

Título: Os incentivos da garantia de reequilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos nos contratos de arrendamento portuário no mercado de contêineres do Porto de Santos.

José Arthur Bezerra Silva

Bruno de Oliveira Pinheiro

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Análise Econômica do Direito (AED)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Vice-Presidente no exercício da Presidência)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

André Luis de Carvalho

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETORA-GERAL

Ana Cristina Melo de Pontes Botelho

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

Título: Os incentivos da garantia de reequilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos nos contratos de arrendamento portuário no mercado de contêineres do Porto de Santos.

José Arthur Bezerra Silva

Trabalho de conclusão de curso no formato de artigo científico submetido ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Análise Econômica do Direito.

Orientador:

Prof. Bruno de Oliveira Pinheiro

Banca examinadora:

Prof. Dax Rosler Andrade

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

SILVA, José Arthur Bezerra. **Título: Os incentivos da garantia de reequilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos nos contratos de arrendamento portuário no mercado de contêineres do Porto de Santos.** 2023. Artigo científico (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO(A) AUTOR(A): José Arthur Bezerra Silva

TÍTULO: Título

GRAU/ANO: Especialista/2022

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Nome

e-mail silvajb@tcu.gov.br

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a Sobrenome, Nome

Título: **Os incentivos da garantia de reequilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos nos contratos de arrendamento portuário no mercado de contêineres do Porto de Santos/** José Arthur Bezerra Silva – Brasília: ISC/TCU, 2022.
(Monografia de Especialização)

1. Análise Econômica do Direito. 2. Tema 2. 3. Tema 3. I. Título.

CDU 02
CDD 020

Título: Os incentivos da garantia de reequilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos nos contratos de arrendamento portuário no mercado de contêineres do Porto de Santos.

José Arthur Bezerra Silva

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Análise Econômica do Direito realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Análise Econômica do Direito.

Brasília, 24 de fevereiro de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Bruno de Oliveira Pinheiro (Mestre)
Orientador
Agência Nacional de Transportes Aquaviários

Prof. Dax Rosler Andrade (Mestre)
Avaliador
Agência Nacional de Transportes Aquaviários

Resumo

Recentemente, no setor portuário, o Decreto 10.672/2021 acrescentou o § 9º ao art. 42 do Decreto 8.033/2013, que regulamenta a Lei 12.815/2013, a Lei Geral de Portos. A alteração permite ao arrendatário, quando desejar fazer novos investimentos não previstos originalmente no contrato, escolher se solicita o reequilíbrio econômico-financeiro, que até então era regra, ou se o faz às suas expensas, o que configuraria renunciar à garantia. O presente artigo examina a estrutura de incentivos por trás da garantia do equilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos não originalmente previstos em contratos de arrendamento portuário em setores considerados contestáveis para entender os incentivos presentes nessa alteração. Como exemplo de mercado contestável, foi escolhido o segmento de contêineres do Porto de Santos.

Palavras-chave: direito administrativo; reequilíbrio econômico-financeiro; arrendamentos portuários; terminais de uso privados.

Abstract

Recently, in the port sector, Decree 10.672/2021 added § 9º to art. 42 of Decree 8.033/2013, which regulates Law 12.815/2013, the Brazilian Law of Ports. The alteration allows the lessee, when he wishes to make new investments not originally foreseen in the contract, to choose whether to request the economic-financial rebalancing, which until then was the rule, or whether to do so at his own expense, which would mean waiving the guarantee. This article examines the structure of incentives behind the guarantee of economic and financial balance for new investments not originally foreseen in port terminals leasing contracts in sectors considered contestable in order to understand the incentives present in this amendment. As an example of a contestable market, the Port of Santos container segment was chosen.

Keywords: administrative law; economic-financial rebalancing of infrastructure contracts; private use port terminals.

Lista de figuras

Figura 1: Poligonal do Porto Organizado de Santos

41

Lista de gráficos

Gráfico 1: Evolução do setor de contêineres do Porto de Santos	51
---	-----------

Lista de tabelas

Tabela 1: Principais diferenças entre os terminais arrendados e TUPs	39
---	-----------

Lista de abreviaturas e siglas

AED	Análise Econômica do Direito
ATP	Associação de Terminais Portuários Privados
Antaq	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ETC	Estação de Transbordo de Cargas
IP4	Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte
TCU	Tribunal de Contas da União
TEU	Tonelada Equivalente Útil
TUP	Terminal de Uso Privado

Sumário

Caracterização do problema de pesquisa	13
O instituto do equilíbrio econômico-financeiro no direito tradicional e na Análise Econômica do Direito (AED).....	14
Breve descrição do setor portuário, do Porto de Santos, de seu segmento de contêineres e legislação correlata	30
Resultado da pesquisa	45
Referências.....	57

1. Caracterização do problema de pesquisa

Recentemente, o setor portuário passou por alteração normativa interessante. O Decreto 10.672/2021 acrescentou o § 9º ao art. 42 do Decreto 8.033/2013, que regulamenta a Lei 12.8115/2013, a Lei Geral de Portos.

A alteração permite ao arrendatário, quando desejar fazer novos investimentos não previstos originalmente no contrato, escolher se solicita o reequilíbrio econômico-financeiro, que até então era regra, ou se o faz às suas expensas, o que configuraria renunciar à garantia.

Para o poder público, o processo de reequilíbrio busca diminuir a assimetria de informação, examinar a real necessidade de cada novo investimento sugerido e garantir que o arrendatário não procure inflar o custo desses aportes de forma a maximizar a redução do valor a ser pago pelo arrendamento, a forma mais tradicional de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento.

Porém, no caso de arrendatários que estão em mercados competitivos, que possuem oferta ociosa, e sofrendo contestação constante, pode ser que o próprio mercado garanta que os interesses do arrendatário estejam alinhados aos do poder público. Nesse caso, a novel flexibilização trazida pelo referido Decreto teria sua utilidade reduzida e/ou não alcançaria justamente os efeitos que busca adicionar ao regime de remuneração dos arrendatários de terminais portuários.

O presente artigo visa, assim, examinar com mais profundidade a estrutura de incentivos por trás da garantia do equilíbrio econômico-financeiro para novos investimentos não originalmente previstos em contratos de arrendamento portuário em setores considerados contestáveis. Para tanto, foi escolhido o segmento de contêineres do Porto de Santos.

Com esse intuito, estabeleceu-se a seguinte estrutura narrativa. O primeiro capítulo tratará da teoria tradicional do equilíbrio econômico-financeiro, as origens do instituto e como a doutrina administrativa mais tradicional o desenha. Também serão apresentadas as críticas recentes que novos teóricos do direito administrativo têm apresentado, especialmente após o tema ter sido incluído nos holofotes devido aos efeitos da pandemia do Covid19 nos contratos administrativos.

A segunda parte descreverá o setor portuário brasileiro, o Porto de Santos, seu segmento de contêineres e a legislação correlata, especialmente as que tratam sobre

alterações de contratos, já que são as que delimitam como o equilíbrio econômico-financeiro é operacionalizado no direito brasileiro.

