

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE

BÁRBARA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA BORGES

**INFRAESTRUTURA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E REGULAÇÃO NO
BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA LEGISLAÇÃO DE PORTOS**

NATAL

2017

BÁRBARA FIGUEIREDO DE OLIVEIRA BORGES

**INFRAESTRUTURA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E REGULAÇÃO NO
BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA LEGISLAÇÃO DE PORTOS**

Monografia apresentada ao programa de pós-graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof. Dr. Otacílio do Santos Silveira Neto.

NATAL

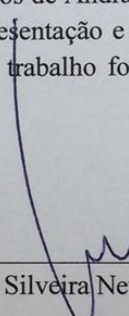
2017



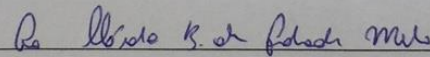
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO
PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

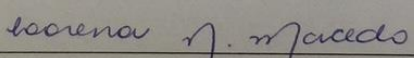
As 17 horas do dia 27 do mês de novembro do ano de 2017, na sala de videoconferência do NPJ, compareceu para defesa pública da monografia de Trabalho de Conclusão da Pós Graduação em Direito Administrativo, a aluna Bárbara Figueiredo de Oliveira Borges, tendo como título da monografia: **“Infraestrutura, Desenvolvimento Econômico e Regulação no Brasil: Uma análise jurídica da legislação de portos”**. Constituíram a Banca Examinadora os professores: Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto (orientador), Ana Cláudia Barros de Andrade Melo (examinadora) e Lorena Neves Macedo (examinadora). Após a apresentação e as observações dos membros da Banca Examinadora, ficou definido que o trabalho foi considerado APROVADO com nota final 9,5.



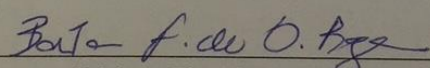
Otacílio dos Santos Silveira Neto (orientador) – UFRN



Ana Cláudia Barros de Andrade Melo (examinadora) – ALE/RN



Lorena Neves Macedo (examinadora) - FACEX



Bárbara Figueiredo de Oliveira Borges

Campus Central da UFRN - Natal/RN

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN.

Sistema de Bibliotecas - SISBI.

Catálogo de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do CCSA.

Borges, Bárbara Figueiredo de Oliveira.

Infraestrutura, desenvolvimento econômico e regulação no Brasil: uma análise jurídica da legislação de portos / Bárbara Figueiredo de Oliveira Borges. - 2017.

60.: il.

Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Otacílio dos Santos Silveira Neto.

INFRAESTRUTURA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E REGULAÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA LEGISLAÇÃO DE PORTOS

Resumo: O presente estudo está voltado a analisar o elo entre a infraestrutura portuária, sua regulação e o desenvolvimento econômico. Nesse sentido, ressalta-se a importância desse tipo de infraestrutura logística, desde a produção até o consumo de mercadorias, e os benefícios da regulação, pautada na liberdade de concorrência, para alcançar o tão almejado desenvolvimento brasileiro. Desenvolvimento esse que envolve uma série infindável de modificações de maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura econômica, cultural, psicológica e política, cuja finalidade é proporcionar melhor qualidade de vida e bem-estar a sociedade. Perpassa pelos problemas históricos do setor portuário brasileiro e sua ineficiência, com índices vexatórios, que pode levar à estagnação do setor e, conseqüentemente, a do mercado. Ainda, percorre a legislação portuária brasileira, evidenciando a entrada em vigor do novo marco regulatório do setor portuário, com vistas a reformular esse cenário, e às principais mudanças trazidas pela Lei 12.815 de 5 de junho de 2013, com destaque para as inovações que permitiram a instituição da concorrência assimétrica, principalmente a do terminal de uso privado, nos quais refletem diretamente nas atividades desta área.

Palavras-chave: Desenvolvimento Econômico. Infraestrutura portuária. Lei 12.815/13.

INFRAESTRUTURA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E REGULAÇÃO NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA DA LEGISLAÇÃO DE PORTOS

Abstract: The present study is aimed at analyzing the link between port infrastructure, its regulation and economic development. In this sense, the importance of this type of logistics infrastructure, from production to consumption of goods, and the benefits of regulation, based on the freedom of competition, to reach the long-awaited Brazilian development. That development involves an endless series of modifications in a way that leads to a radical change of economic, cultural, psychological and political structure, whose purpose is to provide a better quality of life and well-being of society. It runs through the historical problems of the Brazilian port sector and its inefficiency, with vexatious indices, which can lead to the stagnation of the sector and, consequently, the market. It also, travels through Brazilian port legislation, highlights the entry into force of the new regulatory framework for the port sector, with a view to reformulating this scenario, and to the main changes introduced by Law 12.815 of June 5, 2013, highlighting the innovations that allowed the institution of asymmetric competition, especially that of the private use terminal, in which they reflect directly in the activities of this area.

Keywords: Economic development. Law 12.815/13. Port infrastructure.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABTP – Associação Brasileira de Terminais Portuários

ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF – Constituição Federal

CNI – Confederação Nacional da Indústria

CNT - Confederação Nacional do Transporte

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano

OGMO – Órgão de Gestão de Mão-de-Obra

PIB – Produto Interno Bruto

PNLP – Plano Nacional de Logística Portuária

SEP/PR – Secretaria Especial de Portos da Presidência da República

TUP – Terminal de Uso Privativo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 TRAJETÓRIA DA INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA NO BRASIL	12
1.1 HISTÓRICO PORTUÁRIO NACIONAL.....	13
1.2 INEFICIÊNCIA LOGÍSTICA PORTUÁRIA ATUAL.....	15
2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	19
2.1 ECONOMIA BRASILEIRA.....	22
2.1 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO.....	24
2.3 INFRAESTRUTURA.....	25
2.3.1 Infraestrutura portuária no Brasil e no mundo.....	28
3 REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO	32
3.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO.....	33
3.2 O ATUAL MARCO REGULATÓRIO.....	36
3.2.1 Portos organizados e terminais portuários privados.....	37
3.2.2 Concessão e arrendamento ou autorização.....	41
3.2.4 Licitações para concessões e arrendamento e seus critérios de julgamento.....	42
3.2.5 Centralização da SEP e ANTAQ.....	44
3.2.6 A concorrência assimétrica.....	45
3.2.7 A eficiência do novo marco regulatório do setor portuário para o desenvolvimento econômico nacional.....	49
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A história das civilizações foi marcada pelo comércio marítimo internacional. Quando se lançaram ao mar, iniciou-se seu florescimento. Desde os fenícios até o fenômeno das grandes navegações, para alcançar as primeiras formações de Estados unificados, como conhecemos hoje, foram os portos que oportunizaram essa transformação mundial, possibilitando o desenvolvimento das nações.

A história brasileira também foi marcada pela atividade portuária. Desde seu descobrimento, passando pela exploração portuguesa de mercadorias primárias, aos cultivos da cana-de-açúcar, café, extração de ouro, borracha, ou mesmo com a soja, se deram pelas vias marítimas.

Hoje não é diferente. Apesar das grandes invenções que certamente influenciaram a globalização, como a do avião e a internet, a via marítima é o principal elo comercial entre os países globalizados.

Não à toa, países em franco crescimento econômico, como os asiáticos, estão investindo fortemente em infraestrutura portuária, sendo responsáveis por mais de um terço do fluxo comercial global.

O Brasil, em sentido oposto ao que ocorre com as grandes economias mundiais, historicamente relegou a infraestrutura logística como todo, gerando um sistema ineficaz, incluindo os portos, mesmo com um potencial navegável enorme e quase inexplorado. Como consequência disso, os preços dos nossos produtos são reconhecidamente mais caros, nos tornando pouco competitivos internacionalmente, resultando numa economia nacional que não se expande ou a faz num ritmo muito lento.

Percebe-se que para o desenvolvimento econômico de uma nação é necessário uma infraestrutura eficiente e que os portos são uma verdadeira alavanca para atingir tal objetivo. Desse modo, é inconcebível termos uma infraestrutura portuária tão precária e ineficiente, tolhendo nossa economia.

Com relação a esse estaque da economia brasileira, será visto que essa se deu, prioritariamente, pelo crescimento induzido, inspirado por fatores externos, de caráter muitas vezes acidental – como a alta de preços provocado pelo mercado externo – induzindo uma expansão em regiões produtoras que não geraram qualquer mudança estrutural nas mesmas, apenas ampliação. Tratando-se, na

verdade, de um surto e não de um processo, que não deixou vestígios, apenas casarões, igrejas e afins.

Tem-se, na realidade, um procedimento não auto-sustentado e autônomo da economia, no qual, enquadra-se como subdesenvolvimento e gera atributos desagradáveis a uma sociedade, como baixa renda per capita, altas taxas de natalidade e de mortalidade, alta participação do setor primário da economia na formação da renda; setor secundário atrofiado, baixa produtividade da mão de obra, entre outros.

A par dessa deficiente infraestrutura logística apresentada pelo Brasil, no qual, distancia-se da rota dos países desenvolvidos, exploraremos no presente trabalho a importância da infraestrutura como um todo, tendo destaque a portuária, com o fim de alcançarmos o desenvolvimento econômico, fenômeno auto-sustentado, gerador de transformações sociais e culturais, que possui o objetivo de melhorar a qualidade de vida e bem-estar da sociedade brasileira.

Não é à toa a ligação entre infraestrutura e desenvolvimento. A primeira tem como função precípua dar apoio às atividades do setor produtivo e sua prestação eficiente condiciona significativamente a produtividade e a competitividade. Além de outros tipos de infraestrutura, especificamente, a portuária impacta na economia por meio direto, como a expansão da capacidade de abastecimento ou o escoamento da produção, e indireto, com o aumento da oferta e redução dos preços dos produtos, e, conseqüentemente, a melhoria na qualidade de vida e bem-estar da sociedade.

Ainda, será apreciada a complexa legislação portuária do Brasil que a disciplina, questionando se a mesma deu e dará sustentação para galgar o propósito do tão almejado desenvolvimento. Perpassa, para isto, pela legislação histórica, outrora retrograda e monopolista, até o novo marco regulatório, promulgado pela Lei 12.815 de 05 de junho de 2013, que inovou em alguns institutos, possibilitando a livre concorrência para esse setor.

Para tanto, o trabalho está disposto em três partes. A primeira tratará da infraestrutura portuária no Brasil ao longo do tempo, desde seu início com o descobrimento de Portugal, ou mesmo a abertura dos portos às nações amigas, até a ineficiência atual, destacando os principais problemas que vão do processo de distribuição ao trajeto das fábricas até o cliente final. Como: a precária infraestrutura de acesso, o congestionamento dos navios nos portos, calados que não atendem navios de grande porte, falta de locais de armazenagem, entre outros.

A segunda parte discorrerá sobre o processo de desenvolvimento econômico e sua importância para uma nação, diferenciando do crescimento. Para tanto, perpassa pela história da economia brasileira e as características do subdesenvolvimento, mostrando os malefícios do mesmo à sociedade e, ao contrário, pontuando o desenvolvimento como direito garantido pela Constituição Federal, concluindo com a relevância de uma infraestrutura de qualidade como propulsora desse processo.

A terceira e última parte examina e critica a regulação portuária brasileira, analisando a legislação histórica até chegar ao atual marco regulatório, na tentativa de identificar as causas do atual estágio em que se encontra, o que a sociedade brasileira pode esperar a longo prazo e se a mesma dará base ao processo de desenvolvimento da nação, objetivo pelo qual foi proposta.

Como metodologia para alcançar os resultados foi realizada uma pesquisa bibliográfica, juntamente com a avaliação de dados econômicos encontrados em revista, jornais e anuários estatísticos, além do exame da legislação brasileira. Considerando esses fundamentos, a presente monografia se propõe a analisar o elo entre a infraestrutura portuária, a regulação desse setor e o desenvolvimento econômico.

1 TRAJETÓRIA DA INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA NO BRASIL

Um dos pilares do desenvolvimento econômico é uma infraestrutura eficiente, que atenda aos objetivos diversos de um país, viabilizando potencialmente os produtos, integrando a população à economia nacional, por meio de modais de transportes e sistemas de comunicações eficazes que interliguem, de fato, as regiões do país e minimizem os desperdícios de recursos ao otimizar sua utilização.

Historicamente, o Brasil pouco investiu e incentivou a infraestrutura logística do país, mostrando-se incapaz de garantir as aplicações necessárias nesta área. As crises financeiras vividas pela nação agravaram a situação, gerando declínio dos investimentos estatais que levou à deterioração dos serviços, provocando a longo prazo, elevação dos custos gerais da economia, traduzidos em perdas substanciais de competitividade interna e externa, causadas por ineficiências desses serviços.

Sétima economia mundial, o Brasil, entretanto, só aparece em 22º lugar no *ranking* de países exportadores, onde as vendas externas representam pouco mais de 1% no cenário mundial¹. O país que mantém, historicamente, uma cultura de exportar *commodities* tem no escoamento do agronegócio uma problemática, apontado pelos exportadores como ineficaz.

Aquém das suas reais necessidades, é possível ainda analisar a precariedade da infraestrutura de transporte brasileira através do Índice de Eficiência Logística, criado pelo Banco Mundial em 2007, no qual o Brasil ocupa, apenas, o 41º lugar numa lista de 155 países².

O segmento de serviços de infraestrutura portuária é de fundamental importância para o desenvolvimento nacional, pois é por meio de utilização desses serviços que é viabilizada a quase totalidade das operações de comércio nacional, principalmente pela exportação das *commodities*.

