao COVID-19, o transporte marítimo demonstrou à sociedade sua importância na garantia dos fluxos de comércio, seja no longo curso ou na

cabotagem. No Brasil a atividade ganhou o reconhecimento de sua essencialidade pelo Estado. A fim de garantir melhores condições ao trabalhador portuário, foi editada a Medida Provisória nº 945, de 4 de abril de 2020, mas ao longo de sua tramitação no poder legislativo, sofreu uma série de mudanças que provocaram no Projeto de Lei de Conversão nº 30/20 uma verdadeira minirreforma portuária, que alterou os mecanismos de concessão portuária, facilitando um pouco mais os processos de outorga que incorporaram elementos de Direito Civil aos referidos contratos.

O PLC 30/20, convertido na lei nº 14.047/20, por meio de seu art. 12, estabeleceu um novo artigo 5º-A para a Lei nº 12.815/2013 que passou a estabelecer nos contratos celebrados entre a concessionária do porto organizado e terceiros, inclusive os que tenham por objeto a exploração de instalações portuárias, a regência de normas do direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da ANTAQ. Essa medida vai aproximar as concessionárias dos portos organizados ao concedentes dos contratos de arrendamento, mediante contratos privados. Essa alteração terá vital importância em futuras privatizações de autoridades portuárias.

Outra mudança importante promovida pela Lei nº 14.047/20 foi o art. 5º-B, que permite a possibilidade da celebração de contratos de arrendamento portuário sem a necessidade de licitação, na hipótese de um único interessado na exploração do bem e se estiverem presentes os pressupostos simultâneos: a realização de chamamento público pela autoridade portuária com vistas à identificação de interessados na exploração econômica da área e a conformidade com o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto. O mecanismo tem por propósito favorecer investimentos em terminais portuários localizados nos portos organizados.

Dois trechos do projeto foram vetados pelo poder executivo. Inicialmente foi vetado o caput e o parágrafo único do artigo 11 que previa a suspensão das contribuições de que trata a Lei nº 5.461, de 25 de junho de 1968, para os operadores portuários, considerados como empresas de serviços portuários, de dragagem e de administração e exploração de portos, vigorando até 31 de julho de 2021 na hipótese de vigência do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, encerrar-se antes da referida data.

De acordo com a proposta do Ministério da Economia o dispositivo violou o princípio da igualdade tributária previsto pelo inciso II do art. 150 da Constituição da República, pois significaria uma isenção tributária não concedida a outras categorias que também impactadas pela calamidade pública decorrente da pandemia do COVID-19, o que proporciona tratamento assimétrico a agentes econômicos distintos. Além disso, ao prever que a suspensão dessas contribuições se daria até 31 de julho de 2021, sem apresentar a estimativa do respectivo impacto orçamentário e financeiro, violou as regras do art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) e do art. 116 da Lei nº 13.898, de 13 de novembro de 2019 (Lei de Diretrizes Orçamentárias). Concluiu o veto que para concessão de isenção da contribuição seria mister lei específica, consoante o art. 150, § 6º, da Constituição.

O outro dispositivo vetado foi o inciso II do art. 3º da Lei nº 12.815/13, alterado pelo art. 12 do projeto de lei de conversão, que previa a garantia de modicidade das tarifas e da publicidade das tarifas e dos preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários.

De acordo com o Ministério da Infraestrutura, ao propor o veto, ao alterar o dispositivo retirando a previsão de modicidade dos preços cobrados pelas instalações portuárias, passando a fazer alusão somente à modicidade para as tarifas praticadas no setor, efetua alteração perene à Lei nº 12.815/13, não restrita ao momento de combate à pandemia, tendo potencial de causar uma oneração excessiva para aqueles que utilizam as instalações portuárias como meio logístico para a movimentação de suas cargas, sejam elas destinadas à cabotagem ou ao comércio exterior, principalmente àqueles que não detêm o controle da operação de terminais portuários, sujeitos às políticas de preços, o que tornaria sua logística não competitiva frente a outros mercados com o aumento dos custos.

Ou seja, além da questão da concessão de natureza tributária, entendida como inaceitável pelo governo, transparece pelo segundo veto que o princípio da modicidade expresso na lei nº 12.815/13 também é um bem a ser preservado e ainda que seja uma meta difícil a ser alcançada, necessita continuar existindo na legislação portuária brasileira.