Por fim, o último capítulo trará de forma qualitativa o exame da matriz de incentivos acerca do tema abordado.

2. O instituto do equilíbrio econômico-financeiro no direito tradicional e na Análise Econômica do Direito (AED).

a) Histórico

Para entender com mais profundidade as origens da garantia do equilíbrio econômico-financeiro, entende-se relevante fazer um histórico sobre o surgimento dos institutos das concessões e das chamadas *public utilities*. Isso envolve entender a evolução do direito francês e do norte-americano.

Essa diferenciação é ainda mais útil porque, como visto na contextualização, o setor portuário convive atualmente com diversas formas de organização contratual, tem-se a concessão de porto organizado, uma típica concessão de serviços públicos; o arrendamento portuário, cuja natureza jurídica é alvo de diversos debates na parca doutrina pátria, até porque não se trata de instituto comumente detalhado nos livros texto de direito administrativo; e o Terminal de Uso Privado (TUP), hoje encarado com a flexibilidade regulatória e contratual da *public utility* nos atuais regramentos da Antaq, e que recente auditoria do Tribunal de Contas da União (TCU), materializada no Acórdão 2.711/2020-TCU-Plenário, chamou de *atividade econômica de interesse público*, um conceito cuja precisão foi aplaudida pelo setor – pela Lei 12.815/2013, a operação portuária é privada, enquanto a administração do porto é pública – mas que ainda gera debates sobre sua pertinência constitucional e legal entre os mais formalistas.

a.1 Surgimento das concessões de serviço público no direito francês

Segundo Loureiro (2020), a experiência jurídica francesa marcou-se, no decorrer de seus vários anos, por uma maior experimentação da publicização da vida social. Muito

devido à jurisprudência do Conselho de Estado, algo como o Supremo Tribunal Federal para causas administrativas. Ademais, ressalte-se a atividade doutrinária francesa, em particular, a reflexão dos juristas que se filiaram à chamada Escola de Serviço Público (Duguit e Jèze).

Essa construção acabou por juntar dois itens que tinham origens e utilidades bastante diferentes, o serviço público e a concessão.

Serviço público, no direito público francês do final do século XIX, era apenas um conjunto de atividades tipicamente estatais realizadas pelo poder público em regime de absoluta exclusividade e sob disciplina jurídica marcada pela autoridade e unilateralidade. Dessa forma, caracterizavam-se pela: (i) essencialidade, para a constituição e manutenção da convivência social; (ii) realização, necessariamente, pelo aparato estatal; e pelo (iii) regime exorbitante e autoritário de realização.

Concessões, originalmente, indicavam uma grande gama de contratos celebrados pelo poder público nos quais estava envolvida a transferência de alguma prerrogativa, utilidade ou exercício de competência pública para um particular. Normalmente envolvia a construção de algo que interessava mais ao empreiteiro.

Com o tempo, o interesse saiu da obra para o serviço, e este passou a ser o importante e não apenas algo feito no interesse do empreiteiro. O serviço passou a ser de interesse público, daí nascendo a concessão de serviço público. Foram dois movimentos convergentes, o serviço público foi ampliando seu rol de atividades e a concessão foi ganhando objetivo mais nobre.

Para Jèze, citado por Loureiro (2020), a concessão não muda a natureza do serviço, que segue sendo público. A concessão do serviço não é apenas uma empresa que, em razão da importância, se submete ao controle da administração.

Juntar esses dois institutos foi engenhoso porque apresentou consequências entendidas interessantes na época: (i) reversão dos bens como elemento inerente, já que seria uma nacionalização ou socialização da atividade; (ii) a contraprestação paga pelo usuário não é preço, mas carga pública modificável pelo poder concedente; (iii) o usuário não é consumidor, mas administrado. Não está em situação contratual, mas regulamentar; e (iv) o regime econômico-financeiro da atividade possui bases contratuais.

Além disso, garantia ao Estado maior ingerência na atividade, podendo inclusive tomá-la de volta do particular. Poderia instrumentalizá-la como política pública e mantinha a ação empresarial privada a ele submetida, mas não tão submetida a ponto

de ferir os ideais liberais da época. Por fim, atribuía ao empresário os riscos da atividade.

Outra observação interessante é que o direito francês fazia diferença entre serviço público e serviço de utilidade pública. Isto é, certas atividades privadas, por sua especial importância, deveriam receber um maior cuidado por parte do poder público (na forma de disciplina jurídica, estímulo, fiscalização, por exemplo), mas isso não as tornava serviços públicos.

a.2 Surgimento das *public utilities* e *regulation* no direito americano

Ainda conforme Loureiro (2020), o contexto histórico, social e cultural de onde partiu o direito norte-americano é bastante diferente do francês. Não havia traços de um Estado forte e empreendedor, assim, toda e qualquer atividade econômica, por mais importante e essencial que fosse, era entendida como privada.

Mesmo na excepcionalidade de o poder público tornar-se agente econômico, o direito norte-americano não transforma a natureza da atividade de privada para pública. Mesmo quando aquilo que ela propicia é algo tido por essencial e destinado ao público em geral, ela permanece a *private business*, ou apenas *affected with a public interest*. No entanto, isso não significa que todas as atividades empresariais privadas sejam tratadas pelo direito norte-americano de modo igual. Algumas recebem o rótulo de *public utilities* (ou *public service companies*). Ressalte-se que o *public*, nesse caso, é devido a atenderem a público indistinto e não por estarem sob alguma competência do Estado.

O direito norte-americano assume que a regulação pelo mercado é o melhor modo de disciplinar a atividade, e a mão mais pesada do Estado só deve ser utilizada na exceção de não ser possível contar com um mercado de livre oferta e demanda.

Observa-se, todavia, alguma coincidência entre o rol de *public utilities* e a lista dos serviços públicos franceses. Ao se estabelecer que determinada atividade consiste em uma *public utility*, incide sobre ela o chamado *police power*. Trata-se, porém, de um poder de polícia reformulado, que atende pelo nome de *regulation of public utilities*. Este poder era baseado tanto no brocardo *sic utere tuo ut alienum non laedas*, significando o conceito de utilizar seus direitos sem causar dano ou prejuízo ao direito dos outros, como no controle do abuso de direito. Dessa forma, a atuação do Estado

era tida como apenas a necessária e os preços cobrados dos usuários não eram públicos.

Nesse ambiente, a *public utility* não era uma competência estatal delegável a empresário privado por meio de contrato e por tal termo regulada. Em certos casos, até havia algum tipo de acordo entre o empresário e o poder público, mas esse negócio não tinha por objeto a transferência do exercício de uma competência pública, nem era a fonte de disciplina da atividade. *Franchises*, *grants* e *permits* legitimavam o prestador de serviços a usar bens públicos, como as vias e outros terrenos públicos, mas a ordenação da atividade, que era privada, lembre-se, era externa a esses eventuais contratos e não os tinha por pressuposto.

a.3 as concessões no direito brasileiro

As concessões brasileiras foram desenvolvidas observando-se muito do direito francês. Para Carvalho Filho (2015), trata-se de uma delegação de atividades com aspecto premente negocial, por conter inegável aspecto de bilateralidade nas manifestações volitivas, que se consuma por meio de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular que recebem, necessariamente, o influxo de normas de direito público, haja vista a finalidade a que se destinam: o atendimento a demandas (primárias ou secundárias) da coletividade ou do próprio Estado.