Ademais, tem-se a via marítima como a mais adequada para o transporte de carga em grande escala, evidenciando-se a dependência intrínseca entre o comércio exterior e o sistema portuário. Enquanto a circulação interna de mercadorias dar-se-á pela malha rodoviária, a matriz brasileira de exportação de produtos é

¹ SARTO, B. D. et al. A infraestrutura logística brasileira e os impactos nas exportações: um estudo multicaso de empresas exportadoras do sul de Minas Gerais. **Seget - simpósio de excelência em gestão e tecnologia**, Belo Horizonte, v. 12, p. 1-11, out. 2015. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos15/9122284.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

² REVISTA PORTUÁRIA. **A ineficiência da infraestrutura logística do Brasil**. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141>>. Acesso em: 12 set. 2017.

predominantemente aquaviária, com índice de 95% do intercâmbio realizado por instalações portuárias³.

1.1 HISTÓRICO PORTUÁRIO NACIONAL

Em vista disso, qualificando-se como um dos mais tradicionais segmentos da economia nacional, o sistema portuário brasileiro teve origem na colonização do país, dado que o transporte aquaviário era utilizado para comercializar mercadorias entre a colônia e Portugal, desde o início com a exploração do pau-brasil, galgando pela cana de açúcar, ouro, entre outros, mesmo de modo rudimentar.

Um marco na história portuária brasileira foi a abertura dos portos às nações amigas, em 1808, quando o Rei D. João VI, ao transferir para o Brasil a Corte Portuguesa, promoveu a abertura, antes restritos por séculos ao comércio com a metrópole, significando o fim do pacto colonial. Teve por objetivo dar continuidade às atividades comerciais e possibilitar crescimento econômico e incremento de mercadorias a estas terras que agora abrigava uma corte real⁴.

O decreto de abertura dos portos brasileiros favoreceu o comércio internacional, sendo efetivamente, as primeiras permissões e concessões vistas para exploração das atividades portuárias no nosso país, beneficiando principalmente a Inglaterra, devido ao seu nível de desenvolvimento industrial, que passou, a partir daquele momento, a negociar diretamente com a colônia mais próspera da América Latina.

Consequentemente, o Brasil se libertou do monopólio português, método que o mercantilismo impunha a uma colônia: o comércio exclusivo. Em segundo lugar, a abertura dos portos extinguiu o grande entrave do desenvolvimento nacional, possibilitando a comunicação efetiva com diversos países. Tornou-se possível comercializar com as nações mais industrializadas do mundo, tirando o Brasil da letargia econômica em que estava relegado.

A comercialização direta com países mais desenvolvidos representou uma grande oportunidade para o Brasil, dando acesso a bens mais sofisticados pelos

³ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação portuária**: A regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 3.

⁴ Para alguns historiadores, tal medida visava apenas o interesse e a conveniência da Corte Portuguesa.

preços mais baixos, o que fez proliferar, ao longo da costa brasileira e vias internas navegáveis, a figura dos ancoradouros sob o regime de permissão⁵.

Anos depois, em 1846, o Visconde de Mauá, hoje o patrono da Marinha Mercante brasileira, criou a Companhia de Estabelecimento de Ponta da Areia, no Porto de Niterói, origem dos navios que praticavam a cabotagem brasileira e que possuía linhas regulares para a América do Norte e Europa.

O governo imperial, em 1869, por meio do Decreto nº 1746, também conhecido como “Lei das Docas”, previu a concessão à iniciativa privada da exploração dos portos. Tal fato decorreu da necessidade de melhorar as instalações portuárias existentes por conta do incremento na movimentação portuária, justificada pela criação da Companhia do Visconde de Mauá.

Com advento da proclamação da República, em 1888, foi aberta a concorrência para a privatização dos portos, sendo a administração do porto de Santos a primeira a ser privatizada. Os investimentos, especificamente no porto de Santos, começaram a surgir. Em lugar de trapiches e pontes foram construídos cais que, com isso, permitiu-se a atracação de navios com maior calado. Dava-se assim, partida às operações do primeiro porto organizado, explorado pela iniciativa privada através da então constituída, Companhia Docas de Santos⁶.

Ressalta-se conceitualmente que, porto organizado engloba o aparelhamento para manter as necessidades de navegação e da movimentação das mercadorias, concedido ou explorado pela União, sendo uma área compreendida pelas instalações portuárias, que entre elas encontram-se as docas, ancoradouros, cais, *piers*, pontes, armazéns, vias de circulação internas, etc⁷.

Hoje, o sistema portuário nacional compõe-se de 37 portos públicos organizados. Deste total, há 18 portos delegados, concedidos mediante concessão.

⁵ ARAÚJO, Francisco H. Castelo Branco. **Sistema portuário brasileiro**: evolução e desafios. Florianópolis: UFSC, 2013. 67 f. Dissertação – Programa de pós-graduação em engenharia e gestão portuária. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/estudos-e-pesquisas/tcc/francisco-humberto-castelo-branco-araujo.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

⁶ KAPPEL, Raimundo F. Portos brasileiros: novo desafio para a sociedade. Brasília. Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/livro/57ra/programas/conf_simp/textos/raimundokappel.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

⁷ SOUZA JUNIOR. Suriman Nogueira de. **Regulação portuária**: A regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008. P. 23.

Existem ainda 39 portos fluviais sob a competência da Secretaria Especial de Portos - SEP, segundo dados da própria Secretaria, em 2017⁸.

São perceptíveis, desse modo, os avanços ao longo dos anos, ainda com a criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, a SEP, as leis de modernização de portos, elaboração do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, nos quais criaram expectativas de ampliação dos investimentos em todo o setor.

Entretanto, tais medidas não acompanharam as demandas do país. Apesar dos avanços, o Brasil ainda enfrenta graves problemas no setor de transportes. As dificuldades administrativas, por exemplo, têm impedido o uso eficaz de todos os recursos disponíveis para investimentos.

Diversos são os fatores que comprometem a eficiência do sistema portuário brasileiro. Entre eles, é possível identificar a burocracia, infraestrutura de acesso rodoviário, portos saturados, custos portuários, deficiência na armazenagem, demora na liberação dos produtos, entre outros. Não é possível apontar apenas uma única barreira à dinamização desse sistema, mas a conjunção de todas resulta em um segmento que necessita de expansão e modernização⁹.

1.2 INEFICIÊNCIA LOGÍSTICA PORTUÁRIA ATUAL

Primordial para o desenvolvimento de um país, a infraestrutura portuária pode ser considerada uma alavanca, principalmente no âmbito do comércio internacional. Para se ter uma ideia, a participação dos portos na relação comercial brasileira com o mundo é de aproximadamente 80%, em termos monetários, e de 95% em peso, segundo dados de 2012¹⁰.

O Brasil possui um enorme potencial para ter um sistema portuário avançado devido à extensão do litoral e a capacidade aquaviária interna. São cerca de 40 mil quilômetros de rios navegáveis e quase 7 mil quilômetros de costas marítimas com grande capacidade de transporte de cargas e passageiros.

⁸ KAPPEL, Raimundo F. **Portos brasileiros**: novo desafio para a sociedade. Brasília. Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/livro/57ra/programas/conf_simp/textos/raimundokappel.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

⁹ REVISTA PORTUÁRIA. **A ineficiência da infraestrutura logística do Brasil**. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁰ CNI, Confederação Nacional da Indústria. **As barreiras da burocracia: o setor portuário**. Brasília: CNI, 2016. 94 pg. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2016/9/barreiras-da-burocracia-setor-portuario/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

Entretanto, toda essa capacidade não é bem explorada, o panorama que encontramos é bem diferente: o Brasil ocupa a 123ª posição entre 134 países no ranking de qualidade dos portos, de acordo com a Fundação Dom Cabral e o Fórum Econômico Mundial¹¹. Ressalta-se que a infraestrutura adequada e eficiente engloba o processo de distribuição no trajeto das fábricas até o cliente final.

Ante uma análise detalhada, é possível perceber que um dos maiores bloqueios a expansão do setor portuário nacional, está na deficiência de infraestrutura que compromete o potencial do setor e representa um entrave ao crescimento do comércio internacional no país. Para vencer esse problema, faz-se necessária a efetivação de investimentos direcionados a obras portuárias e de acesso e a equipagem dos portos nacionais.

Quanto à infraestrutura de acesso, temos um exemplo emblemático nos precários acessos rodoviários ao Porto de Santos. Maior porto brasileiro, ele é responsável por um terço da carga movimentada no país. Porém, para chegar aos terminais, os caminhões enfrentam péssimas condições de tráfego, chegando a encarar engarrafamento de 40 km¹², principalmente nos períodos de safra.

Cerca de 98% dos contêineres do porto de Santos chegam por caminhões, levando congestionamento ao trânsito e trazendo conflito na relação porto-cidade, dados esses da Secretaria Especial de Portos – SEP¹³, que demonstram a fragilidade do acesso ao referido Porto, dependente quase em sua totalidade do sistema rodoviário, claramente mais caro e lento.

Além disso, os próprios navios enfrentam congestionamentos no porto, passando até 1 semana ancorados esperando para serem carregados. Ainda, quando atracam, são obrigados a embarcar com volumes inferiores à sua capacidade devido à falta de profundidade dos berços e baías de movimentação. Os demais portos do Brasil enfrentam dificuldades estruturais ainda maiores. Esse cenário eleva o preço dos fretes e dos produtos, tornando o país menos competitivo internacionalmente.

¹¹ IPEA, Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Brasília: IPEA, 2010. P 459.

¹² BRASIL, QUEM PAGA É VOCÊ. Fantástico. Rio de Janeiro: Globo, 21 de abril de 2013. Programa de TV. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=D3QYBVvy6aE>> Acesso em: 10 set. 2017.

¹³ SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS - BRASIL. **Relações internacionais**. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/relacoes-internacionais>>. Acesso em: 22 set. 2017.

Hoje, mesmo o Brasil possuindo dimensões continentais a distância entre o produtor e o porto é considerada média, mas tem custos elevados.

Relativamente aos custos, comparando-se com os Estados Unidos, temos que o gasto médio para escoar a produção no Brasil é de US\$ 80/ton., enquanto naquele fica em US\$ 16/ton., o que aumenta o Custo Brasil; sendo que os EUA possuem 4,37 milhões de km de malha rodoviária pavimentada e o Brasil apenas 221 mil km, com 1,3 milhão de km de vias não pavimentadas, segundo o DNIT (Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes)¹⁴.

Percebe-se, desse modo, que a densidade da malha rodoviária pavimentada do Brasil é ainda muito pequena, principalmente quando comparada com a de outros países de dimensão territorial semelhante. São aproximadamente 25 km de rodovias pavimentadas para cada 1.000 km² de área, correspondendo a 12,3% da extensão rodoviária nacional. Nos Estados Unidos são 438,1 km por 1.000 km² de área. Na China, 359,9 km e na Rússia, 54,3 km, segundo dados de 2016, divulgados pela Confederação Nacional do Transporte - CNT.

Integram outro conjunto de fatores que representam um maior entrave para os portos: calados que atendam a navios de grande porte; berços maiores e especializados no tratamento da carga; armazenamento, mecanização e automação do manuseio da carga; e sistemas eficientes de controle e informação.

Quanto à armazenagem, tem-se o quadro da falta de capacidade para armazenamento de mercadorias nos portos, enquanto aguardam o abastecimento nos navios. Como nosso mercado de exportação é prioritariamente de *commodities*, as mesmas possuem grandes quantidades e necessitam de espaço. Safras, como a da soja, acabam armazenadas nos próprios caminhões, pois não tem galpões suficientes, sendo inadequada a armazenagem, visto que são perecíveis e necessitam de um ambiente adequado para preservar a durabilidade¹⁵.

Há ainda o custo com *demurrage*, nome que se dá quando uma empresa demora em fazer o carregamento ou descarregamento de mercadorias e o navio acaba ultrapassando o tempo de atracação reservado, denominado sobrestadia.

¹⁴ ESTADÃO. **Portos: expansão da infraestrutura e sustentabilidade**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/portos-expansao-da-infraestrutura-e-sustentabilidade/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹⁵ IPEA, Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Brasília: IPEA, 2010. P 463.

Configurando-se como uma penalidade, cobra-se um adicional pela estadia extra e esse custo é conhecido como *demurrage*¹⁶.

Inúmeras e complexas são as problemáticas enfrentadas cotidianamente pelo setor portuário, como foi possível perceber. Mesmo com essa situação alarmante, a movimentação de cargas nos portos do Brasil vem tendo crescimento expressivo. Em 2015 bateu recorde histórico, com 1 bilhão de toneladas transitadas. Isso representou 3,9% acima da movimentação do ano anterior¹⁷. Já a previsão de aumento na movimentação entre 2015 até 2042 é de 103%, segundo o Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP)¹⁸.

Tal situação pode gerar um cenário calamitoso, em que acarretará um aumento ainda maior dos custos, onerando a produção e, conseqüentemente, o consumidor. Tendo como resultado o breque ou paralisação do desenvolvimento do país. A CNI, corroborando a reflexão, expôs que esse sistema deficiente leva à perda de competitividade das indústrias e inibe o crescimento da economia nacional¹⁹.

¹⁶ REVISTA PORTUÁRIA. **A ineficiência da infraestrutura logística do Brasil**. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁷ SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS - BRASIL. **Portos têm movimentação recorde de cargas em 2015**. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/portos-tem-movimentacao-recorde-de-cargas-em-2015>>. Acesso em: 19 set. 2017.

¹⁸ IPEA, Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Brasília: IPEA, 2010.

¹⁹ CONFERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Infraestrutura, portos e transportes: agenda para competitividade**. Disponível em: <<http://admin.cni.org.br/portal/data/pages/ff808081272b58c0012730be3bd27ccd.htm>>. Acesso em: 18 set. 2017.

2 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A palavra “desenvolvimento” começou a ser utilizada e, conseqüentemente, difundida pelos países não industrializados e, em particular, pelas nações mais recentes, antigas colônias das potências europeias, no qual se buscava entender o fenômeno do desenvolvimento, após Segunda Guerra Mundial. Iniciaram-se estudos com o intuito de serem detectadas características desenvolvimentistas comuns, pontos de estratégia de política econômica similares e a possibilidade de identificarem a problemática dos países que os almejavam²⁰.