Após a greve dos caminhoneiros de 2018, que praticamente paralisou a logística de produtos e serviços no Brasil em pouco mais de 72 horas, ninguém mais

tem dúvidas que a matriz de transportes brasileira precisa de maior equilíbrio, na medida em que o modal rodoviário responde por 65% da matriz e o aquaviário com apenas 11%. Nesse diapasão desde 2019 o governo preparou o Programa BR do Mar que em agosto de 2020 foi encaminhado ao Congresso Nacional, sob o regime de urgência constitucional. De acordo com o sítio do Ministério da Infraestrutura estabelece, o Projeto de Lei 4.199/20:

A medida legislativa tem como objetivo aumentar a oferta da cabotagem, incentivar a concorrência, criar novas rotas e reduzir custos. Entre outras metas, o Ministério da Infraestrutura pretende ampliar o volume de contêineres transportados, por ano, de 1,2 milhão de TEUs (unidade equivalente a 20 pés), em 2019, para 2 milhões de TEUs, em 2022, além de ampliar em 40% a capacidade da frota marítima dedicada à cabotagem nos próximos três anos, excluindo as embarcações dedicadas ao transporte de petróleo e derivados. (MINFRA, 2020)

Novamente os questionamentos acerca da infraestrutura portuária surgem no sentido de avaliar se estaria preparada para o aumento da frota marítima e do volume de contêineres estimado em curto prazo, de acordo com o projeto. Apesar da urgência constitucional, os debates entre os grupos de força e suas representações que polarizam os Armadores, os Marítimos e a Indústria de Construção Naval poderão simplesmente implodir o projeto, não se chegando a nenhum consenso dentro do Poder Legislativo.

Uma crítica contundente que o projeto recebeu é sobre a grande quantidade de artigos que deverá ser regulamentada por decreto de proposta do Ministério da Infraestrutura, trazendo preocupações os agentes econômicos que temem que a concorrência (sempre ela!) na Cabotagem fique ainda mais restrita às grandes empresas que atualmente já operam no país pela quebra de lastro em embarcações nacionais, medida hoje imposta pela Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997). Fica claro que a necessidade do fortalecimento institucional do agente regulador torna-se cada vez mais importante para o desenvolvimento do setor, onde a concorrência entre agentes econômicos é cada vez mais acirrada.

Talvez o caminho passe pela elaboração de uma verdadeira política de Estado que persiga o objetivo de construir a governança e a regulação necessárias

a um negócio crucial ao desenvolvimento da economia do agronegócio, responsável por cerca de 21% do PIB brasileiro.

Uma das alternativas que tem sido utilizada mundialmente que pode reduzir essa fragilidade é a do modelo de corporatização. Sua adoção no Brasil implica na mudança da composição societária das autoridades portuárias. Em Roterdã, a autoridade portuária possui como sócios, o município de Roterdã e o Governo Federal holandês. Singapura constituiu a *Maritime Port and Authority of Singapore* que administra o setor de forma corporatizada. Os portos de New York e New Jersey constituíram a The Port Authority of New York and New Jersey composta por representantes dos governos estaduais (BNDES, 2012). (CUTRIM et al, 2018, p. 214)

O futuro aponta para processos de desestatização do negócio portuário no Brasil. Estudos envolvendo o Ministério da Infraestrutura e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social (BNDES) poderão estabelecer novos modelos de gestão e exploração, iniciando com os portos de Santos, São Sebastião e Itajaí que lideram a lista de portos organizados a terem modelos específicos de privatização que pretendem manter o controle do poder público sobre de questões estratégicas. Seria a aproximação ao modelo *Fully Privatized Port*? O futuro irá responder a perguntas como essa.

3- ESTUDO DE CASO SOBRE A (IN) DEFINIÇÃO DA COBRANÇA DO SERVIÇO DE SEGREGAÇÃO E ENTREGA (SSE)

Tendo em vista os recentes movimentos do governo, parece muito claro que a percepção da importância e do peso do setor portuário a um país como o Brasil com aspirações de pertencer a OCDE e competir de igual para igual aos grandes *players* do comércio internacional, particularmente no agronegócio, o governo começa a propor uma forte política ao setor. Porém, enquanto intermináveis discussões em torno da regulação e concorrência ainda ocuparem o setor, impedirão o avanço seguro em busca de segurança jurídica e regulatória.

O processo legislativo da Lei nº 12.815 de 05 de junho de 2013 é um belo exemplo de como forças políticas e econômicas podem caminhar paralelamente para provocar o retrocesso de um modelo de regulação administrativa que se não era perfeito, estabelecia uma organização do setor mais clara e sistematizada. (FREITAS, 2014, p. 11).

Exemplo atual que merece atenção pois exemplifica o que pode ocorrer no setor quando recursos vultosos estão em jogo é a enorme dificuldade de se chegar a

consenso jurídico e regulatório quanto ao pagamento do Serviço de Segregação e Entrega (SSE), denominado anteriormente de *Terminal Handling Charge 2* (THC2).