Note-se, assim, que o aspecto contratual aqui é relevante, ao contrário do direito americano.

Segundo o autor, a classificação básica divide as concessões de serviços públicos em duas categorias: concessões comuns e concessões especiais.

As concessões comuns são reguladas pela Lei 8.987/1995, e comportam duas modalidades: concessões de serviços públicos simples; e concessões de serviços públicos precedidas da execução de obra pública. Nestas, o poder concedente não oferece qualquer contrapartida pecuniária ao concessionário. Todos os seus recursos provêm das tarifas pagas pelos usuários.

As concessões especiais são reguladas pela Lei 11.079/2004 e também se subdividem em duas categorias: concessões patrocinadas; e concessões administrativas. Nas concessões especiais o concessionário recebe determinada contraprestação pecuniária do poder concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de “parcerias público-privadas”.

A concessão e a permissão têm expressa referência constitucional, constante do art. 175 da Constituição Federal, que estatui: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Para o autor, o objeto da concessão simples pode ser visto sob dois aspectos – um mediato e um imediato. Mediatemente significa a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na necessidade de agilizar a atividade, de conferir maior celeridade na execução e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam.

Por serem contratos de longo prazo, a doutrina reconhece que apresentam mutabilidade. Nesse contexto, em ocorrendo fatores que desequilibrem a avença, entende-se necessário reequilibrá-lo de alguma forma, vindo daí a expressão reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, que será melhor delimitado nos próximos tópicos.

b) O equilíbrio econômico-financeiro na doutrina tradicional brasileira

b.1 contratos administrativos e sua mutabilidade

O contrato de concessão é uma espécie do gênero contrato administrativo. Para a doutrina tradicional, isso traz diversas implicações. A primeira delas são as chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio, como chama José dos Santos Carvalho Filho. Trata-se de prerrogativas especiais conferidas à Administração na relação do contrato administrativo em virtude de sua posição de supremacia em relação à parte contratada (Carvalho Filho, 2015, p. 195). É a máxima do princípio de que o interesse público está acima do interesse do particular.

A doutrina tradicional costuma elencar alguns princípios, que são a materialização desse fato na realidade do contrato. Carvalho Filho (2015) elenca da seguinte forma: (i) alteração unilateral do contrato; (ii) rescisão unilateral; (iii) fiscalização da execução do contrato; (iv) aplicação de sanções; e (v) ocupação provisória de bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, quando o ajuste visa à prestação de serviços essenciais.

O equilíbrio econômico-financeiro normalmente está associado ao primeiro princípio, da alteração unilateral do contrato.

Isso porque soa desarrazoado que qualquer contrato desse tipo poderia perdurar sem, de alguma forma, sofrer alterações durante sua vigência. Portanto, é preciso reconhecer a chamada mutabilidade dos termos, que significa admitir o advento de novos fatos administrativos que alterem a relação original pactuada, ocasionando a necessidade de alguma flexibilização na relação contratual.

Nesse contexto, a alteração unilateral se dá em dois casos: (i) quando há modificação do projeto ou das especificações com vistas à melhor adequação técnica aos fins do contrato (alteração qualitativa); e (ii) quando é preciso modificar o valor em virtude do aumento ou diminuição quantitativa do objeto contratual (alteração quantitativa) (Carvalho Filho, 2015, p. 196).

Para Di Pietro (2020, p. 603-604), a mutabilidade é um dos traços mais marcantes do contrato administrativo e também decorre de suas cláusulas exorbitantes. Mas para a autora, esta característica também decorre de outras circunstâncias, especialmente dos fatos que dão margem à aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão, detalhadas mais para frente nesse artigo.

Continua, elencando que o assunto tem que ser analisado sob dois aspectos: o das circunstâncias que fazem mutável o contrato administrativo e o da consequência dessa mutabilidade, que é o direito do contratado à manutenção de equilíbrio econômico-financeiro.

Isso porque os contratos privados são regulados pela autonomia da vontade e na maioria das vezes significa que uma vontade estará em mais vantagem que a outra. No entanto, nos contratos administrativos e nos contratos em geral de que participa a Administração, não existe a mesma autonomia da vontade pelo lado público, o que a obriga a almejar, sempre que possível, a equivalência material, já que não tem a livre disponibilidade do interesse público.

Além disso, deve-se reconhecer a dificuldade da previsão adequada do equilíbrio, uma vez que os acordos administrativos em geral envolvem muitos riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de gastos, a natureza da atividade, que exige muitas vezes mão de obra especializada, a complexidade da execução, etc. Ressalte-se que o próprio interesse público que à Administração compete defender não é estável, exigindo eventuais alterações do

contrato para ampliar ou reduzir o seu objeto ou incorporar novas técnicas de execução.

Especificamente sobre contratos de concessão, Barroso (2006), ao tratar de concessões rodoviárias, apresenta quatro traços específicos desses termos que valem à pena serem trazidos para esse artigo.

O primeiro diz respeito à complexidade do objeto. Em geral, o concessionário típico possui diversas responsabilidades diferentes, desde operar, conservar, monitorar, melhorar, construir e explorar infraestruturas e superestruturas.

No setor portuário, pode envolver reforço de berço, construção de armazéns, instalação e utilização de equipamentos de alta tecnologia e seu monitoramento e manutenção, busca por clientes, desenvolvimento da logística interna do terminal, treinamento de pessoal especializado, entre outros.

A segunda característica é a relação especial que advém entre os interessados. Nos contratos administrativos típicos, regidos pela Lei 8.666/1993, apesar de a população ser a beneficiária final do objeto do contrato, não há qualquer relação jurídica entre ela e o contratado. Nas concessões de serviço público, o destinatário imediato dos serviços desenvolvidos pelo concessionário são os usuários, que remuneram o particular contratado por meio das tarifas/preços.

O terceiro aspecto envolve os longos prazos fixados em seus termos. Essa duração decorre não apenas da necessidade de se conceder ao concessionário tempo suficiente para executar suas obrigações, mas também para amortizar os altos custos e investimentos envolvidos nas obras e nos serviços objeto dos contratos.

A mutabilidade, quarta característica, decorre justamente do item anterior. As necessidades dos usuários e do mercado podem variar substancialmente em 20-25 anos. Podem ocorrer fluxos migratórios, descontinuidade da produção de bens, fechamento/esgotamento de minas e fazendas, alteração de corredores de exportação, progresso científico, desenvolvimento de outros modais de transporte, crescimento ou retração econômica atípica, mudanças relevantes no cenário internacional ou em projeções cambiais, entre outros.