Observou-se, a partir desses estudos, que menos de 20% dos países do planeta poderiam ser considerados desenvolvidos e esse índice se mantém historicamente. Além disso, percebeu-se a desproporção geográfica, em que os países desenvolvidos ocupam um espaço ainda menor quanto à distribuição da população e da renda entre as nações ricas e pobres²¹.

Tal panorama expôs o fato do desenvolvimento ser um fenômeno excepcional na história da humanidade, não sendo possível perceber estágios ou etapas comuns percorridas por estes países singulares ao longo do tempo para se alcançar esse patamar, a par de uma evolução futura²².

Segundo Carla Abrandtkoski, o desenvolvimento não pode ser apreensível por características gerais e modelos a serem seguidos, visto que cada sociedade possui suas particularidades, singulares em si, moldadas pelos seus processos de formação históricos, devendo ocorrer adaptações para buscar as soluções adequadas, sob pena de se tentar encaixar um modelo que não funcione, principalmente, por não captar a realidade social existente.

Entretanto, os estudiosos conseguiram diagnosticar certas características e causas do subdesenvolvimento, além de recomendarem políticas para a sua superação.

Dentre os diversos fatores e, considerando as variações de um país para outro, alguns atributos comuns podem ser destacados quanto aos países subdesenvolvidos, como: a baixa renda *per capita*; a desigualdade da distribuição de

²⁰ RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento**: Antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 13.

²¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005. P 351.

²² *Ibdi*.

renda, com desproporções gritantes; altas taxas de natalidade e de mortalidade; alta participação do setor primário da economia na formação da renda; setor secundário (indústria) atrofiado; baixa produtividade da mão de obra; mau funcionamento ou inexistência de instituições políticas mais apropriadas, influenciadas, geralmente, por oligarquias na legislação e sua aplicação²³.

Os governos brasileiros, em geral, ou mais especificamente a ditadura militar, se orgulhavam da colocação do Brasil entre os 10 países mais ricos do mundo, ou com uma taxa de crescimento elevada. Dissimulando uma situação não encontrada em nossa vivência, enquanto ocupávamos o posto de 110º em distribuição de renda.

Percebe-se que os fatores do subdesenvolvimento não permitem quantificações simples, não havendo, desse modo, índices capazes de mensurar com fidedignidade uma correta medida de crescimento e, principalmente, do desenvolvimento. Muitos desses índices não detectam as nuances da complexa realidade que nos cerca, como o exemplo do PIB, no qual se torna irrelevante o tamanho absoluto de um país, cujo incremento não condiz necessariamente a uma situação de melhora social²⁴.

O PIB esconde diversos aspectos e detalhes cuja percepção é essencial para o processo desenvolvimentista. Ainda, tal índice pode passar uma falsa ideia de desenvolvimento em função do tamanho de sua população, visto que ele é medido, em linhas gerais, pela variação da quantidade de bens e serviços de que se pode utilizar uma dada comunidade, ao longo de um período, em proporção ao crescimento demográfico²⁵.

Em continuidade, faz-se mister diferenciar crescimento de desenvolvimento econômico, para que possamos entender esse último.

Como observado, o crescimento é apenas o aumento da renda e do PIB, porém sem implicar ou trazer uma mudança estrutural mais profunda e, segundo Nusdeo²⁶, pela implicância de duas razões diversas. A primeira ocorreria em um país desenvolvido que a ele só basta crescer, sem maiores necessidades ou; a

²³ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005. P 352.

²⁴ RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento**: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 32.

²⁵ Ibid. P 4.

²⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005. P 355.

segunda se daria com um crescimento apenas transitório e não se auto-sustentará, por não ter alterado sua estrutura.

Já o desenvolvimento econômico, definido como um processo auto-sustentado, não se limita a dados quantitativos, envolvendo uma série infindável de modificações de tal maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura econômica e da própria sociedade implicada, revelando alterações substancialmente qualitativas, inclusive de ordem psicológica, cultural e política²⁷.

Tem-se uma verdadeira transição, descrita por Nusdeo²⁸, da seguinte forma:

Assim, uma vez transformada a estrutura de um país ou de uma região, com a sua ascensão ao estágio de pleno desenvolvimento, aquilo que antes era um processo de evolução passa a ser uma situação, ou seja, ele agora integra o rol dos desenvolvidos. Isto não significa não possa ele continuar crescendo ou, eventualmente, experimentar algum retrocesso nesse crescimento. Mas agora o grande salto já foi dado. A sua estrutura já passou por aquelas modificações substanciais que o levaram ao novo *status*.

Na mesma perspectiva, Carla Abrandtkoski citando Eros Grau²⁹, trata essa transição como dinâmicas mutações a se realizar na sociedade por ela abrangida, gerando um processo de mobilidade social contínuo e intermitente, levando a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhando não só uma elevação do nível econômico, como também cultural-intelectual comunitário.

Para se alcançar essa transição, estudiosos apontam três fatores cruciais identificados em todos os processos de desenvolvimento, mesmo considerando suas particularidades. São eles: a acumulação de capital, o incremento tecnológico e a existência de um mercado consumidor³⁰. Ainda, observa-se a necessidade da presença do Estado para induzir tal objetivo, com medidas visando estimular determinados setores, como em obras de infraestrutura.

²⁷ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005. P 354-355.

²⁸ Ibid. P 356.

²⁹ GRAU, Eros apud RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento**: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 2.

³⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005. P 357.

Desse modo, percebe-se que o desenvolvimento compreende a ideia de crescimento, superando-a³¹.

Indo além, Amartya Sen considera que a busca do desenvolvimento dar-se-á por um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutem. Tendo a liberdade como o principal meio e fim do desenvolvimento, requer-se que se removam as suas principais fontes de privação, entre elas: a pobreza, tirania, carência de oportunidades econômicas, negligência dos serviços públicos e assistência social³².

Diferenciado, o desenvolvimento para Amartya Sen transcende o mero crescimento do PIB ou renda per capita, ressaltando a qualidade de vida da população como fator mais relevante para uma nação, como a alta expectativa de vida, a obtenção uma nutrição satisfatória ou remédios, a oportunidade de vestir-se bem ou morar de modo apropriado. Fatores esses relacionados à liberdade, que de modo contrário, vincula-se à carência de serviços públicos, como a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação, por exemplo³³.

Dessa forma, Karla Abrandtkoski considera o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, o mais plausível para a realização de análises e comparações entre os países³⁴, visto que, além da dimensão econômica, também são utilizados indicadores em saúde, educação e distribuição de renda. Para tanto, torna-se evidente no Brasil a discrepância entre crescimento e desenvolvimento quando possuidor do 7º maior PIB do mundo, nosso país cai para 79º lugar no ranking do IDH, entre 188 nações³⁵.

2.1 ECONOMIA BRASILEIRA

³¹ FURTADO, Celso apud BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In CARDOSO, José Eduardo M.; QUEIROZ, João Eduardo L.; SANTOS, Márcia Walquíria B. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v.3. P 29.

³² SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta, revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. P 12.

³³ Ibd. P 14.

³⁴ RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento: Antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 81.

³⁵ UOL. **IDH brasileiro para de avançar, e país mantém 79ª posição em ranking**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/03/1868352-idh-brasileiro-para-de-avancar-e-brasil-mantem-79-posicao-em-ranking.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

A história da economia brasileira, em via oposta ao desenvolvimento, foi pautada por fases de crescimento. Inicialmente, deu-se pelo crescimento induzido, no qual, inspirado por fatores externos, de caráter muitas vezes acidental – devido à alta de preços provocado pelo mercado externo – induziu uma expansão em regiões produtoras, não gerando qualquer mudança estrutural nas mesmas, mas apenas ampliação³⁶.

Tratou-se, na verdade, de um surto e não de um processo, que passada a influência exterior houve o retorno ao passado, sem deixar vestígios, a não ser por casarões, teatros, igrejas e afins. Enquadra-se tal conceito perfeitamente aos ciclos coloniais do Brasil, portanto, não auto-sustentado.

Já o processo de industrialização brasileiro tomou fôlego decisivo somente após 1930, quando a crise mundial de 1929 dificultou o país de continuar operando no modelo primário exportador. A partir disso, iniciou-se a substituição, por produção interna, de alguns produtos anteriormente importados.

Entretanto, esse processo ocorrido em 1930, consistiu na industrialização por imitação do padrão de consumo das nações desenvolvidas ou assimilação do progresso técnico³⁷, em que o crescimento é baseado na mera modernização do sistema, gerando apenas a manutenção do subdesenvolvimento. Nele se produz situações estanques em que apenas pequenas parcelas da população desfrutam de um alto padrão de consumo, em contraste com uma ampla maioria sem acesso às mínimas condições satisfatórias de qualidade de vida, beirando a marginalidade e, criando ainda, caóticos processos de urbanização e destruição dos recursos naturais³⁸.

Evidencia-se que o subdesenvolvimento é um procedimento histórico autônomo e não uma etapa necessária de evolução natural da economia, no qual, como visto, só pode ocorrer através de uma ruptura no sistema, em que se deve realizar tanto internamente como externamente. Para tanto, como o subdesenvolvimento é derivado culturalmente e politicamente de um fenômeno de

³⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005. P 357.

³⁷ BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In CARDOSO, José Eduardo M.; QUEIROZ, João Eduardo L.; SANTOS, Márcia Walquíria B. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v.3. P 28.

³⁸ RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento**: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 37.

dominação, só haverá o chamado salto se houver uma transformação das estruturas sociais³⁹.

Dessa forma, não ocorrendo qualquer transformação social ou no sistema produtivo, não se tem um processo de desenvolvimento, mas apenas uma simples modernização econômica.

Percebe-se, portanto, que o Brasil vivenciou diversas espécies de ciclos de crescimento, tanto o induzido como o de modernização. Ambos visando o progresso do país, no qual não houve mudanças estruturais, mas gerando inúmeros problemas e exclusões sociais que elevam os índices de extrema pobreza e criminalidade, tornando essa ruptura algo inalcançável que só encontraríamos com o desenvolvimento econômico da nação.

2.2 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal, em repúdio a esses panoramas, que mais evidenciam a falta de planejamento político brasileiro, estabeleceu diretrizes para o Estado e para a nossa sociedade, elencados nos arts. 3º e 170. No primeiro se encontra o desenvolvimento nacional, como postulado fundamental, e no segundo, define-se a prática de atividades econômicas, fundada na valorização do trabalho humano e no valor da livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna.

Eros Grau defende que tais normas contempladas no texto constitucional não se tratam de um discurso vazio, inodoro, sem substância. Ao contrário, pondera que os direitos econômicos e sociais sejam entendidos como direitos subjetivos públicos, direitos a prestações, fazendo surgir, portanto, o direito ao desenvolvimento⁴⁰.

Entretanto, o direito ao desenvolvimento, a par de ser uma novidade na constituição brasileira, não é uma inovação mundial, advindo de vários documentos e tratados internacionais e neles amadurecendo, até chegar a Declaração de 1986 da Assembleia Geral das Nações Unidas em que se reconheceu que o direito ao

³⁹ BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In CARDOSO, José Eduardo M.; QUEIROZ, João Eduardo L.; SANTOS, Márcia Walquíria B. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v.3. P 28.

⁴⁰ GRAU, Eros Apud RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento**: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 2.

desenvolvimento é um direito humano inalienável, por força do qual todos os indivíduos e povos devem usufruir⁴¹.

Ainda, restou assentido na Assembleia Geral das Nações Unidas⁴², em 1986, o seguinte:

O desenvolvimento é um amplo processo econômico, social, cultural e político, que objetiva a melhoria constante do bem-estar de toda uma população e de todos os indivíduos, na base de sua participação ativa, livre e consciente no desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios resultantes.

Nesse sentido, Carla Abrandtkoski, argumenta que o desenvolvimento, em sentido lato, estaria intimamente ligado ao progresso e a paz, consistindo num dos direitos fundamentais do homem e, por ser um direito fundamental, deve o Estado conferir-lhe um maior grau de concretização, devendo ser planejado e dirigido pelos poderes públicos, a par de sua aparente vagueza e sentido de generalidade.

Segundo Comparato citado por Carla Abrandtkoski⁴³, se tornou um consenso que o desenvolvimento econômico é um processo de longo prazo dependente do induzimento de políticas públicas ou programas de ação governamental nos três campos do desenvolvimento, quais sejam, econômico, social e político. E, para tanto, tais políticas voltadas ao econômico estariam ligadas a produção de bens e serviços.

Dessa forma, não caberia às forças naturais do mercado, ou da mão invisível, o processo de desenvolvimento, sendo um direito fundamental de terceira geração, garantido pela Constituição, é preciso a criação de condições objetivas para impulsioná-lo, como obras circunstanciais ou, principalmente, de infraestrutura que permita ou possibilite a sustentação ao referido processo de modo auto-sustentado.

2.3 INFRAESTRUTURA

Denominado pela economia de capital social básico, pela própria nomenclatura se percebe a importância da infraestrutura em iniciar um processo, ser o alicerce.

⁴¹ RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento**: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 56.

⁴² Ibd.

⁴³ RISTER, Carla Abrandtkoski. **Direito ao desenvolvimento**: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. P 57.

Compreende, ainda, a ideia de satisfação de uma necessidade de interesse geral da sociedade, e abrange usualmente os segmentos de telecomunicações, energia elétrica, saneamento e logística.

São considerados serviços de utilidade pública ou públicos, tendo em vista sua relevância e seu alcance na economia e para a população. Embora não signifique que seja prestado obrigatoriamente pelo poder público, podendo ser fornecido pela iniciativa privada, na forma de concessões ou parcerias.