De acordo com o atual entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a cobrança da SSE estaria supostamente em duplicidade devido à outra tarifa existente, que visaria remunerar os serviços de movimentação das cargas no processo de importação, a *Terminal Handling Charge* (THC), presente no pacote de cobrança ao usuário.

Por outro lado, a Autoridade Portuária, entidade regulatória a nível local e a ANTAQ, a nível federal, autorizaram a cobrança, em sede de decisões proferidas em processos administrativos, bem como por meio de Resoluções Normativas de caráter absoluto e abstrato. A mais recente é a Resolução Normativa ANTAQ nº 34, de 19 de agosto de 2019, que define os Recintos Alfandegados como locais declarados pela autoridade aduaneira competente, na zona primária ou na zona secundária, a fim de que neles possa ocorrer, sob controle aduaneiro, movimentação, armazenagem e despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial.

Nesse ponto mister registrar a hipótese de recente dissertação (FONSECA, 2020, p. 16):

O intuito da presente dissertação pode ser colocado para o leitor, do mesmo modo, na forma da seguinte pergunta ou problema: “seria lícito ao CADE aplicar sanções aos Operadores Portuários que atuaram em consonância com a regulação setorial portuária, ao cobrarem de seus clientes a tarifa de segregação e entrega de contêiner?”.

Tendo em vista a forte polarização sobre o tema e tendência atual das decisões judiciais começarem a concordar que o assunto pertence à esfera de competência da Agência Reguladora, vale pontuar os recentes trabalhos acadêmicos que analisam o problema e pontuam a tendência da jurisprudência atual.

Inicialmente, em relação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, tramitam a maioria das ações judiciais acerca da cobrança, conforme pontua o trabalho acadêmico da Dra. Rebeca Arruda Gomes:

Atualmente, a jurisprudência do TJSP é favorável, de maneira maciça, à cobrança do SSE. Baseadas em prova pericial inédita que analisou a sistemática das operações portuárias, as decisões do TJSP trazem o entendimento de que (1) conquanto o SSE e o THC pareçam semelhantes,

por envolverem a movimentação da carga dentro do terminal portuário, não se confundem, em razão de possuírem fatos geradores distintos e (2) a cobrança do SSE teve sua legitimidade reconhecida pela autoridade regulatória administrativa (GOMES, 2020, *on-line*).

Fundamental nivelar o entendimento e explicar a natureza do serviço. De acordo com FONSECA (2020, p. 52):

Desde logo faz-se necessário esclarecer que o termo “THC2” se trata de um apelido atribuído pelo CADE para a tarifa que remunera a movimentações de contêineres importados de modo a disponibilizar a entrega da carga, dentro das condições exigidas pela legislação, aos Portos Secos. A compreensão do tema passa pelo entendimento de quais serviços estariam abrangidos por cada uma das tarifas cobradas durante o procedimento de retirada do navio e interiorização da carga. Serão aqui analisados os serviços de movimentação de cargas na importação: a retirada do porão do navio, a colocação no costado do navio, a colocação na pilha do terminal portuário, e a entrega no portão do terminal portuário. **Os serviços descritos seriam remunerados pelas seguintes tarifas: Box Rate, Terminal Handling Charge e Serviço de Segregação e Entrega de contêineres** (grifo nosso).

Outro transparente trabalho que pontua bem o problema e vale o registro é da lavra do Dr. Benjamin Gallotti e do Dr. Gustavo Henrique Pôrto de Carvalho:

As instalações portuárias são decorrentes de planejamento do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, por meio da Secretaria Nacional de Portos e com a competência fiscalizatória e normativa da ANTAQ. Já os terminais retroportuários alfandegados (CLIAs, EADIs e Portos Secos) são de competência do Ministério da Fazenda, com atuação direta da Secretaria da Receita Federal (SRF). O que se evidencia disso é que as agendas entre as pastas ministeriais possuem graves ruídos de comunicação, vilipendiando o indispensável planejamento estratégico para que houvesse a esperada harmonia operacional entre as instalações, que deveriam funcionar de forma complementar, de modo que o terminal retroportuário alfandegado fosse um “pulmão” para os terminais portuários, facilitando o trabalho dos usuários, poupando os grandes centros do tráfego de caminhões e propiciando racionalidade de estoques e de logística (GALLOTI e CARVALHO, 2020, *on-line*).

A criação dos terminais retroportuários deveria permitir o aumento da qualidade do serviço por meio do aumento da celeridade e da segurança nas operações alfandegárias. Porém, na medida em que criou novos serviços aos operadores portuários, os mesmos não podiam ficar sem remuneração. Faltou apenas no passado que esse serviço fosse corretamente regulado por meio do ajuste entre os órgãos governamentais envolvidos.