Além disso, a concessão terá de conviver, ao longo do tempo, com agentes públicos e governos diversos, que a cada mandato poderão ter percepção diferente de como as atividades devem ser organizadas e realizadas, seja pela mudança da demanda ou por nova compreensão política do mesmo problema.

Para Justen Filho (2016), a própria evolução dos fatos naturais e sociais compreende uma margem de indeterminação que é impossível de ser eliminada. Nenhum planejamento, por mais satisfatório e perfeito que se entenda, pode prever solução para todos os problemas que podem ocorrer no mundo real em um longo período de tempo dentro de atividade complexa com amplo escopo de atribuições diferentes.

Portanto, a disparidade entre as projeções teóricas anteriores e as ocorrências reais futuras não decorre necessariamente de falhas de planejamento. Assim, a mutabilidade dos contratos de concessão, nessa roupagem, possui proximidade intrínseca com os princípios da atualidade, da eficiência e da continuidade do serviço público, elementos constantes do conceito de serviço adequado previsto no art. 6º, §§ 1º e 2º, da Lei 8.987/1995.

Apesar de ser característica inafastável e desejável dos contratos de concessão, contudo, a doutrina é unânime em afirmar que existem limites a serem observados. Não possui o poder público competência legal e constitucional para promover indiscriminadamente toda e qualquer alteração nesses ajustes, sob a justificativa de perseguir o interesse público.

Para Barroso (2006), apenas alterações legítimas podem ser levadas a efeito pela Administração Pública, e estas são marcadas por algumas características relevantes. O primeiro parâmetro a ser observado, assim, é a necessidade expressa de justificção para o ato, sua motivação. Cabe ao administrador justificar de maneira explícita porque considera necessária aquela alteração, especialmente em atenção à eficiência e à economicidade das soluções adotadas, em comparação a outras possíveis para o caso concreto.

Em segundo lugar, deve indicar também os fatos posteriores e imprevisíveis à época da contratação (ou fatos previsíveis, mas de consequências incalculáveis) que modificaram a situação contratada inicialmente e que, portanto, tornariam sua execução nessa nova realidade inadequada ao objetivo desejado pela Administração Pública com a contratação original.

Um terceiro aspecto é que a alteração contratual trata-se de exceção, logo, deve-se demonstrar também que não se está diante de riscos assumidos pelo particular constante da álea ordinária, conceito que se detalhará a seguir.

Outro parâmetro é a demonstração jurídica e técnica da inviabilidade de licitar de forma autônoma a alteração que se pretende acrescentar no ajuste.

O quinto critério diz respeito à observância do princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, a alteração pretendida não pode desnaturar o objeto do contrato, não pode ser tão relevante e substancial que ultrapasse a natureza de modificação e assumam a feição de novo termo. Por essa razão, alterações legítimas devem possuir caráter complementar, acessório e derivativo do objeto original.

Por fim, ao verificar a ocorrência de alteração legítima, considerando todos esses aspectos limitadores já abordados, a alteração deve desencadear o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de modo a preservar a relação original entre encargos e vantagens.

Existem variadas formas de promover esse reequilíbrio contratual. Justen Filho (2016) apresenta quatro providências como as mais usuais: o aumento de tarifas; a diminuição dos investimentos a cargo do particular; a diminuição dos encargos financeiros do concessionário (pagamento de outorga, redução de impostos); e a indenização do particular com recursos públicos, inclusive subsídios tarifários.

b.2 Equação econômico-financeira: repartição de riscos e áleas

Segundo Carvalho Filho (2015, p. 201), a equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. É a linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, é necessária a referida relação de adequação. Ela define o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.

Para o autor, trata-se de verdadeira garantia para o contratante e para o contratado. Sua expressão, aliás, é marcada pelo art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual as condições efetivas da proposta devem ser mantidas enquanto perdurar o vínculo contratual. Di Pietro (2020) também entende dessa forma.

Embora a garantia esteja ligada, como visto, à mutabilidade dos contratos, não é qualquer alteração que dá azo ao seu cumprimento. Assim, pertinente falar dos tipos de áleas, que se trata de uma classificação para os tipos de riscos normalmente enfrentados pelos contratantes e que parte está contratualmente/legalmente responsável por ele. Veja-se, assim, que o equilíbrio econômico-financeiro é

procedimento que se inicia quando ocorre um risco cuja responsabilidade é, integral ou parcialmente, do poder público concedente.

Segundo Di Pietro (2020, p. 605), as áleas são classificadas em ordinária e administrativa. A primeira é aquela que faz parte do negócio, da rotina normal que se espera da atividade contratualmente acordada, ou seja, ocorre pela própria flutuação do mercado. Como é previsível, o particular responde integralmente por ela, não possuindo direito ao reequilíbrio na consumação desse tipo de risco.

No segundo tipo, a álea administrativa, estão os clássicos institutos jurídicos do Fato do Príncipe, que se trata de ato de autoridade que incide indiretamente no contrato (e.g. criação de impostos) e do Fato da Administração, quando o ato administrativo incide diretamente no contrato. Como se trata de atuação volitiva do poder público que altera o equilíbrio inicial do contrato, promovendo custo adicional ao delegado, este tipo de fato inicia o procedimento de reequilíbrio integral em favor do particular.

Dentro desse segundo tipo está também a intitulada álea econômica, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis e que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão. Pela inevitabilidade da situação, normalmente decorrentes de casos fortuitos e de força maior, a doutrina tradicional costuma elencar esse tipo de risco à conta da administração pública, ou seja, garantido ao particular o integral reequilíbrio do termo, caso seja possível.

Di Pietro (2020) lembra que no direito francês, onde se buscou inspiração para a adoção dessas teorias, a distinção entre as áleas administrativas e econômicas é relevante, porque, nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes. No direito brasileiro, a autora insiste que em ambas as citadas áleas o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, inciso XXI, da Constituição, o qual exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, que sejam mantidas “as condições efetivas da proposta”.

Para Carvalho Filho (2015, p. 215), o fundamento da teoria da imprevisão é o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário inicial.

O autor cita Caio Tácito, que expressa: “A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências.”

c) Críticas ao instituto

c.1 Críticas ao fundamento constitucional do reequilíbrio

No entendimento de Loureiro (2020), nos últimos 20 anos tem ocorrido uma renovação acentuada do direito administrativo, no Brasil e no mundo.

De início, verifica-se mudança no discurso sobre a própria concepção de Administração Pública, que passou de burocrática para gerencial. Depois, no lugar da supremacia do interesse público como eixo geral do direito administrativo, pugnou-se pela orientação finalística aos direitos fundamentais. Por fim, no lugar do proceder unilateral, hierárquico e autoritativo, busca-se atualmente a ação procedimentalizada, transparente, participativa e, se possível, consensual, inclusive com a flexibilização do princípio da indisponibilidade do interesse público, com o aumento da possibilidade de atuação da arbitragem e outras formas de recomposição alternativas de conflitos. No entanto, para o autor, no que tange à garantia de reequilíbrio econômico-financeiro, essa realidade não tem sido vista com o mesmo ímpeto. Assume-se sem maiores questionamentos e de forma surpreendentemente expedita que o instituto tem por base um princípio constitucional, positivado numa única frase do art. 37, inciso XXI, da Constituição (“mantidas as condições efetivas da proposta”). Ademais, retira-se dessa magra tira, pronta e acabada, uma inteira disciplina jurídica de cunho acentuadamente protetivo do concessionário em face do poder concedente e dos usuários do serviço.