A infraestrutura tem como característica básica, segundo Ortiz, ser formada por um conjunto de equipamentos e serviços necessários para a criação e manutenção de uma organização ou para viabilizar uma atividade econômica⁴⁴.

Segundo o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)⁴⁵, define-se infraestrutura como um “conjunto de estruturas de engenharia e instalações – geralmente de longa vida útil – que constituem a base sobre a qual são prestados os serviços considerados necessários para o desenvolvimento produtivo, político, social e pessoal”.

Desse modo, a infraestrutura é um conjunto de elementos que possibilitam a produção de bens e serviços de um sistema. A infraestrutura econômica, por sua vez, abrange os principais setores que subsidiam os domicílios e a produção, a saber: energia, transportes, telecomunicações, fornecimento de água, entre outros.

Há ainda, a infraestrutura social ou urbana, voltada a fornecer suporte a sociedade e seus domicílios, como saneamento, por exemplo, porém, não é nosso enfoque.

A infraestrutura econômica encontra-se vinculada à exploração de um serviço público ou destinada ao uso público em geral e, tem como função precípua dar apoio às atividades do setor produtivo, englobando as malhas rodoviárias, ferroviárias, portuárias, de aeroportos, energia elétrica, petróleo, entre outros.

Embora seja abrangente, não se pode confundir obras públicas pontuais com infraestrutura. Esta permite alcançar distintos pontos de uma rede para uma finalidade concreta. As primeiras, ao contrário, não estão conectadas a um sistema, não constituindo uma rede, como a construção de um monumento ou uma praça.

⁴⁴ FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública: Conceitos Básicos, importância e a intervenção governamental. In CARDOSO, José Eduardo M.; QUEIROZ, João Eduardo L.; SANTOS, Márcia Walquíria B. (org). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. P 229.

⁴⁵ IPEA, Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: Diagnósticos e perspectivas para 2025**. 1 ed. Brasília: IPEA, 2010.

Percebe-se a importância da infraestrutura de um país, por exemplo, quando se é o alvo prioritário do inimigo em tempos de guerra, intencionados em causar um colapso econômico e, assim, permitir o domínio territorial mais rapidamente.

Para o setor produtivo, a prestação eficiente de serviços públicos de infraestrutura é essencial e condiciona significativamente a produtividade e a competitividade do sistema econômico, permitindo reduzir o tempo e esforços gastos na produção e circulação de bens, além de diminuir os custos. Desse modo, uma adequada disponibilidade de infraestrutura e de seus serviços correlatos é condição indispensável para que o país possa desenvolver vantagens competitivas, alcançando maior grau de especialização produtiva.

Os investimentos em infraestrutura impactam na economia por meio direto, como a expansão da capacidade de abastecimento ou o escoamento da produção, e indireto, como a melhoria na qualidade de vida, propiciando o desenvolvimento econômico e social da nação, e conseqüentemente garantindo o bem-estar da sociedade⁴⁶.

Cada setor de infraestrutura econômica gera um impacto diferenciado ou específico sobre o sistema produtivo, mas uns influenciando em outros. Estes impactos ampliam a capacidade produtiva alterando os custos, tecnologias, capacidade de distribuição, etc. Como é possível analisar no setor de transportes em que, uma melhoria das condições das estradas e modais alternativos pode possibilitar o alcance de áreas remotas, aumentando a mão de obra, ampliando a demanda pelos mais diversos produtos e expandindo a possibilidade e capacidade de escoamento da produção para os mercados interno e externo.

A sociedade ganha duplamente quando se é disponibilizado serviços de infraestrutura eficientes no país. Primeiro porque os preços dos produtos caem, devido ao barateamento dos custos, aumentando o consumo, a oferta e disponibilidade de mercadorias e, conseqüentemente, o poder de compra, gerando bem-estar. Segundo, em benefício dela própria usufruir diretamente dos serviços propiciados por esses equipamentos⁴⁷.

⁴⁶ IPEA, Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: Diagnósticos e perspectivas para 2025**. 1 ed. Brasília: IPEA, 2010.

⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In CARDOSO, José Eduardo M.; QUEIROZ, João Eduardo L.; SANTOS, Márcia Walquíria B. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v.3. P 221.

Para os produtores e exportadores, por sua vez, os ganhos com a qualidade dos serviços de infraestrutura, e sua consequente redução nos custos de produção e escoamento referidos, eleva a receita auferida e o potencial de produção, além de permitir a importação de um maior volume de bens de capital, viabilizando a renovação e a modernização tecnológica do parque industrial⁴⁸.

Ao contrário, um país que pouco investe em infraestrutura e a tem defasada atrai como resultados um grande obstáculo à competitividade das empresas, alta dos preços e baixa disponibilidade das mercadorias, redução do poder de compra e impedimentos a busca do desenvolvimento econômico, implicando em um baixo padrão de qualidade de vida da população.

Dessa forma, como demonstrado, a alta qualidade da infraestrutura, com políticas públicas voltadas para o investimento da criação e melhoria da mesma, permite uma mudança estrutural na economia, influenciando e atingindo outros setores, possibilitando o famoso salto do desenvolvimento econômico, direito fundamental, garantido pela Constituição Federal, abrindo-se a possibilidade da adoção de políticas de distribuição e equilíbrio da renda, redução da pobreza e bem-estar social.

2.3.1 Infraestrutura portuária no Brasil e no mundo

Analisando os investimentos em infraestrutura de diversos países é possível perceber elementos do seu desenvolvimento econômico, além da estreita relação entre a qualidade de vida da população e o padrão dos serviços e equipamentos de infraestrutura prestados.

O quadro atual de cada seguimento da infraestrutura é, de uma maneira geral, um reflexo de seu histórico de investimentos.

Ademais, tem-se que a logística é o setor que mais agrega valor entre os itens da infraestrutura para a economia. A infraestrutura portuária, em particular, expõe em muito as políticas voltadas à exportação e importação de uma nação e sua ânsia em desenvolver.

Como visto anteriormente, a precariedade em investimentos de infraestrutura brasileira lhe rendeu uma posição pífia no Índice de Eficiência Logística, criado pelo

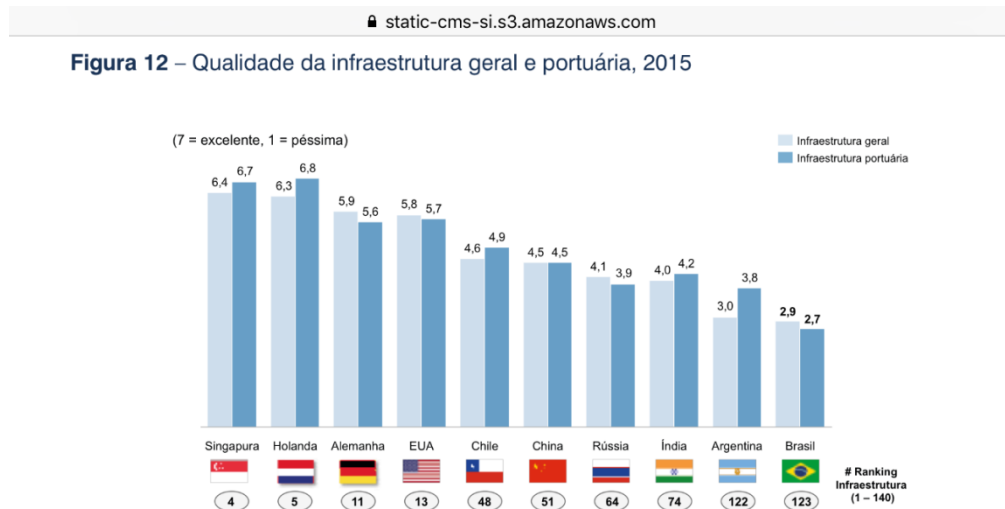
⁴⁸ IPEA, Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: diagnósticos e perspectivas para 2025**. Brasília: IPEA, 2010.

Banco Mundial, no qual ocupa, apenas, o 41º lugar numa lista de 155 países, demonstrando a falta de planejamento no país de políticas públicas eficientes, aquém das suas reais necessidades.

Os investimentos brasileiros em infraestrutura geral ficaram em torno de 2,3% do PIB, entre 1993 e 2015. Embora seja superior ao investido, em média, pela América Latina, ficou consideravelmente abaixo dos investimentos realizados pelas outras grandes economias emergentes, como a China e Índia, e ainda mais distante das economias desenvolvidas⁴⁹.

Analisando os padrões internacionais, desse modo, torna-se claro que os investimentos em infraestrutura logística no Brasil tem sido pequenos nos últimos anos. Entre 2002 e 2012, investiu-se cerca de 0,7% do PIB em transportes e, dentre este, o modal portuário ficou com apenas 10% dessa parcela, equivalente a 0,07%, segundo dados de 2014. Apresentando uma diferença considerável em relação aos gastos de países desenvolvidos e tendo por base que a qualidade de infraestrutura brasileira é inferior, era exigível investimentos ainda maiores até que se aproximasse do nível internacional e suprimisse a defasagem⁵⁰.

No gráfico a seguir apresenta-se a qualidade da infraestrutura geral e portuária entre países, segundo dados de 2015, apurados pela CNI da *Global Competitiveness Report* (WEF) e a posição do Brasil no *ranking* de infraestrutura⁵¹:



Fonte: *Global Competitiveness Report* (WEF), Análise ADVISIA OC&C Strategy Consultants.

⁴⁹ PEREIRA, Alexandre; PUGA, Fernando Pimentel. **Infraestrutura no Brasil: ajustando o foco**. Rio de Janeiro: BNDES, 2016. 26 p. (Textos para discussão; 112). Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/9914>>. Acesso em: 01 out. 2017.

⁵⁰ CNI, Confederação Nacional da Indústria. As barreiras da burocracia: o setor portuário. Brasília: CNI, 2016. 94 pg. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2016/9/barreiras-da-burocracia-setor-portuario/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

⁵¹ Ibd.

Especificamente, no *ranking* de qualidade de infraestrutura portuária, os portos de Singapura e Roterdã (Holanda) estão entre os dois maiores e melhores portos do mundo. Com equipamentos modernos e bastante tecnologia, possuem notas de 6,8 e 6,7, respectivamente, no índice que varia de 1 (extremamente pobre – entre os piores do mundo) à 7 (muito bom – entre os melhores do mundo)⁵².

O porto de Singapura, em primeiro lugar no índice de qualidade referido, é um dos mais movimentados do mundo, com a duração de tempo de 6h para mercadoria chegar ao importador. Por lá passam 20% de todo o movimento de transbordo de contêineres mundial, sendo redistribuídos para os diferentes cantos do mundo e saindo do local, diariamente, em torno de 70 navios. Entretanto, o que mais impressiona é a alavancada da economia, com o notável avanço na renda *per capita*, multiplicada por dez desde os anos 1980, sendo hoje a quinta mais alta do planeta, mesmo com um território tão pequeno, menos da metade da área ocupada pela cidade de São Paulo⁵³.

Ainda nesse *ranking* de qualidade de infraestrutura portuária, percebe-se que o Brasil possui a nota média de 2.9, para infraestrutura em geral e 2.7 para a infraestrutura portuária, estando mais próximo da qualificação de extremamente pobre, entre os piores do mundo, ocupando o 123º lugar, entre 140 países. Entre os diversos países que se encontram a frente do Brasil, tem-se: Cazaquistão, Serra Leoa, Costa Rica, Moçambique, Gana, Camboja, entre outros⁵⁴.

Depreende-se, pela história da infraestrutura no Brasil, que não houve investimentos necessários, em geral escassos para a necessidade do país e muitas vezes duvidosos efetivamente. Em relação à infraestrutura portuária, não houve prioridades em seu desenvolvimento, gerando desbalanceamento entre a demanda e a oferta e entre regiões, devido à falta de planejamento e as crises econômicas que breparam os investimentos⁵⁵.

⁵² WORLD ECONOMY FORUM. **Global competitiveness index 2017-2018: Quality of port infrastructure**. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ353>>. Acesso em: 02 out. 2017.

⁵³ HRML LOGÍSTICA. **O movimento no porto de Singapura parece um filme publicitário em alta rotação**. Disponível em: <https://hrmllogistica.wordpress.com/2011/11/20/o-movimento-no-porto-de-singapura-parece-um-filme-publicitario-em-alta-rotacao>. Acesso em: 04 out. 2017.

⁵⁴ Ibd.

⁵⁵ CNI, Confederação Nacional da Indústria. **As barreiras da burocracia: o setor portuário**. Brasília: CNI, 2016. 94 pg. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2016/9/barreiras-da-burocracia-setor-portuario/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

Conclui-se, com todo o exposto, que as diferenças na qualidade dos equipamentos e serviços de infraestrutura fornecida pelos países afetam diretamente a produtividade da economia, sendo importantes indicadores do estágio de desenvolvimento dos países⁵⁶.

⁵⁶ FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública: Conceitos Básicos, importância e a intervenção governamental. In CARDOSO, José Eduardo M.; QUEIROZ, João Eduardo L.; SANTOS, Márcia Walquíria B. (org). **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. P230.

3 REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO

A par das dificuldades enfrentadas pelo Brasil, exposta anteriormente, tanto no âmbito econômico quanto no político, para manter-se na rota dos países desenvolvidos, analisaremos adiante a legislação reguladora dos portos brasileiros com o intuito de compreendermos a complexidade da situação e, modestamente, desvendarmos o novo marco regulatório do setor e quais seus objetivos para que nossos portos possam alcançar patamares mais elevados em qualidade de serviços e forneçam a sociedade infraestrutura adequada e eficiente.

Não à toa, o setor portuário brasileiro historicamente enfrenta uma complexidade e burocracia que o trava, a legislação que o acompanhou representa tal situação ou influenciou na mesma, com vácuos normativos, incertezas e, até certo ponto, retrocessos⁵⁷.