E finalmente, para pontuar o que poderá ser o fim de um longo julgamento no CADE sobre o Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51, onde as

manifestações recentes de setores da autarquia poderão trazer um novo entendimento, deve-se citar o trabalho do Dr. Myller Kairo Coelho de Mesquita, publicado na Revista Portos e Navios (2020, *on-line*):

Nesse cenário, é grande a expectativa em torno do julgamento do CADE que vai apreciar novamente o SSE no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51. Naquele processo, com o aval do Superintendente-Geral, a Nota Técnica nº 7/2020 propôs ao Tribunal Administrativo modular a jurisprudência do CADE acerca do SSE. A sugestão é que, a partir da edição da RN nº 34/2019, a cobrança do citado serviço não seja mais considerada, por si só, ilícito concorrencial. Após esse marco, caberia à autoridade antitruste atuar apenas nos casos concretos em que se verificar abuso por parte dos operadores portuários. Apesar de ser louvável a evolução, o grande inconveniente dessa posição é ignorar a licitude civil, regulatória e concorrencial da cobrança também em período anterior à RN nº 34/2019. Assim, na linha das numerosas e robustas decisões judiciais recentes favoráveis ao SSE, o Plenário do CADE poderá aproveitar a oportunidade para rever o seu entendimento sobre a cobrança do serviço. Certamente, será mais um avanço em benefício da segurança jurídica e da estabilidade regulatória do setor portuário.

Em sentido oposto, merece ser pontuado o artigo publicado no O Estado de São Paulo no dia 24 de setembro de 2020, da lavra do Dr. Bruno Burini, intitulada **Defesa da THC2 envelhece mal e desinformada** (grifo nosso). O artigo comenta que o assunto THC2 remonta uma clara polarização de entendimentos entre os envolvidos em operações portuárias de importação e exportação de contêineres no Brasil. A tese defendida aqui é da clara anticompetitividade da taxa e da competência do órgão antitruste para seu julgamento.

Percebe-se a evidente superposição de competências concorrenciais-regulatórias nesse caso que atingiram inclusive o Tribunal de Contas da União, que ao intervir, determinou a ANTAQ a elaboração de norma reguladora sobre o assunto (NR 34/2019). Conforme afirmado desde a introdução deste trabalho, o debate concorrencial permeia o setor portuário desde suas origens e é de sua essência. FONSECA (2020, p.243) propõe na conclusão de sua brilhante dissertação a alteração do Capítulo III da lei das Agências Reguladoras, de modo que a legislação passe a autorizar expressamente um modelo de procedimento para identificação de imunidades antitrustes na ANTAQ.

É de clareza solar, assim, a relevância de se estabelecer um amplo debate sobre os limites da atuação do Cade em ambientes regulados, principalmente, para evitar situações de insegurança jurídica do administrado que não terá como saber se a regulação que lhe é aplicada

será mantida por eventual infração à ordem econômica. (FREITAS, 2015, p.146)

Mas será que mudar a legislação é realmente a solução? Fica esta e outras perguntas sem resposta. Porém urge a necessidade que o órgão regulador do setor portuário seja fortalecido a fim de institucionalmente poder enfrentar as difíceis questões regulatórias que o setor apresenta e que com o passar do tempo se apresentarão cada vez com maior intensidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo Landlord está bem definido e servirá muito bem ao modelo de expansão do negócio portuário brasileiro. Pode ser que no futuro uma nova normativa ainda aproxime mais o modelo *Landlord* ao *Fully Service Port*, tendo em vista os atuais movimentos de desestetização do governo. O problema que existe desde os primórdios, é o binômio concorrência x regulação, que nos tempos atuais, devido ao aumento da participação da iniciativa privada se torna crítico. Cabe revisitar as competências superpostas que atrapalham a melhor regulação ao setor portuário, impedindo o avanço seguro a um momento de maior segurança jurídica e regulatória. A lei 14.047 tem bons elementos para que o setor portuário possa evoluir, porém sem a eficiência de uma verdadeira política de Estado para o setor, preocupada com o fator regulatório e concorrencial não será possível vencer os desafios, principalmente se o Programa BR do Mar deslançar elevando a frota mercante e a carga a operar nos postos e terminais brasileiros. A atual falta de consenso sobre a SSE é um estudo de caso que mostra como uma questão concorrencial tem o condão deletério ao negócio, trazendo insegurança jurídica e regulatória ao setor.