Defende que não se encontra, na Constituição de 1988, o instituto jurídico do equilíbrio econômico-financeiro, tal como tradicionalmente se concebe. Se existe alguma norma na Constituição a respeito do regime econômico-financeiro das concessões, certamente não é a corrente tradicional da teoria do equilíbrio econômico-financeiro como delimitada até aqui neste artigo.

Para o autor, o citado inciso nada mais faz do que propugnar, no âmbito de contratos administrativos cuja estrutura está assentada em obrigações de pagamento a cargo da Administração (os contratos de “obras, serviços, compras e alienações”), o princípio do *pacta sunt servanda*. Ou seja, ela se aplica à lógica de contratos comutativos simples, o qual não guarda relação com a ideia de equilíbrio de contratos de concessão de serviço público, formatados por meio de repartições de áleas entre o poder público e o contratado.

Assim, não enxerga o autor que diante dessa única frase seja possível prever, como faz a doutrina tradicional, a inteira teoria de divisão de áleas (fato do príncipe, da administração, teoria da imprevisão e ordinária), os remédios saneadores (reajuste e revisão), bem como o próprio conceito de equilíbrio (correlação entre encargos e benefícios).

Segundo sua visão, do ponto de vista hermenêutico, é fácil verificar que o aspecto literal do inciso nada informa acerca do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos.

Sobre o aspecto histórico, o autor faz profunda análise das constituições anteriores. A Constituição de 1934 foi a primeira a tratar do tema da remuneração de concessionários, no seu art. 137, regimentando que o lucro dos concessionários não poderia exceder a justa retribuição do capital. Este ideal é claramente inspirado nas *public utilities* do direito norte-americano. As constituições de 1937 e 1946 foram no mesmo sentido.

O autor cita relatos históricos de 1934 que confirmam essa vontade dos constituintes. De que se aproveitaria a ideia de concessão, mas que a fixação de uma tarifa máxima e a ideia de áleas e equilíbrio econômico-financeiro era um ponto fraco do sistema francês. Assim, seria melhor trocar por sistema de tarifa variável, sem se prender a equações originais ou a manutenção do *pacta sunt servanda*, tal qual o direito norte-americano.

Continua, elencando que a citada Constituição claramente havia se baseado no recém lançado Código de Águas de 1934, que propôs a regulação do serviço pelo custo. Esta não se coaduna com a tradicional ideia de equação financeira porque não abarca a divisão de áleas e porque significa, justamente, que a remuneração do concessionário vai variar conforme as condições de mercado. Não quer dizer, todavia, que não havia equilíbrio no sistema, mas que não haveria uma equação matemática original a ser protegida enquanto perdurasse a avença.

Na Constituição de 1967 ocorreu alteração significativa, segundo o autor. Diz a norma, em seu art. 160, que a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias estabelecendo: “II - tarifas que permitam a **justa remuneração do capital**, o melhoramento e a expansão dos serviços e **asseguem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato**”

Observa-se que a novidade foi o texto trazer literalmente a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. E o detalhamento do exato sentido da expressão, segundo o autor, foi alvo de intensos debates durante a vigência da Constituição. Isso porque o texto não deixa claro a divisão das áreas, o quanto delas deveria ser resguardado e reintegrado originalmente ou não. O fato de trazer a parte de justa remuneração do capital servia para deixar a verdadeira noção do regime remuneratório das concessões ainda mais confusa.

Para o autor, o sucessor legal dos artigos das Constituições anteriores acerca do tema é o 175, que rege:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Segundo afirma, no lugar da anterior exigência constitucional imposta ao legislador ordinário, de modo a propiciar ao concessionário a “justa remuneração” e o “equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (art. 160, inciso II, da CF 1967), a Constituição atual determina que o legislador desenhe uma “política tarifária”. De forma consciente, foram eliminadas as referências ao equilíbrio econômico-financeiro e à justa remuneração, trocando-as por uma obrigação genérica de formular a política tarifária, o que confere maior liberdade de ação ao legislador ordinário.

Expressa que a “política tarifária” pode, e talvez deva, contemplar a justa remuneração e algum tipo de equilíbrio contratual, mas sem dúvida isso não significa que, por força de disposição constitucional expressa, existe a obrigação de construir esse ou aquele regime econômico-financeiro.

Como ressaltado, todavia, a doutrina enxerga a teoria do reequilíbrio no art. 37, inciso XXI, da Constituição, que apenas exige que sejam mantidas as condições efetivas da proposta.

Na visão do autor, “manter a proposta” não significa “manter ao longo de todo o tempo do contrato, e sob qualquer circunstância, a equação econômico-financeira original que decorre da proposta”. A doutrina tradicional considera idênticas essas duas obrigações absolutamente diferentes e com isso ignora que a proposta pode, a pleno título, não contemplar essa manutenção ou contemplá-la com distintas configurações de riscos, tudo a depender das condições sob as quais é feita.

Entende que essa equiparação não só configura interpretação não autorizada do citado art. 37, inciso XXI, mas obstaculiza a desejável maleabilidade e flexibilidade para a configuração dos complexos regimes econômico-financeiros das concessões. Assim, condenando à inconstitucionalidade inovações do direito positivo brasileiro que dispõem de modo diverso da tradicional teoria do equilíbrio econômico-financeiro, como certas modalidades de revisões tarifárias ordinárias e a deferência ao contrato para a alocação de riscos.

Em sua pesquisa histórica, o autor alega que durante a constituinte mais recente, resta clara a ideia por trás do referido inciso de que visava apenas assegurar o adimplemento regular da Administração pública em seus pagamentos.

Ou seja, o inciso XXI do art. 37 foi criado para lançar providência moralizadora em contratos nos quais a Administração fosse devedora (contratos de colaboração). Justamente para que não pudesse prejudicar o contratado, suspendendo, atrasando ou parcelando pagamentos onde não havia previsão de parcelamento, pagando atrasado sem atualização monetária e assim por diante.

Alega que não havia nas constituições anteriores uma norma nesse sentido, que exigisse dever de licitar, obrigação de pagamento, transparência, ou seja, regras que protegessem os administrados quando contratassem com a Administração Pública. Tanto que essa foi uma das funções do Decreto-Lei 200/1986, buscar uma maior proteção aos contratos e da moralização da Administração Pública.

Elenca que o exame gramatical do inciso corrobora o viés histórico, já que ao se ler o inciso como um todo nota-se que a palavra pagamento vem justamente antes da frase ora debatida. Veja-se: “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com

cláusulas que estabeleçam obrigações de **pagamento**, mantidas as condições efetivas da proposta(...). Gramaticalmente, a manutenção das condições efetivas da proposta mostra relação de dependência com as cláusulas de pagamento.