Entretanto, nem tudo foi negativo. Com benefícios advindos das leis espaciais, influências do comércio exterior e alterações na dinâmica do mercado impulsionaram novos desafios ao setor, exigindo-se a modernização necessária a essa infraestrutura logística, assim como de uma regulação, no qual, uma intervenção estatal precisava responder a uma demanda pública para correção de um serviço ineficiente.

A regulação, de modo geral, é instrumento de intervenção do Estado no domínio econômico que tem o objetivo de viabilizar a liberdade dos mercados, estabilizando-a, para que se promova o desenvolvimento equânime da sociedade, e atinja, por consequência, a paz social⁵⁸.

A regulação não se dá pela promoção de restrição ou cerceamento de liberdade, ao contrário, tal intervenção deve ter o intuito de defender a liberdade de mercado, disciplinando-o, para melhor atender os interesses sociais⁵⁹.

Para tanto, instituiu-se em 5 de junho de 2013, a Lei 12.815⁶⁰, o novo marco regulatório do setor portuário brasileiro, com diversas inovações, em que se

⁵⁷ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.) **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 78.

⁵⁸ SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento – A função estabilizadora do Estado no domínio econômico. **RDPE - Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 11, n. 42, abr./jun. 2013. P 124.

⁵⁹ Ibd. P 134.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. **Lei dos Portos**. Brasília, DF.

procurou refazer o setor, alterando radicalmente boa parte da sistemática de exploração das estruturas portuárias⁶¹.

3.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO

As normas que estruturaram o setor portuário brasileiro remontam, em sua maioria, à 1934, estabelecendo seu regime jurídico, advindo inúmeros decretos espaçados, como: o Decreto nº 24.508/34 que definiu os serviços prestados pelas administrações dos portos organizados e uniformizou as taxas portuárias; o Decreto nº 24.511/34 que estabeleceu o monopólio do porto organizado relativamente às cargas derivadas ou provenientes de sua hinterlandia, esta que representava uma parcela do litoral e sua projeção para o interior do país, e; o Decreto nº 24.599/34, que disciplinou as obras e melhoramento dos portos nacionais⁶².

A Constituição Federal de 1988 provocou significativa mudança no quadro regulatório do setor portuário, diferenciando-se das constituições pretéritas que pouco dispuseram acerca da estruturação jurídica da atividade portuária, além de possibilitar avanços nas legislações infraconstitucionais.

Assim, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 21, XII⁶³, atribuiu à União a competência para explorar os portos diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão. Tratou-se de uma inovação, já que as constituições anteriores conferiam a União apenas competência legislativa sobre o regime dos portos, mas não sobre a prestação de serviços, formando uma lacuna, no qual gerava inúmeros questionamentos.

Sustenta-se, desse modo, que a Constituição Federal, no artigo referido, disciplinou o setor portuário tanto sob a ótica de serviço público (concedido ou permitido) quanto no regime de atividade econômica (autorizada)⁶⁴.

⁶¹ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 46.

⁶² GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 78.

⁶³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, art. 21, inciso XII, título III, capítulo II.

⁶⁴ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.) **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 79.

Com a vigência da atual Constituição e a política econômica que marcou o Brasil nos anos 90, foi editada a Lei de Modernização de Portos – Lei 8.630 de 1993⁶⁵ – tendo como principal objetivo a instituição das privatizações no setor e, conseqüentemente, a dissolução da empresa estatal federal Portobrás – Empresa de Portos do Brasil S.A.⁶⁶.

Visando promover ampla reforma no referido setor, a Lei 8.630/93 revogou as principais normas que o disciplinavam. Estabeleceu o contrato de arrendamento portuário, no qual se pretendia que as estruturas estatais se retirassem da prestação desses serviços e dessem lugar a empresas privadas que assumiriam a exploração de determinada instalação portuária, desempenhando a prestação dos serviços mediante o pagamento de um valor pela utilização do bem público para este fim.

Para tanto, foi disciplinada a licitação prévia à celebração do contrato de arrendamento, visto que os terminais arrendados eram públicos, constituindo patrimônio do Estado⁶⁷, embora não tenha sido expressa em Lei a definição de bem público, decorrendo, assim, implicitamente dessa e de outras normas em vigor⁶⁸.

Ainda, a Lei 8.630/93 definiu o Porto Organizado e estabeleceu os Terminais de Uso Privativo – TUP. O primeiro, segundo o art. 1º, §1º, I⁶⁹, era aquele “construído e aparelhado para atender as necessidades de navegação e de movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária”. Apenas posteriormente, com a Lei 11.314/06, acrescentou-se a “movimentação de passageiros” na citada descrição⁷⁰.

Já os terminais de uso privativo, contrário aos arrendamentos portuários, poderiam movimentar carga própria do seu titular, sendo verdadeiros terminais de uso exclusivo ou, esporadicamente, também cargas de terceiros, estes denominados

⁶⁵ BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de novembro de 1993. Brasília, DF.

⁶⁶ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.) **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 79.

⁶⁷ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 47.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei 12.815/2013. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 261.

⁶⁹ BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de novembro de 1993. Brasília, DF.

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei 12.815/2013. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.) **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 261.

terminais de uso privativo misto. Porém, tais terminais não eram propriamente portos privados, possuíam competência voltada apenas às próprias necessidades, total ou parcialmente, daí o termo uso “privativo”.⁷¹

Assim, empresas com grande capacidade de exportação e importação poderiam ter suas próprias estruturas, dispensando o serviço prestado por um terminal de uso público, com a finalidade de atender às suas próprias necessidades⁷².

Percebe-se, dessa forma, que os referidos terminais não se destinavam ao atendimento do público em geral, voltando-se as necessidades do seu próprio titular ou das empresas do mesmo grupo econômico.

O terminal de uso privativo misto enquadrava-se nesse regime também, podendo atender a demanda de terceiros apenas eventualmente, de modo acessório. Justificava-se em situações específicas, como a de uma indústria sazonal que poderia ceder seu terminal nos períodos de ociosidade. À vista disso, seu enfoque principal não era jamais o atendimento a terceiros⁷³. Segundo Marçal Justen Filho, admitia-se a figura de tais terminais se restasse comprovado a movimentação preponderante ou prioritária de carga própria do titular do terminal⁷⁴.

Depreende-se, dessa maneira, que praticamente não existia concorrência no setor portuário brasileiro, já que não era dada a possibilidade a iniciativa privada empreender com o fim de atender terceiros, apenas nos contratos de arrendamento. A concorrência se dava de outra forma, na briga do mercado consumidor e nos preços dos produtos, por exemplo, entre quem possuía a vantagem de usufruir do seu próprio terminal ou não.

Para se realizar o controle dos terminais de uso privativo, a Lei 8.630/93⁷⁵ conceituou carga própria ou de terceiros, que foi extinta posteriormente com o novo marco regulatório – Lei 12.815/13⁷⁶ – que analisaremos posteriormente.

⁷¹ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 48-51.

⁷² Ibd.

⁷³ Ibd.

⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 304.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de novembro de 1993. Brasília, DF.

⁷⁶ BRASIL. Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. **Lei dos Portos**. Brasília, DF.

Entretanto, apesar do protecionismo, houve delegações por convênio para Estados e Municípios (descentralização por colaboração), delegações por contrato de concessão de serviços públicos, os citados arrendamentos, e descentralização da pessoa jurídica da Administração Pública Federal para entidades da administração indireta recém criadas, as Companhias Docas, como a Companhia Docas do Rio Grande do Norte.

Contudo, segundo Sergio Guerra, a Lei de Portos de 1993⁷⁷, editada antes da Lei de Concessões dos serviços públicos e do atual modelo de regulação estatal, descentralizado por agências reguladoras, era falha e imprecisa, criando um vácuo legislativo acerca de determinadas matérias próprias do setor portuário⁷⁸.

Antes da tão aguardada Lei 12.815/13⁷⁹, houve ainda a instituição da ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários – em 2001, submetida ao regime autárquico especial e vinculada ao Ministério dos Transportes, com competência abrangente de apoio marítimo, fluvial, lacustre, portuário, compreendendo os portos organizados e os TUPs. Tendo ainda a função de elaborar e editar normas e regulamentos relativos a exploração da infraestrutura portuária, entre outros⁸⁰.

Já em 2007 foi criada a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – SEP/PR, pela Medida Provisória 369⁸¹ de 2007, transformada na Lei 11.518/2007⁸², com atribuições de formular políticas e diretrizes para fomento do setor portuário, assim como projetos e medidas no intuito de alcançar o desenvolvimento de sua infraestrutura, além de participação no planejamento estratégico do setor⁸³.

Por fim, restou promulgada a nova Lei 12.815/13⁸⁴, verdadeiro marco regulatório do setor portuário, com o intuito de mudar o quadro em que se

⁷⁷ BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de novembro de 1993. Brasília, DF.

⁷⁸ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 81.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. **Lei dos Portos**. Brasília, DF.

⁸⁰ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 82.

⁸¹ BRASIL. Medida Provisória nº 369, de 07 de maio de 2007. Brasília, DF.

⁸² BRASIL. Lei nº 11.518, de 05 de setembro de 2007. Brasília, DF.

⁸³ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 85.

⁸⁴ BRASIL. Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. **Lei dos Portos**. Brasília, DF.

encontrava o referido setor, pulsante pela qualidade do serviço, investimentos e melhorias na infraestrutura.

3.2 O ATUAL MARCO REGULATÓRIO

Inicialmente, o atual marco regulatório foi proposto pela Medida Provisória 595⁸⁵ em 2012, só sendo transformada em lei posteriormente, em 2013. A par da importância dessa nova lei para o setor portuário, Pereira e Schwind⁸⁶ criticam a mesma por gerar muitas dúvidas aos aplicadores da área, apresentando dificuldades interpretativas, derivado, principalmente, pelo modo como as normas foram editadas, justamente por ter sido instituída pela Medida Provisória referida.

Mesmo se tratando de matéria altamente complexa e com diversos desdobramentos, a medida provisória, utilizada para disciplinar casos de urgência de relevância, simplesmente foi usada para “refundar” toda a regulação portuária do país, sem discussões de uma série de temas relevantes pelo Poder Legislativo e, conseqüentemente, deixando a sociedade de debater um assunto que afeta a todos⁸⁷.

O resultado disso foi à instituição do novo marco regulatório aprovado as pressas, sem a devida reflexão e debate de uma série de inovações que, entretanto, trouxe inúmeros benefícios para a economia do setor e seu desenvolvimento.

Entre as diversas virtudes da Lei 12.815/13⁸⁸, encontram-se dois pontos centrais. O primeiro é a centralização de competências na Presidência da República e o segundo é a instituição de concorrência no mercado.

Abandonou-se o instituto dos terminais de uso privativo e, de modo conseqüente, os conceitos relacionados à titularidade da carga. Criaram-se os terminais de uso público. Tudo isso tendo por objetivo acirrar a concorrência entre os terminais portuários através do estabelecimento de uma competição assimétrica⁸⁹.

⁸⁵ BRASIL. Medida Provisória nº 595, de 06 de dezembro de 2012. Brasília, DF.

⁸⁶ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 49.

⁸⁷ Ibd.

⁸⁸ BRASIL. Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. **Lei dos Portos**. Brasília, DF.

⁸⁹ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 49.

Ainda, novos critérios foram instituídos como o da localização geográfica dos terminais, a definição de poligonal e a centralização de competência na SEP/PR, no qual limitou a autonomia e liberdade das autoridades portuárias, ficando sujeitas a supervisões mais intensas⁹⁰.

3.2.1 Portos organizados e terminais portuários privados

O ponto central para o entendimento do novo marco regulatório, sem sombra de dúvidas, repousa aqui. Tal norma propõe a convivência entre a exploração pública e privada dos serviços portuários sob as regras que institui, distinguindo os dois modelos expressamente a partir de um critério geográfico⁹¹, nunca antes adotado no Brasil, inovação legislativa que será por nós analisada.

A nova Lei, assim como fez a anterior, trouxe em seu art. 2º,I, o conceito do porto organizado, com uma diferença apenas, definindo-o como bem público, pondo fim as dúvidas existentes na vigência da lei pretérita⁹², implicando a titularidade estatal sob o espaço físico⁹³. Trouxe, ainda, as definições de área do porto organizado e instalações portuárias, essenciais para o primeiro.

Entende-se pelas definições trazidas pela referida lei que a área do porto organizado compreende instalações portuárias e infraestrutura de proteção e de acesso. Para tanto, tal área é delimitada por ato do Poder Executivo, denominado poligonal, que nada mais é que uma demarcação geográfica de um território destinado às atividades portuárias, só podendo ser explorado pelo Poder Público.

Marçal Justen Filho define o porto organizado como bem público de uso especial e especifica:

O Porto Organizado é um conjunto de bens cuja finalidade última é o desenvolvimento de atividade portuária permanente e contínua, subordinada ao regime de serviço público. Àquele que explora o

⁹⁰ Ibd, P 46-62.

⁹¹ FAVACHO, Frederico. A Dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei de portos: Uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 173.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei 12.815/2013. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 262.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 297.

porto organizado não é facultado optar por prestar, ou não, o serviço público a ele concedido. Mais ainda, isso envolve a implantação de infraestrutura e de supraestrutura especificamente destinadas à exploração das atividades portuárias⁹⁴.

Ainda segundo Justen Filho, por ser uma atividade de titularidade do Poder Público, as atividades desenvolvidas na área do porto organizado devem estar sujeitas à competência regulatória estatal bastante intensa.

Desse modo, como bem público de uso especial e titularidade do serviço de competência da União, o porto organizado deverá ser explorado por ela diretamente, ou indiretamente, por meio de concessão, através de arrendamento.