REFERÊNCIAS

AQUINO. Sérgio. **Portos, modelo mundial ou rendição à burocracia brasileira.** A Tribuna. 09 jan 2020. Disponível em: <https://www.tribuna.com.br/noticias/portoemar/s%C3%A9rgio-aquino-portos-modelo-mundial-ou-rendi%C3%A7%C3%A3o-%C3%A0-burocracia-brasileira-1.82974>. Acesso em 15 out. 2020.

BRASIL. **Decreto Imperial nº 1.746, de 13 de outubro de 1869.** Autoriza o Governo a contratar a construção, nos diferentes portos do Império, de docas e armazéns para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/decreto/historicos/DPL/dpl1>. Acesso em 15 out. 2020.

BURINI, Bruno. **Defesa da THC2 envelhece mal e desinformada.** O Estado de São Paulo. 24 set 2020. Disponível em: www.politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/defes... Acesso em 15. Out. 2020.

CUTRIM, Sérgio Sampaio; BOTTER, Rui Carlos; ROBLES, Leo Tadeu. **Proposta de um novo modelo de governança portuária para o Brasil.** Revista Eletrônica de Estratégia e Negócios. 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.19177/reen.v11e0l2018200-221>. Disponível em: [www.portaldeperiodicos.unisul.br/.../v.11\(2018\)/Cutrim](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/.../v.11(2018)/Cutrim). Acesso em 15. Out. 2020.

BRITTO et al. **Promoção da concorrência no setor portuário: uma análise a partir dos modelos mundiais e aplicação ao caso brasileiro.** Rev. Adm. Pública vol.49 no.1 Rio de Janeiro Jan./Feb. 2015. <https://doi.org/10.1590/0034-76121690>. Disponível em: www.scielo.br/scielo. Acesso em 15. Out. 2020.

COUTINHO et al. **Modelos da estrutura do setor portuário no mundo e no Brasil, referencial teórico e metodologias para estudo da concorrência interportos e intraportos no Brasil.** Centro de Excelência em regulação de mercados. Universidade de Brasília. 2012. Disponível em: web.antaq.gov.br/portaltv3/Avaliacao_concorrencia... Acesso em 15. out 2020.

FREITAS, José Carlos Higa de. **Novo marco regulatório do setor portuário: forças econômicas e construção histórica.** Disponível em: www.periodicoseletronicos.ufma.br/article/viewFile. Acesso em 15 out. 2020.

Da Convergência e Complementariedade do Direito da Concorrência e a Regulação do Setor Portuário. Disponível em: www.revistas.unijui.edu.br/index.php/article/view. Acesso em 15 out. 2020.

FONSECA, Felipe Rocha da. **DISSERTAÇÃO: TERMINAL HANDLING CHARGE 2: Um estudo de caso acerca da relação entre regulação e concorrência no setor portuário brasileiro.** Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito. 2020. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle>. Acesso em 15 out. 2020.

GALLOTTI, Benjamin e CARVALHO, Gustavo Henrique Pôrto de. **Considerações sobre os posicionamentos dissonantes acerca da juridicidade da cobrança pelo Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres– SSE.** Revista de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário. v. 8, n. 48, p. 9–24, jan./fev. São Paulo: Síntese. 2019. Disponível em <https://www.jota.info/brdomar>. Acesso em 15 out. 2020.

GOMES, Rebeca Arruda. **A evolução da jurisprudência dos Tribunais de Justiça sobre o SSE. Análise do Serviço de Segregação e Entrega de Contêineres (SSE) e diálogo entre esferas judiciária e regulatória.** Revista Jota. 11 ago. 2020. Disponível em <https://www.gallotti.adv.br/noticias>. Acesso em 15 out. 2020.

MESQUITA, Myller Kairo Coelho de. **Judiciário legitima o SSE/THC2 em momento decisivo no CADE.** Revista Portos e Navios. 09 set. 2020. Disponível em <https://www.portosenavios.com.br/artigos/artigos-de-opinioao>. Acesso em 15 out. 2020.

MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA - MINFRA. **Programa BR do Mar.** MINFRA, 2020. Disponível em <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/brdomar>. Acesso em 15 out. 2020.

TONOLLI et al. **As implicações da lei nº 12.815/2013 na governança do setor portuário brasileiro pela ótica dos usuários.** Revista Gestão Industrial, Universidade Tecnológica Federal do Paraná - UTFPR Campus Ponta Grossa - Paraná – Brasil ISSN 1808-0448 / v. 11, n. 01: p. 166-190, 2015 D.O.I: 10.3895/gi.v11i1.1911. Disponível em: periodicos.utfpr.edu.br/revistagi/article/view. Acesso em 15. out 2020.