O autor observa que os contratos de concessão normalmente não preveem pagamentos por parte da Administração, mas, ao contrário, ela que recebe valor dos contratados, o que torna ainda mais desarrazoado utilizar tal inciso como previsão constitucional do reequilíbrio de contratos de concessão.

c.2 Não ergodicidade dos contratos relacionais de longo prazo

Segundo Loureiro e Nóbrega (2021), contratos ligados à área de infraestrutura são incompletos e relacionais. E apenas esse fato já representa dessintonia entre a doutrina administrativa brasileira tradicional e aquela praticada no judiciário e no controle com relação à dinâmica real dos contratos complexos.

Até porque a doutrina tradicional costuma definir a questão por meio da supremacia e indisponibilidade do interesse público, gerando, em sua visão, contratos completos, racionalidade ilimitada, informação livre e gratuita e ausência de custos de transação.

Para os autores, tais paradigmas estariam ultrapassados, juntamente com a ideia de encontrar um equilíbrio único e alcançável em contratos de longo prazo. Na verdade, os contratos de infraestrutura normalmente são incompletos justamente por serem de longo prazo. Os custos de transação para delimitar toda e qualquer contingência no longo prazo seria proibitivo. Além disso, envolvem custos afundados por conta de vultosos investimentos que devem ser feitos nos bens afetos à execução contratual, normalmente de maneira prévia, e que apresentam poucas alternativas de venda.

Defendem que a ideia por trás de reequilibrar um contrato para voltar ao estado inicial tem visão originada na economia neoclássica. Nesse contexto, parte do pressuposto que os agentes são independentes e perfeitamente bem informados, de forma que cada um pode maximizar sua utilidade, sofrendo pressão de apenas um tipo de fator externo, o preço.

Em contratos relacionais, as partes vão tomando decisões de forma interdependente, com as informações que vão obtendo no decorrer do contrato, ou seja, possuem uma verdadeira interdependência estratégica, formada através de muitas interações bilaterais descentralizadas, que levam tempo e requerem esforço de monitoração.

Outro pressuposto incorreto do modelo neoclássico é sua linearidade, baseado na ideia de equilíbrio geral. A maximização de utilidade dos agentes racionais atualmente tem sido bastante rechaçada, especialmente na economia comportamental.

Tem-se observado por pesquisas recentes como heurísticas e assimetrias de informação podem afastar completamente uma decisão que, matematicamente, poderia até ser tida como racional, mas que não reflete a preferência, nem a necessidade, nem a realidade do que acontece nas relações contratuais.

Assim, quando o judiciário, agências e controle buscam o reequilíbrio de contratos de longo prazo relacionais estão buscando que a realidade se adeque à teoria neoclássica e não o contrário. E esse fato pode estar gerando decisões ineficientes. Porque justamente esse tipo de relação não possui um equilíbrio, mas vários.

A relação vai acumulando desequilíbrios enquanto as partes aprendem e em determinado momento é solicitado um reequilíbrio para buscar uma situação inicial que, é possível, não ser mais desejável por nenhuma das partes, ou não representa da melhor forma o interesse público ou a evolução da demanda, da tecnologia, do direito, entre outros critérios.

Delineiam os autores que é preciso diferenciar entre risco e incerteza. Ao primeiro, seria possível imputar uma distribuição de probabilidade. No entanto, em muitas situações contratuais está-se diante do imponderável, do segundo.

No entanto, esta limitação não é considerada pela doutrina tradicional neoclássica. Nas palavras dos próprios autores, parte-se do pressuposto de que “o futuro é sombra estatística do passado”, configurando um processo ergódico estocástico. Isto é, um processo governado por regras que são imutáveis no tempo, de forma que é possível definir uma distribuição de probabilidade entre elas, tal como a movimentação dos planetas, por exemplo.

É com essa realidade que se elaboram as matrizes de risco desses contratos, ou seja, reequilibrar seria apenas questão de trazer o fluxo de caixa ao valor presente. Mas em sistemas não ergódicos, tal como se desenham os contratos relacionais de longo prazo, não é possível estabelecer uma confiável distribuição de probabilidades que governem seu funcionamento. Assim, a discussão do reequilíbrio deveria se ocupar também de novas formas de reequilíbrio além da tradicional.

3. Breve descrição do setor portuário, do Porto de Santos, de seu segmento de contêineres e legislação correlata

a) Atores: Arrendamentos portuários e Terminais de Uso Privado (TUPs)

Inicialmente, convém citar a Lei 10.233/2001, que não só traz princípios importantes sobre a política de transporte nacional, incluindo os portos e a navegação, como cria e regulamenta a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), agência federal que regula o setor.

Mas o principal marco regulatório do setor portuário é a Lei 12.815/2013, conhecida como “Lei dos Portos”, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, a qual foi regulamentada pelo Decreto 8.033/2013.

O art. 2º da Lei define o porto organizado como bem público construído e aparelhado para atender às necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de uma autoridade portuária.

A área do porto organizado é delimitada por ato do Poder Executivo e compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto. O porto organizado pode ser administrado por companhias docas, bem como delegado a estados/municípios nos termos da Lei 9.277/1996 ou a entes privados por meio de contrato de concessão.

O art. 3º rege que a exploração dos portos organizados e instalações portuárias deve buscar como meta aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, observando diretrizes tais como: a garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor; a qualidade da atividade prestada; o estímulo à modernização e o aprimoramento da gestão; o estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias; e liberdade de preços nas operações portuárias, com repressão a qualquer prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico.

Por definição legal constante do art. 2º da Lei, as instalações portuárias podem estar dentro do porto organizado ou situadas fora dele, caracterizando-se pela finalidade de movimentação de passageiros e/ou de movimentação ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.

Quando situadas dentro do porto organizado, serão delegadas mediante contrato de arrendamento, definido como cessão onerosa de área e infraestrutura públicas para exploração por prazo determinado.

No âmbito do porto público, o art. 4º da norma legal estabelece que o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária será realizado sempre precedido de licitação, na qual serão considerados como critérios para julgamento, entre outros, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga. Compete à Antaq, com base nas diretrizes do poder concedente, elaborar os editais de licitação e realizar os procedimentos licitatórios (art. 6º, §§ 2º e 3º).

Segundo o art. 8º da Lei 12.815/2013, as instalações localizadas fora do porto organizado serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, compreendendo as seguintes modalidades: instalações portuárias públicas de pequeno porte (IP4); terminais de uso privado (TUPs); estações de transbordo de carga (ETC); instalação portuária de turismo.

Importante mencionar, em termos de histórico, as alterações promovidas recentemente na legislação de portos por meio da Lei 14.047/2020 e Decretos 9.048/2017 e 10.672/2019.