Já fora da área delimitada do porto organizado, a Lei 12.815/13 previu a autorização como outro modo de exploração, contemplando 4 modalidades: terminal de uso privado; estação de transbordo de carga; instalação portuária pública de pequeno porte, e; instalação portuária de turismo. Todas nos moldes privados, pois voltados a interesses exclusivos do particular, não se subordinando ao regime jurídico público.

Para Carlos Ari Sunfeld, esses diferentes tipos de instalações portuárias que o novo marco regulatório previu, podem ser agrupadas em dois grandes grupos, quais sejam: empreendimentos portuários estatais e empreendimentos portuários não estatais. Estando inseridos no primeiro grupo os portos organizados, instituídos por iniciativa e decisão de ente estatal, destinados à implementação de projeto portuário estatal, com forte apoio do mesmo. No segundo grupo, encontra-se o terminal de uso privado, a estação de transbordo de carga, a instalação portuária pública de pequeno porte e a instalação portuária de turismo. Instituídos pela iniciativa privada, frutos de projetos por ela gestados e desenvolvidos⁹⁵.

Já para Frederico Favacho, especificamente quanto ao terminal de uso privado, tem-se que este é espécie do gênero Instalação portuária autorizada, prevista no inciso I do art. 8º da nova Lei de Portos⁹⁶, esta denominada como uma instalação

⁹⁴ Ibd.

⁹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.) **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 315-316.

⁹⁶ FAVACHO, Frederico. A Dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei de portos: Uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 172.

portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado⁹⁷.

Pondera Justen Filho que, as áreas dispostas aos terminais privados “podem ser utilizadas pelos titulares na medida de sua conveniência”. Contudo, essa exploração depende da autorização do Poder Público para o desempenho da atividade correspondente⁹⁸.

Coadunando-se com o autor anterior, Sundfeld esclarece que a autorização é uma nítida barreira de entrada, pois o Estado, mesmo em uma instalação portuária privada, continua a desempenhar papel relevante, devendo passar obrigatoriamente pelo seu crivo, pois tais terminais são de evidente interesse público, sujeitos, assim, ao regime jurídico compatível com essa característica⁹⁹.

Ressalta-se que, esses empreendimentos privados devem, por força da Lei 12.815/13, localizar-se fora da poligonal estabelecida para o porto organizado, visto que são bens privados. Por esse motivo, beneficiam-se com uma maior liberdade geográfica de escolha de localização de áreas próprias à atividade portuária¹⁰⁰.

Os institutos de terminais privados são, portanto, uma alteração marcante introduzida pela Lei 12.815, no qual concedeu a liberação das operações portuárias para a iniciativa privada, indicando hipóteses de operação por particulares de um empreendimento tipicamente privado – ainda que afetado por um interesse coletivo¹⁰¹.

Diferencia-se, desse modo, do antigo terminal de uso privativo, com a exclusividade da carga própria eliminada, pois permite o uso de cargas irrestrito, ao invés de operar o terminal para a satisfação preponderante de suas necessidades.

⁹⁷ BRASIL, Lei 12.815 de 05 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Brasília, DF, jun 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm> Acesso em: 12 set. 2017.

⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 300.

⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 317.

¹⁰⁰ Ibd.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In_____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 305.

Aproxima-se, desse modo, dos portos organizados, por desenvolverem praticamente as mesmas atividades, destinando-se a atender ao crescente fluxo de cargas e passageiros que circulam pelo país.

Portanto, ao viabilizar a existência e o convívio entre os dicotômicos institutos públicos e privados, o novo marco regulatório buscou, a um só tempo, ampliar a oferta do serviço portuário, criar incentivos ao aprimoramento dessas infraestruturas e instalar uma concorrência direta até então inexistente¹⁰².

Por mais que os dicotômicos institutos tenham se aproximado e se tornado similares, existem condições distintas no modo de exploração, dispendo de requisitos diferenciados para implantação e desenvolvimento das atividades entre os terminais públicos e privados, além do critério geográfico já visto, de encontrar-se dentro ou fora de áreas públicas.

3.2.2 Concessão e arrendamento ou autorização

Dentre as diversas condições de exploração dos terminais públicos e privados, têm-se os regimes de arrendamento e autorização, respectivamente. Já que o desempenho de um serviço público por um particular somente pode ocorrer mediante concessão ou permissão. Por sua vez, as atividades econômicas de interesse coletivo, enquadradas no âmbito da autonomia privada, podem ter restrita sua execução por lei àqueles que preencham determinados requisitos, subordinado à regulação estatal¹⁰³.

No contrato de arrendamento, regime típico dos terminais de uso público, o objeto é a utilização e exploração do bem público situado dentro da área do porto organizado, sendo a outorga realizada por contrato oneroso e exigência prévia de licitação. Ainda, a tarifa é fixada no contrato, bem como os critérios de revisão e

¹⁰² SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 315-318.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In_____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 295.

reajuste. E também, a reversão dos bens afetados à exploração das instalações portuárias, que é prevista entre as cláusulas obrigatórias¹⁰⁴.

Percebe-se, destarte, que o contrato de arrendamento descrito é modalidade de contrato administrativo regido pelas regras de direito público, incidindo a preservação do equilíbrio econômico e as cláusulas exorbitantes, regida tanto pela atual Lei dos Portos como, subsidiariamente, pela Lei 8.666/93¹⁰⁵.

Justamente por isso, deve o contrato referido dispor especificamente sobre o modo, a forma e as condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade, além de metas e períodos limites para seu aperfeiçoamento, valor do contrato, direitos e deveres do concessionário. Ademais, obrigatório a fixação do prazo de duração de até 25 anos, prorrogáveis uma única vez mediante justificativa¹⁰⁶.

Já no regime de autorização, tem-se que o objeto é a exploração de atividade econômica, de interesse coletivo, em bem localizado fora da área do porto organizado, portanto em bem privado. A formalização se dá mediante contrato de adesão, precário em relação ao anterior e com as tarifas cobradas dos usuários livremente estabelecidas pela titular da autorização¹⁰⁷.

Ainda distinguindo, não se aplica a reversão ao término do prazo do contrato¹⁰⁸, assim como não se exige licitação, havendo mais de um interessado em uma determinada área promover-se-á um processo seletivo ou, ainda, chamamento público para manifestações de interesse de terceiros, quando uma empresa demonstra interesse em uma área e antes de ser concedida a ela a autorização¹⁰⁹.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei 12.815/2013. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 264.

¹⁰⁵ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 90.

¹⁰⁶ Ibd.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei 12.815/2013. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 264.

¹⁰⁸ Ibd.

¹⁰⁹ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 68.

Mesmo com o prazo de 25 anos, diferencia-se, pois, este é prorrogável sucessivamente desde que observadas às regras quanto a investimentos, expansão e modernização das instalações portuárias¹¹⁰.

3.2.4 Licitações para concessões e arrendamento e seus critérios de julgamento

Visto que para se celebrar contrato de arrendamento ou concessão, faz-se necessário licitação, a Lei 12.815/13 disciplinou o próprio instituto e estabeleceu os seus critérios de julgamento, devendo sê-los seguidos em todas as esferas e, apenas subsidiariamente, a Lei de Licitações e Contratos de nº 8.666/93.

Para tanto, ficou estabelecido que as licitações serão realizadas na modalidade leilão e, ainda, coube a agência reguladora do setor (ANTAQ), realizar os procedimentos licitatórios de que trata a referida lei, além da elaboração dos editais, observadas as diretrizes do poder concedente.

Quanto aos critérios de julgamento, o art. 6º da Lei 12.815/13, de forma aberta, estabeleceu que nas licitações de contratos de concessão e arrendamento eles são definidos, isolado ou combinado, nos seguintes tipos: “maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento¹¹¹”.

Por não prever expressamente todos os critérios e deixando em aberto outras possibilidades, foi editado o Decreto 8.464, em que foi previsto 7 critérios possíveis para as licitações destinadas à atividade portuária, todos com a mesma hierarquia e, além dos que já constavam, acrescentou-se 4 inovadores, quais sejam: I) maior valor de investimento; II) menor contraprestação do poder concedente; III) melhor proposta técnica, e; IV) maior valor de outorga.

Restou, desse modo, permitido ao poder concedente livre escolha dos critérios de julgamento, adequando-se a sua oportunidade e conveniência, desde que fundamentado sua decisão. Deixou-se, portanto, de priorizar critérios mais eficientes, assim como os baseados em resoluções dos problemas do setor portuário, principalmente, quanto à infraestrutura precária e necessidade de investimentos.

¹¹⁰ GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 91.

¹¹¹ BRASIL. Lei 12.815 de 05 de junho de 2013. Brasília, DF.

O mais criticado entre os novos critérios trazidos pelo referido Decreto, é, sem dúvida, o de “maior valor de outorga”. Tal critério, já previsto na Lei Geral de Concessões (Lei 8.987), descreve que este seria o de “maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão”¹¹².

Em contramão a própria Lei dos Portos, que tem por objetivo estruturar o setor portuário, o critério de maior valor de outorga não foi bem aceito pela finalidade notadamente arrecadatória, tendo por objetivo apenas gerar recursos para o poder público com a concessão ou arrendamento do terminal. Além disso, torna-se um valor adicional ao concessionário, que deixa ou diminui sua capacidade de investimento na infraestrutura portuária e também, acaba compensando em contraprestações mais elevadas aos usuários, causando risco à modicidade da tarifa ou ainda, prejudicando-se na concorrência com outros terminais, notadamente, os de uso privado, que não pagam valor algum¹¹³.

Dessa forma, devem ser considerados dois pontos quanto a escolha dos critérios de julgamento nas licitações portuárias. A primeira em relação aos licitantes que devem ponderar se vale a pena participar do certame para que não assumam compromissos financeiros com o poder concedente e, em um segundo momento, sejam prejudicados pela concorrência. Segundo, pela apreciação correta do poder concedente em quais os melhores critérios¹¹⁴ e a finalidade que se pretende atingir, visando à problemática do setor e a busca pelo desenvolvimento.

3.2.5 Centralização da SEP e ANTAQ

Outra novidade trazida pela Lei 12.815/13 foi a centralização política e jurídica concedida a Secretaria Especial de Portos, e em menor medida a ANTAQ. A SEP passou a exercer as atribuições do poder concedente, em prejuízo da autonomia e liberdade contratual dos administradores portuários. A ANTAQ deixou de ser vinculada ao Ministério dos Transportes quando se relacionar aos portos, tendo ligação direta com a SEP¹¹⁵.

¹¹²BRASIL, Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF.

¹¹³ PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.) **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, polígono, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 65-66.

¹¹⁴ Ibd.

¹¹⁵ Ibd. P 62-63.

Entre as novas atribuições da SEP, tem-se a incumbência de tratar também dos portos fluviais e lacustres, exceto os outorgados às Companhias Docas, antes competência do Ministério dos Transportes, concentrando-se na secretaria todo o setor portuário, independente se o porto é marítimo ou não. Cabendo ainda, a mesma elaborar os planos gerais de outorga, antes atividade da ANTAQ, definir os requisitos para as licitações das novas concessões dos portos, bem como celebrar os contratos de arrendamento e concessão e outorgar as autorizações para os terminais de uso privado.

Quanto ao planejamento portuário, a SEP passou a responsabilizar-se pela análise e aprovação dos Planos de Desenvolvimento e Zoneamento dos Portos (PDZ) que, anteriormente, cabia apenas às autoridades portuárias locais promoverem. Compreende, igualmente, a SEP elaborar propostas sobre a definição da área dos portos organizados, no intuito de delimitar a poligonal. Entretanto, resta a Presidência da República dispor sobre o mesmo através de ato, como estabelece o art. 15 da Lei 12.815/13¹¹⁶.

Por conseguinte, tais alterações políticas centralizadoras de poder, ao contrário do que se possa imaginar num primeiro momento, se basearam na ideia de que a presença de uma pasta específica para os assuntos portuários no governo federal traria maior representatividade, de modo que tal concentração facilite a gestão e diminua os entraves do setor portuário, como a dificuldade de cooptação política e o risco de captura pelos interesses empresariais privados. Tem-se, portanto, o propósito de viabilizar as privatizações no setor e a missão de implantar a concorrência e, seu consequente, desenvolvimento.

Entretanto, questiona-se a efetividade desse novo posicionamento, trazido com a Lei 12.815/13, de supressão de poder a administração portuária local, principalmente, de liberdade em promover os planejamentos estratégicos de seus respectivos portos, indo em descompasso aos principais portos internacionais, modelos de eficiência, onde prevalece a autonomia gerencial e financeira das autoridades portuárias locais¹¹⁷.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 300.

¹¹⁷ FREITAS, José Carlos Higa de. **O novo marco regulatório do setor portuário e o desenvolvimento nacional**. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade

3.2.6 A concorrência assimétrica

Por ser um serviço essencial para a economia, a atividade portuária necessitava com urgência de uma reforma, principalmente, quanto a implantação de competitividade e, conseqüentemente, o abandono de monopólios.

Depreende-se, como já exposto, que o novo marco regulatório remodelou o setor portuário, incorporando o princípio da livre concorrência, através do estímulo a competição entre os terminais públicos e privados e, também, pela liberdade no estabelecimento de tarifas.

O caput do art. 3º da Lei 12.815/13 explicita quais seus objetivos na exploração dos portos organizados e instalações portuárias, que são: aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país. Já o inciso V do mesmo artigo expõe como diretriz o estímulo a concorrência, através do incentivo e participação do setor privado e do amplo acesso aos portos organizados¹¹⁸. Todavia, a Constituição Federal e outras leis, como a da criação da ANTAQ (Lei 10.233/01) deram base para se chegar ao estágio atual.