Não se entende necessário ao presente artigo expor de maneira detalhada e pormenorizada as alterações promovidas, mas apenas ressaltar que a legislação tem acompanhado visão mais moderna do direito portuário, que afasta conceitos anteriores que aproximavam o contrato de arrendamento do contrato de concessão e definia a operação portuária como serviço público.

Dessa forma, atualmente, a operação portuária tem sido encarada mais como *public utility* e o contrato de arrendamento tem ganhado cada vez mais defensores da tese de que deveria se aproximar mais da desburocratização, liberdade empresarial e flexibilidade das autorizações de TUPs.

Nesse sentido, observa-se que as cláusulas essenciais de arrendamentos não são mais tratadas no mesmo artigo das exigidas para a concessão, ganhando artigo

próprio, no qual não consta, por exemplo, a reversão obrigatória de bens e joga para a regulação a definição dos parâmetros dos serviços, o que os aproxima mais dos TUPs.

O presente artigo busca, como mencionado, aprofundar a discussão do reequilíbrio econômico-financeiro de forma a avaliar se não seria o caso de dar mais um passo nessa direção.

Com esse objetivo em mente, importa ater-se aos institutos do arrendamento e dos TUPs.

Sobre o último instituto, importante esclarecer que a Lei 12.815/2013 apresentou distinção significativa em relação à legislação anterior, a Lei 8.630/1993. Esta estabelecia a figura da Instalação Portuária de Uso Privativo, que poderia estar dentro ou fora da área do porto. Ademais, havia diferenciação entre instalações portuárias de uso privativo em exclusivo, para instalações que se destinavam à realização de movimentação de carga própria; e de uso misto, para instalações que além da carga própria também movimentavam carga de terceiros, a qual, no entanto, somente poderia ser movimentada em caráter subsidiário e eventual.

Dessa forma, diante dessas restrições, as instalações portuárias de uso privativo na época eram consideradas apenas um elo dentro de cadeias logísticas verticalizadas do negócio privado do autorizado, as cargas de terceiros sendo movimentadas apenas para complementar a receita dos terminais de cargas próprias no caso de ociosidade, entre safras e outras sazonalidades. Ou seja, não se pretendia que os terminais privados competissem com os arrendamentos.

O marco legal de 2013, regulamentado pelo Decreto 8.033/2013, retirou a limitação quanto à natureza da carga movimentada, de modo que os terminais de uso privado passaram a representar atividade econômica independente, exercida pela iniciativa privada, por meio de autorização materializada em contrato de adesão e explorada por sua própria conta e risco. Podiam, assim, movimentar 100% de cargas de terceiros e competir efetivamente pelo mercado com arrendatários de portos públicos.

Assim, atualmente, é possível encontrar TUPs com diferentes características, tais como: dedicados a uma cadeia produtiva, constituindo elo logístico do negócio privado, da forma como havia no regime legal anterior; de carga geral (contêineres, em particular); graneleiros; que possuem infraestrutura (aquaviária e/ou terrestre) própria; e aqueles que as compartilham com portos públicos.

No âmbito do relatório que embasou o Acórdão 2.711/2020-TCU-Plenário, foram citados dados levantados com a Associação de Terminais Portuários Privados (ATP), que atestam que os TUPs apresentaram a maior carteira de investimentos entre os modais logísticos nos últimos 6 anos, perfazendo cerca de R\$ 33,2 bilhões. Afirmam que no mesmo período, teriam ocorrido 24 leilões para arrendamentos portuários, responsáveis por investimentos da ordem de R\$ 3,3 bilhões.

Na mesma auditoria, comparou-se a movimentação por perfil de carga entre esses dois tipos de instalações, constatando que os granéis sólidos perfaziam cerca de 65% do total de carga movimentada pelos TUPs, acompanhados dos granéis líquidos/gasosos, que representariam aproximadamente 25% desse montante. Já a carga geral e a carga containerizada correspondem a menos de 5% do total cada uma. Dessa forma, nota-se que mesmo com o novo marco legal, grande parte dos terminais continuam funcionando como elo logístico de negócio próprio.

No entanto, a movimentação de contêineres ao longo do tempo apresentou nítido crescimento na última década. Os TUPs passaram de 15% da movimentação em TEUs em 2010 para 31% em 2019.

Uma diferença significativa entre os institutos encontra-se no art. 8º, § 1º, da Lei 12.815/2013, que afirma que os contratos de adesão terão as mesmas cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento, com exceção das que tratam do valor do contrato e dos critérios e procedimentos de revisão e reajuste, justamente a base do reequilíbrio econômico-financeiro contratual. Esta diferença será melhor detalhada mais para a frente.

Apesar da flexibilidade do regime, o TUP está sujeito aos mesmos critérios e valores públicos exigidos dos arrendatários no que tange à atividade. Nesse sentido, interessante colacionar o excerto legal a seguir, constante da Resolução-Antaq 71/2022, que regulamenta os terminais privados:

Art. 45. O autorizatário deve observar as disposições legais e regulamentares da ANTAQ, notadamente as relativas à execução da operação portuária, à modicidade e publicidade dos preços praticados, à prestação de serviço adequado e à efetividade dos direitos dos usuários, assim como os termos e as condições expressas ou decorrentes do contrato de adesão, sob pena de seu descumprimento implicar a cominação de sanções administrativas, nos termos da norma que disciplina o processo administrativo sancionador da ANTAQ.

Corroborando esse fato, a Resolução-Antaq 75/2022, que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários, estatui em seu art. 2º as condições para o atendimento do serviço adequado, que são:

Art. 2º São direitos básicos e deveres do usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e contratualmente:

I - receber serviço adequado:

- a) com observância dos padrões de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade, respeito ao meio ambiente e outros requisitos definidos pela ANTAQ;
- b) com cumprimento das práticas recomendadas de proteção à vida e à saúde dos usuários e à integridade da carga;
- c) com o conhecimento prévio de todos os serviços prestados e suas características, da composição dos correspondentes valores das tarifas e preços cobrados pelos serviços individualmente considerados, e dos riscos envolvidos;
- d) com horário definido e compatível com o bom atendimento;
- e) com instalações limpas, sinalizadas, acessíveis e condizentes com o serviço; e
- f) com urbanidade, respeito e ética.

O art. 4º expressamente atribui à autoridade portuária, ao arrendatário, ao autorizatário e ao operador portuário o dever de observar, permanentemente, sem prejuízo de outras obrigações constantes da regulamentação aplicável e dos respectivos contratos, as condições mínimas ali colocadas, que buscam delimitar de forma mais profunda o conceito de serviço adequado.

Nesse sentido, convém citar, como exemplo, a abstenção de práticas lesivas à livre concorrência, a observância da modicidade, devendo adotar tarifas ou preços em bases justas, transparentes e não discriminatórias aos usuários e que reflitam a complexidade e os custos das atividades, além do cumprimento dos parâmetros de desempenho estabelecidos contratualmente.