A livre concorrência foi elevada a princípio pela Constituição Federal, contemplada no art. 170, IV, ao lado de outros princípios da ordem econômica. Com a finalidade de garantir o fornecimento ao mercado de produtos ou serviços em oferta cada vez mais elevada e melhor qualidade a preços decrescentes¹¹⁹, o mesmo só é alcançado com a intervenção do Estado que permita o exercício das liberdades privadas e públicas¹²⁰.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trata-se “de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez”, exigindo descentralização administrativa da formação de preços e de poder,

Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1180>>. Acesso em: 11 out. 2017. P 70.

¹¹⁸ BRASIL, Lei 12.815 de 05 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Brasília, DF, jun 2013.

¹¹⁹COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**: com anotações ao projeto do código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012, P. 34.

¹²⁰GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.P 206.

gerando a competitividade disputas entre grandes e pequenos agentes econômicos, garantindo, assim, uma sociedade mais equilibrada¹²¹.

Indo além, Otacílio Silveira Neto demonstra que a liberdade de concorrência não é um fim em si mesmo, mas sim “deve ser uma garantia do cidadão-empresário, assim como um instrumento de melhoria da qualidade de vida da sociedade”, tendo, por isso, a atribuição de cumprir uma função social.¹²² Ainda, o mesmo a coloca como instrumento de promoção do desenvolvimento¹²³. Desse modo, percebe-se a importância da inclusão da concorrência ao novo marco regulatório.

Destarte, tal princípio foi considerado pela doutrina no setor portuário como assimétrico, devido a dualidade dos regimes jurídicos no desenvolvimento e implantação da mesma atividade, convivendo delegatários (concessionários e arrendatários) em regime público com prestadores (autorizados) em regime privado.

Apesar de outrora controverso a aplicação dos dois regimes distintos, tem-se na própria Constituição Federal a sustentação para a implantação deste pela Lei 12.815/13, nos incisos XI e XII do art. 21 da CF, permitindo a exploração tanto pela atividade econômica em sentido estrito como serviço público¹²⁴.

Para Miguel Reale Júnior, a maior característica do princípio da livre concorrência é a desigualdade dos agentes econômicos, sendo esta inafastável e geradora de rivalidade, só sobrevivendo em uma economia sem igualdade. Permite-se, desse modo, “a cada agente econômico a disputa, com todas as suas forças e armas, pelas presas do mercado¹²⁵”.

Assentindo o entendimento anterior, Aline Klein evidencia que a assimetria é instrumento da concorrência, aplicado para incentivar a competição em atividades altamente concentradas. Para este fim, “oferece-se ao prestador entrante um regime

¹²¹FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio citado por GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ªed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 207 A 208.

¹²² SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento – A função estabilizadora do Estado no domínio econômico. **RDPE - Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 11, n. 42, abr./jun. 2013. P 132.

¹²³ Ibd. P 125

¹²⁴KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 399.

¹²⁵REALE JÚNIOR, Miguel citado por GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.P 206.

de prestação mais brando em relação àquele que se submete o prestador dominante, para acirrar a competição¹²⁶”.

Nos prestadores dominantes estão os concessionários dos portos organizados, a quem foi delegado antigos portos estatais, já advindos uma estrutura instalada, clientela e facilidades de infraestrutura de acesso, investidas pelo próprio Estado e, em virtude disso, e por se tratar de serviço público, com maior rigor fiscalizatório, além de obrigações contratuais a assumir.

Ainda, entre os prestadores ditos dominantes, há a reversão dos bens para o poder público ao final do contrato, restrições no tocante a contratação de mão-de-obra, que deve se feita por meio do OGMO (Órgão de Gestão de Mão-de-Obra)¹²⁷ e, também, as tarifas cobradas dos usuários deve ser homologada pela ANTAQ, bem como, possuem o dispêndio do pagamento de tarifas à autoridade portuária.

O prestador entrante, por sua vez, enquadra-se nos empreendedores privados autorizados que aderiram aos novos terminais de uso privado, com regime mais brando, maiores liberdades de gestão e contratação de mão-de-obra, operam com menos encargos do que os concessionários, como a ausência de pagamento de tarifa à autoridade portuária e homologação dos preços privados cobrados dos usuários¹²⁸. Em contrapartida, demandam maiores investimentos e riscos, além de não possuírem apoio direto do Estado para fornecer infraestrutura de acesso ao seu funcionamento, como ferrovias e rodovias.

Segundo Castro Júnior, esse cenário, com tantas diferenças nos regimes desenvolvidos, pode gerar um ambiente de concorrência predatório, aumentando a insegurança jurídica e os custos de transação¹²⁹.

Marçal Justen Filho, por seu turno, defende que para se proporcionar uma competição justa, é necessária a preservação dessas vantagens a ambos os terminais, pois há pontos positivos próprios do terminal público quanto do privado,

¹²⁶ KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 400.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In_____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 306.

¹²⁸ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In_____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 217.

¹²⁹ Ibd.

assim como negativos, sendo essas diferenças que tornam possível o equilíbrio competitivo¹³⁰.

Devido a essas diferenças na instalação e exploração dos terminais públicos e privados, denominado assimétrico, faz-se necessário à viabilidade de regulação para que se obtenha a aplicação de uma concorrência justa, livre e isonômica, e que haja equilíbrio entre os competidores da atividade desenvolvida.

Para tanto, necessita-se de um ambiente institucional que regule com eficiência o mercado, garantindo o interesse público. Sendo esse fator determinante para o desenvolvimento de um país, através de uma regulação estatal independente, que não ceda a interesses econômicos individuais ou egoísticos e evite falhas de mercado e governo¹³¹.

A regulação de um setor tem essa função, devendo ser concebido para evitar que a exploração da atividade em um regime acabe comprometendo a prestação de outro. A concorrência assimétrica instituída pela Lei 12.815/13 tem o condão de se alcançar o desenvolvimento do setor e não colocar em risco a prestação da atividade ou comprometer a universalização do serviço¹³².

Esse papel deve ser cumprido tanto pelo novo marco regulatório, quanto pela agência reguladora do setor – ANTAQ – e o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na aplicação da legislação correspondente, propondo regras de regulação bem como ações de promoção de defesa da concorrência ou por análises de desempenho da gestão portuária, por exemplo¹³³.

3.2.7 A eficiência do novo marco regulatório do setor portuário para o desenvolvimento econômico nacional

¹³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 306 – 307.

¹³¹ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In_____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 215.

¹³² KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In_____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 400-401.

¹³³ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In_____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 220.

Existem hoje muitas críticas e dúvidas sobre o novo marco regulatório e sua efetividade para a economia brasileira. É inevitável as comparações com os países com portos de alto desempenho e suas gestões. Contudo, deve-se lembrar de que estes estão sujeitos a regimes jurídicos distintos, sem a obediência a regras de isonomia e universalidade na prestação de serviços públicos, como a desnecessidade de procedimentos licitatórios, que ocorre no Brasil, entre outras liberdades¹³⁴.

O nosso sistema não admite isso, primordialmente, quanto aos portos organizados, exploradores de bens públicos e prestadores de serviço público, que, em virtude disso, devem obedecer as disposições constitucionais referentes às licitações e ao uso de bens públicos¹³⁵. Desse modo, o novo marco regulatório tentou, a um só tempo, adequar-se a realidade brasileira e solucionar a problemática do setor portuário.

A Lei 12.815/13, em busca de eficiência, através da expansão e sofisticação do setor portuário, teve o intuito, como visto, de ampliar a oferta desses serviços, criar incentivos ao aprimoramento de sua infraestrutura e fomentar a competição nesse ramo¹³⁶.

O novo marco regulatório do setor portuário foi ambicioso em sua criação, apesar de ter surgido tão tardiamente, num ambiente estagnado por décadas, inovou a legislação, trazendo institutos até então inexistentes e abandonando outros arcaicos, como o conceito de carga própria e seus terminais de uso privativo, dando lugar ao critério espacial.

O estabelecimento dos terminais de uso privado e da concorrência assimétrica é de suma importância para impulsionar o setor, instrumentos da livre concorrência, aplicado para incentivar a competição em atividades altamente concentradas ou travada e, conseqüentemente, desenvolvê-la.

¹³⁴ SOUZA, Maurício Araquam de. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 202.

¹³⁵ SOUZA, Maurício Araquam de. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 202.

¹³⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In _____. **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 318.

A liberdade, de maneira geral, é fator necessário ao desenvolvimento econômico de uma sociedade, servindo de base as grandes mutações sociais¹³⁷. Quanto maior ela for, mais eficiente será a economia¹³⁸. Portanto, percebe-se o quão significativo foi à instituição da livre concorrência no novo marco regulatório para desenvolver o setor portuário.

Para termos uma ideia do peso dos terminais privados, existem no Brasil hoje, de acordo com a SEP, mais de 180 instalações portuárias privadas. Em 2015, as mesmas foram responsáveis pela movimentação de 656 milhões de toneladas de carga bruta, correspondendo a 65,1% do total de carga movimentada em todo o setor portuário nacional. Ou seja, os terminais portuários privados movimentam mais carga do que os portos de uso público, sendo fundamentais ao escoamento da produção nacional¹³⁹.

Como resultado do novo marco regulatório, 67 instalações portuárias privadas foram autorizadas, dentre novas autorizações e ampliações de terminais já existentes, totalizando uma previsão de investimento de R\$ 16,2 bilhões. Ainda segundo a SEP, estão em análise outros 67 processos, com previsão de mais investimentos da ordem de R\$ 6,25 bilhões¹⁴⁰.

No entanto, existem impasses ou falhas com a aplicação da nova legislação por uma série de fatores, como a complexidade da norma ou mesmo desconhecimento. Há graves problemas práticos enfrentados pela iniciativa privada em terem outorgadas essas autorizações para a instalação dos terminais privados, com a notícia de casos em que se aguardam aproximadamente 7 anos entre a entrada com o pedido e a liberação das autorizações de funcionamento, entre outros igualmente conturbados¹⁴¹.

Segundo a Associação Brasileira de Terminais Portuários – ABTP – a burocracia é o problema encontrado para a média de 7 anos de espera entre o

¹³⁷ SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento – A função estabilizadora do Estado no domínio econômico. **RDPE - Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 11, n. 42, abr./jun. 2013. P 127.

¹³⁸ *Ibdi*. P 136.

¹³⁹ SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS. **Terminais de uso privado**. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/terminais-de-uso-privado>>. Acesso em: 29 out. 2017.

¹⁴⁰ *Ibdi*.

¹⁴¹ CASTRO, Rodrigo Pironti A.; LOVATO, Rafael Porto. Terminais de uso privado: uma análise a partir do novo marco regulatório. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem**. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015. P 243.

pedido para a instalação de um terminal privado até o início de sua operação, envolvendo no ato autorizativo diversos órgãos, que acabam invadindo a competência um dos outros e dificultando a concretização dos empreendimentos¹⁴².

Em 4 anos de sua vigência, busca-se a resposta se a Lei 12.815/13 realmente trouxe e trará efetivas mudanças para se alcançar o desenvolvimento, passando o setor a assumir papel prioritário para alavancar a economia brasileira, garantindo assim, o bem-estar social tão almejado.

Para Otacílio Silveira Neto, a Lei 12.815/13 dá amplo espaço para a expansão do setor portuário, não parecendo até o momento ser um empecilho a tal objetivo, pelo contrário, sendo adequada a resolver os problemas do setor, que agora possui outro, qual seja, por em prática os institutos trazidos, pois, a legislação estar vigente não é suficiente, devendo o Estado fazê-la cumprir¹⁴³.

¹⁴² Ibd.

¹⁴³ SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. Desenvolvimento Econômico em tempos de globalização econômica: A questão da nova legislação portuária brasileira. In CAMPOS, Ingrid Zanella A. et al. (org). **Aspectos modernos do direito marítimo e portuário**. Recife: Nossa Livraria, 2015. P 555.

CONCLUSÃO

O Brasil possui um enorme potencial para ter um sistema portuário avançado devido à extensão do litoral e uma capacidade aquaviária quase inexplorada. São cerca de 40 mil quilômetros de rios navegáveis e quase 7 mil quilômetros de costas marítimas com grande capacidade de transporte de cargas e passageiros. Entretanto, incoerentemente, toda essa capacidade nunca foi bem explorada, optando-se, primordialmente, pelo transporte mais custoso, o rodoviário.

A infraestrutura portuária brasileira até hoje é um entrave para o desenvolvimento da economia do país. Com pouco investimento e incentivo, mostrou-se sempre ineficiente. As crises financeiras vividas pela nação agravaram a situação, gerando declínio dos investimentos estatais que levou à deterioração dos serviços de logística como um todo.

Historicamente baseada em monopólios ou protecionismo, teve como primeiro marco a abertura dos portos às nações amigas, com a chegada de Dom João XI. Embora a abertura tenha trazido muitos benefícios, até mesmo iniciando o desenvolvimento da nação, então colônia de Portugal, seu objetivo foi de interesses particulares, da própria Coroa Portuguesa que aqui passou a residir e se viu impossibilitada de adquirir bens de consumo.

Com uma cultura histórica pautada em exportação de *commodities*, desde seu descobrimento, com a exploração do pau-brasil, passando pela cana de açúcar, café e hoje a soja, teve e tem no escoamento do agronegócio uma problemática, onde atualmente as vendas externas representam pouco mais de 1% no cenário mundial, aquém das suas reais necessidades.

Mesmo com a consciência de que o segmento de serviços de infraestrutura portuária é de fundamental importância para o desenvolvimento nacional, por ser esse meio em que é viabilizada a quase totalidade das operações de comércio nacional, e saber que a via marítima é a mais adequada para o transporte de carga em grande escala, o Brasil tem uma grande defasagem no setor, com índices vexatórios. Dois deles são: o de eficiência logística, no qual o Brasil ocupa o 41º lugar numa lista de 155 países e o ranking de qualidade de portos em que o país possui a 123ª posição entre 140 países.

Para se chegar a esse quadro, é perceptível que existem problemas em diversos âmbitos e de todas as ordens no setor portuário brasileiro. Entre eles, há

uma antiga necessidade em investimentos para ampliar a capacidade portuária, que facilitem os acessos – terrestres e hidroviários – e possibilite a atracação de grandes embarcações.

Tal demanda em infraestrutura portuária e de acesso, a muito se tornou evidente, sendo inadiável. Fora a falta de investimentos, há outros problemas limitantes, como a burocracia excessiva, uma complexa legislação e a falta de competitividade.

Apesar dessa situação alarmante, a movimentação de cargas nos portos do Brasil vem tendo crescimento expressivo. Em 2015 bateu recorde histórico, com 1 bilhão de toneladas transitadas, representando um aumento de 3,9% em relação à movimentação do ano anterior. Tendo ainda a previsão de aumento na movimentação entre 2015 até 2042 de 103%, segundo o PNL P.

Persistem-se, desse modo, preocupações legítimas com a possibilidade de esgotamento do sistema. Assim, a baixa eficiência e o déficit que assolam o setor demandaram imediata atuação do poder público, tanto com políticas públicas quanto por remodelação da legislação do setor portuário.

Faz-se jus a atuação do poder público por que a infraestrutura portuária é considerada uma alavanca para se alcançar o desenvolvimento econômico de uma sociedade. Desenvolvimento esse que, ao contrário do crescimento que é apenas o aumento da renda e do PIB, implica em uma mudança estrutural mais profunda, definido como um processo auto-sustentado, envolvendo um série de modificações que conduz a uma radical mudança de estrutura econômica e da própria sociedade implicada, revelando alterações substancialmente qualitativas, de ordem psicológica, cultural e política.

Essa mudança de estrutura para chegar ao desenvolvimento, considerado por vários autores como um salto de uma estrutura social para outra, ainda não ocorreu no Brasil, marcado pelo subdesenvolvimento, mas é um fenômeno que se pretende atingir, até por ser um direito garantido na Constituição Federal, para que a sociedade brasileira possa desfrutar de uma melhor qualidade de vida e alcançar o estado de bem-estar social.

Derivado culturalmente e politicamente de um fenômeno de dominação, o subdesenvolvimento, ao contrário, é um processo histórico autônomo e não uma etapa necessária de evolução natural da economia, no qual, como visto, só pode ocorrer através de uma ruptura no sistema, devendo se realizar tanto internamente

como externamente. Dessa forma, para se atingir um processo de desenvolvimento, necessita-se ocorrer uma transformação social, passando pelo sistema produtivo e, em consequência, pela infraestrutura.

Para isso, necessita-se da presença do Estado para induzir tal objetivo, com medidas que viabilizem a infraestrutura, pois, a mesma é considerada um serviço de utilidade pública, tendo em vista sua relevância e seu alcance na economia e para a população. Dispondo como característica básica ser formada por um conjunto de equipamentos e serviços, geralmente de longa vida útil, que constituem a base sobre a qual são prestados os serviços considerados necessários para o desenvolvimento produtivo, político, social e pessoal.

A infraestrutura econômica, especificamente, vincula-se à exploração de um serviço público e tem como função precípua dar apoio às atividades do setor produtivo. Tal setor se beneficia diretamente com a prestação eficiente de serviços públicos de infraestrutura, pois condiciona significativamente a produtividade e a competitividade do sistema econômico, permitindo reduzir o tempo e esforços gastos na produção e circulação de bens, além de diminuir os custos.

Em relação à infraestrutura portuária, uma adequada disponibilidade desta infraestrutura e de seus serviços correlatos é condição indispensável para que o país possa desenvolver vantagens competitivas, alcançando maior grau de especialização produtiva.

Percebe-se, desse modo, que a infraestrutura portuária impacta na economia por meio direto, pois, investindo-se nela, é possível obter uma expansão da capacidade de abastecimento ou o escoamento da produção, e indiretamente, ganhar-se-ia na melhoria na qualidade de vida, propiciando o desenvolvimento econômico e social da nação, e conseqüentemente garantindo o bem-estar da sociedade.

Entretanto, a legislação que acompanhou o setor portuário brasileiro, historicamente, influenciou o cenário caótico apresentado, possuidora de uma complexidade e burocracia que o trava, com vácuos normativos, incertezas e, até certo ponto, retrocessos.

Contudo, mudanças pontuais foram perceptíveis e primordiais para se chegar ao atual marco regulatório. A Constituição de 1988, ao contrário das pretéritas, provocou significativa mudança, atribuindo à União a competência para explorar os portos diretamente ou mediante autorização, permissão ou concessão. Dispôs assim

sobre a estruturação jurídica da atividade portuária, no qual as constituições anteriores conferiam a União apenas competência legislativa sobre o regime dos portos, mas não sobre a prestação de serviços, no qual gerava inúmeros questionamentos.

Assim, a Constituição Federal disciplinou o setor portuário tanto sob a ótica de serviço público (concedido ou permitido) quanto no regime de atividade econômica (autorizada). Além de possibilitar avanços nas legislações infraconstitucionais.

Com a vigência da atual Constituição e a política econômica que marcou o Brasil nos anos 90, foi editada a Lei de Modernização de Portos – Lei 8.630 de 1993, também inovadora sob a ótica anterior, mas ainda limitadora da atividade portuária, protecionista em determinados âmbitos.

Por tudo isso, era urgente a modernização legislativa necessária a modificar a infraestrutura portuária, priorizando a regulação, no qual, uma intervenção estatal precisava responder a uma demanda pública para correção de um serviço ineficiente. Essa intervenção do Estado no domínio econômico precisava ter como objetivo viabilizar a liberdade dos mercados, disciplinando e não o limitando.

Desse modo, entrou em vigor a Lei 12.815/13, novo marco regulatório para o setor portuário brasileiro, com o intuito de inovar esta área para que o Brasil pudesse alcançar o desenvolvimento, tendo por objetivo a ampliação das oportunidades de satisfação dos interesses coletivos e incentivos aos investimentos privados. Entretanto, a mesma pode ser considerada ainda tímida, em comparação com as políticas administrativas de outros países, principalmente os que apresentam portos mais eficientes.

Não houve, por exemplo, inovação quanto aos terminais públicos, assim como sua extinção, visto que se trata de impedimentos insuperáveis, afrontando diretamente comando constitucional que reserva a União à competência para a exploração dos portos, além das normas e princípios do Direito Administrativo em regular o serviço público.

O novo marco regulatório buscou recuperar o tempo perdido e estabelecer parâmetros desenvolvimentistas com vista ao futuro, mas na medida do possível, adequando-se a legislação brasileira. Entretanto houve inovações relevantes para a economia, trazendo institutos até então inexistentes e abandonando outros arcaicos, como o conceito de carga própria e seus terminais de uso privativo, dando lugar ao critério espacial.

As principais inovações se deram quanto à liberação dos terminais privados e a implantação da concorrência assimétrica, instrumentos da livre concorrência, aplicado para incentivar a competição nessa atividade altamente concentrada e travada para, conseqüentemente, desenvolvê-la. Assim como ocorreu com a telefonia brasileira.

Mercado outrora por restrições, os portos brasileiros são fruto de opções políticas, ao longo da história, refratárias à economia de livre mercado, com uma verdadeira cultura de resistência, pautada no Estado centralizador e fortemente intervencionista. Hoje, de forma inovadora, busca-se a participação da iniciativa privada, para trazer investimentos, melhorar a infraestrutura, aumentar a concorrência no setor e, conseqüentemente, seu desenvolvimento. Mesmo com mudanças políticas, se faz presente questões próprias do Direito Administrativo, como a natureza dos serviços portuários e a eventual outorga desses serviços ao ente privado. Isso porque, além de ser disciplinado como bem público e serviço de interesse público, mesmo descentralizado, deve haver sempre a regulação do Estado, com o intuito de disciplinar o setor e garantir sua liberdade.

Abriu-se, portanto, um amplo espaço para a expansão do setor portuário. Porém, existem impasses ou falhas com a aplicação da nova legislação por uma série de fatores, como a complexidade da norma ou mesmo desconhecimento. Em 4 anos de sua vigência, não se sabe se a Lei 12.815/13 realmente trouxe e trará efetivas mudanças para se alcançar o desenvolvimento almejado. Todavia, o caminho mais adequado a resolver os problemas do setor é por em prática os institutos trazidos devendo a sociedade e o Estado fazê-la cumprir.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco H. Castelo Branco. **Sistema portuário brasileiro**: evolução e desafios. Florianópolis: UFSC, 2013. 67 f. Dissertação – Programa de pós-graduação em engenharia e gestão portuária. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/estudos-e-pesquisas/tcc/francisco-humberto-castelo-branco-araujo.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL, Lei 12.815 de 05 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Brasília, DF, jun 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm> Acesso em: 12 set. 2017.

BRASIL, Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, fev 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 13 set. 2017.

BRASIL, QUEM PAGA É VOCÊ. Fantástico. Rio de Janeiro: Globo, 21 de abril de 2013. Programa de TV. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=D3QYBVvy6aE>> Acesso em: 10 set. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. Desenvolvimento, Estado e Administração Pública. In CARDOSO, José Eduardo M.; QUEIROZ, João Eduardo L.; SANTOS, Márcia Walquíria B. (org). **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006. v.3.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro**: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

CASTRO, Rodrigo Pironti A.; LOVATO, Rafael Porto. Terminais de uso privado: uma análise a partir do novo marco regulatório. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro**: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

CNI, Confederação Nacional da Indústria. **As barreiras da burocracia**: o setor portuário. Brasília: CNI, 2016. 94 pg. Disponível em: <<http://www.portaldaindustria.com.br/publicacoes/2016/9/barreiras-da-burocracia-setor-portuario/>>. Acesso em: 29 set. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Princípios do Direito Comercial**: com anotações ao projeto do código comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a Lei 12.815/2013. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro**: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

ESTADÃO. **Portos: expansão da infraestrutura e sustentabilidade.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/portos-expansao-da-infraestrutura-e-sustentabilidade/>>. Acesso em: 19 set. 2017.

FAVACHO, Frederico. A Dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei de portos: Uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem.** 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

FREITAS, José Carlos Higa de. **O novo marco regulatório do setor portuário e o desenvolvimento nacional.** 2015. 117 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1180>>. Acesso em: 11 out. 2017.

FRÓES, Fernando. Infra-estrutura pública: Conceitos Básicos, importância e a intervenção governamental. **Curso de Direito Administrativo Econômico.** São Paulo: Malheiros, 2006. P 814.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 15ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA, Sergio. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem.** 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

HRML LOGÍSTICA. **O movimento no porto de Singapura parece um filme publicitário em alta rotação.** Disponível em: <<https://hrmlogistica.wordpress.com/2011/11/20/o-movimento-no-porto-de-singapura-parece-um-filme-publicitario-em-alta-rotacao>>. Acesso em: 04 out. 2017.

IPEA, Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. **Infraestrutura econômica no Brasil: Diagnósticos e perspectivas para 2025.** 1 ed. Brasília: IPEA, 2010. 586 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem.** 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

KAPPEL, Raimundo F. Portos brasileiros: novo desafio para a sociedade. Brasília. Disponível em: <http://www.sbpnet.org.br/livro/57ra/programas/conf_simp/textos/raimundokappel.htm>. Acesso em: 22 set. 2017.

KLEIN, Aline Lícia. O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem.** 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Alexandre; PUGA, Fernando Pimentel. **Infraestrutura no Brasil: ajustando o foco**. Rio de Janeiro: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, 2016. 26 p. (Textos para discussão; 112). Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/9914>>. Acesso em: 01 out. 2017.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Aspectos Gerais do Direito Portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro**: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

REVISTA PORTUÁRIA. **A ineficiência da infraestrutura logística do Brasil**. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141>>. Acesso em: 12 set. 2017.

RISTER, Carla Abrandtkoski. Direito ao desenvolvimento: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 542 pgs.

SARTO, B. D. et al. A infraestrutura logística brasileira e os impactos nas exportações: um estudo multicaso de empresas exportadoras do sul de Minas Gerais. **Seget - simpósio de excelência em gestão e tecnologia**, Belo Horizonte, v. 12, p. 1-11, out. 2015. Disponível em: <<https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos15/9122284.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS - BRASIL. **Portos têm movimentação recorde de cargas em 2015**. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/noticias/portos-tem-movimentacao-recorde-de-cargas-em-2015>>. Acesso em: 19 set. 2017.

SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS. **Terminais de uso privado**. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/terminais-de-uso-privado>>. Acesso em: 29 out. 2017.

SEN, Amartya Kumar. Desenvolvimento como liberdade. Tradução: Laura Teixeira Motta, revisão técnica: Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento – A função estabilizadora do Estado no domínio econômico. **RDPE - Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, v. 11, n. 42, p. 124-139, abr./jun. 2013.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. Desenvolvimento Econômico em tempos de globalização econômica: A questão da nova legislação portuária brasileira. In CAMPOS, Ingrid Zanella A. et al. (org.). **Aspectos modernos do direito marítimo e portuário**. Recife: Nossa Livraria, 2015.

SOUTO, Marco Juruema Villela. Direito Administrativo das Concessões. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004.

SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, Maurício Araquam de. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.). **Direito Portuário Brasileiro**: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael W. (org.) **Direito Portuário Brasileiro**: lei 12.815, porto organizado, poligonal, arrendamento e autorização, arbitragem. 1ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

UOL. **IDH brasileiro para de avançar, e país mantém 79ª posição em ranking**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/03/1868352-idh-brasileiro-para-de-avancar-e-brasil-mantem-79-posicao-em-ranking.shtml>>. Acesso em: 27 set. 2017.

WORLD ECONOMY FORUM. **Global competitiveness index 2017-2018: Quality of port infrastructure**. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/competitiveness-rankings/#series=EOSQ353>>. Acesso em: 02 out. 2017.