Nota-se que do ponto de vista da atividade portuária prestada, não existe diferença regulamentar entre arrendatários e autorizatários. A atividade prestada é a mesma, devendo observar as mesmas exigências, e serão fiscalizadas observando-se os mesmos critérios pelos órgãos fiscalizadores em ambos os regimes.

b) Normas sobre alterações contratuais

A mutabilidade dos contratos do setor portuário, especialmente sobre os investimentos não previstos, foi delimitada no nível operacional no âmbito de

regulamentações infralegais. Nesse sentido, convém citar o Decreto 8.033/2013, com alterações dos Decretos 9.048/2017 e 10.672/2021:

Art. 42. A realização de investimentos não previstos nos contratos deverá ser precedida:

I - de comunicação à Antaq, no caso das instalações portuárias autorizadas; e

II - de aprovação do poder concedente, precedida de análise da Antaq, no caso das concessões e dos arrendamentos. (Redação dada pelo Decreto 9.048, de 2017)

A norma traz de forma nítida a diferença de tratamento para a realização de novos investimentos entre arrendatários e autorizatários. No primeiro caso, é necessária a aprovação do poder concedente, um processo longo e burocrático, que será detalhado a seguir. No segundo caso, basta a mera comunicação.

Ainda no mesmo artigo, continua a norma:

§ 1º O poder concedente poderá, mediante requerimento do interessado, autorizar a realização de investimentos imediatos e urgentes previamente à análise que compete à Antaq nas hipóteses de: (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)

I - investimento necessário para o cumprimento de exigências de órgãos ou entidades integrantes da administração pública com competência para intervir nas operações portuárias; (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)

II - investimento necessário para restaurar a operacionalidade da instalação portuária em razão de fato superveniente que impeça ou dificulte a oferta de serviços portuários; ou (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)

III - investimento para fins de aumento da eficiência operacional ou ampliação de capacidade da instalação portuária quando a medida for comprovadamente urgente para o atendimento adequado aos usuários. (Incluído pelo Decreto 9.048, de 2017)

Nota-se do § 1º que se trata de regime de exceção para casos bastante específicos, situação do novo investimento ser obrigatório diante de exigências governamentais (inciso I) ou para atender a fato de álea extraordinária (inciso II).

O caso descrito no inciso III possui amplitude maior de ocasiões, contudo, dificilmente seria comprovável no cenário analisado neste artigo, mercado competitivo com oferta ociosa disponível. Em tese, não haveria justificativa a exceção no procedimento para aprovar investimento para atender adequadamente usuários quando existem outros arrendatários e TUPs aptos a atender aquela demanda.

O Decreto 10.672/2021, no entanto, trouxe novidades à sistemática, acrescentando dois novos parágrafos a este artigo. São eles, *in verbis*:

§ 9º O arrendatário de instalação portuária e o concessionário de porto organizado poderão realizar investimentos não previstos no contrato, dispensadas a aprovação do poder concedente e a análise prévia da Antaq, desde que exclusivamente às suas expensas e sem que haja

recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (Incluído pelo Decreto nº 10.672, de 2021)

§ 10 Na hipótese prevista no § 9º, quando se tratar de investimento realizado por arrendatário de instalação portuária, serão necessárias a autorização prévia da administração do porto e a comunicação ao poder concedente e à Antaq. (Incluído pelo Decreto 10.672, de 2021).

Dessa forma, observa-se que foi dada a concessionários e arrendatários a possibilidade de realizar investimentos não previstos no contrato sem a necessidade de aprovação do poder concedente e conseqüente análise prévia da Antaq, desde optem por renunciar ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. No caso dos arrendamentos, a diferença é que necessitam da autorização prévia da administração do porto e de comunicar a Antaq do fato. Esta alteração é central na tese defendida no presente artigo. Durante a análise ela será melhor debatida.

O procedimento para a aprovação de novos investimentos por parte do poder concedente encontra-se, atualmente, na Portaria do então Ministério da Infraestrutura 530/2019. Seu art. 6º rege:

Art. 6º São consideradas alterações contratuais passíveis de serem incorporadas aos contratos de arrendamento portuário, entre outras:

- I - obrigação de realização de novos investimentos;
- II - alteração do tipo de carga movimentada;
- III - expansão ou redução da área arrendada;
- IV - substituição da área arrendada;
- V - unificação de contratos;
- VI - revisão do cronograma de investimentos; e
- VII - prorrogação do prazo de vigência.

Art. 7º As alterações contratuais de que trata este Capítulo serão formalizadas por meio de termo aditivo a ser celebrado entre a União, por intermédio do Ministério da Infraestrutura, e a arrendatária, com a interveniência da Antaq e da autoridade portuária.

Passa-se a delimitar os procedimentos que regulam o inciso I citado anteriormente, a obrigação de realização de novos investimentos. O primeiro passo é apresentar ao poder concedente um requerimento, que contenha justificativa e plano de investimentos. Este deve conter:

Art. 10. O plano de investimentos conterá:

- I - descrição simplificada dos investimentos, com demonstrativo de preços e custos que permitam fixar o montante a ser investido;
- II - dados e informações referentes à capacidade e ao desempenho atuais da instalação portuária; e
- III - dados e informações referentes às estimativas de capacidade e desempenho caso implementados os investimentos propostos.

Art. 11. A Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários analisará a compatibilidade do plano de investimentos com as políticas públicas definidas para o setor portuário.

§ 1º A Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários requisitará manifestação da autoridade portuária acerca da concordância com o plano de investimentos proposto e do impacto de sua implementação na logística de movimentação no porto organizado.

A Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, então, aprova preliminarmente o pedido, encaminhando-o à Antaq, para que analise tanto se o investimento já não fazia parte de compromissos contratuais anteriores quanto para realizar o reequilíbrio econômico da avença. Pertinente citar o art. 61 e seguintes da norma:

Art. 61. Será obrigatória a análise de reequilíbrio econômico-financeiro a ser realizada pela Antaq no caso de alterações contratuais que tenham impacto sobre o fluxo de caixa do empreendimento.

Parágrafo único. A análise de reequilíbrio econômico-financeiro poderá ser dispensada pela Antaq quando a alteração contratual não impactar substancialmente os resultados da exploração da instalação portuária.

(...)

Art. 63. Aprovado o EVTEA, a Antaq encaminhará cópia do processo ao Ministério da Infraestrutura, que decidirá sobre a celebração do termo aditivo.

Parágrafo único. Após a conclusão da análise do EVTEA, a Antaq apresentará ao poder concedente cenários alternativos para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário a ser alterado, conforme diretrizes do Ministério da Infraestrutura.

O regulamento também traz normas acerca da implementação dos investimentos. Da apresentação do projeto executivo pelo interessado e de como a Antaq deve examiná-lo. No entanto, para os fins do presente artigo, tal parte encontra-se fora do escopo, logo, opta-se por não trazê-las.

No que tange aos TUPs, o Decreto 8.033/2013, em seu art. 35, estabelece que dependem apenas da aprovação do poder concedente, ficando dispensada a celebração de novo contrato de adesão ou a realização de novo anúncio público, as modificações relativas a: i) transferência de titularidade da autorização; ii) ampliação da área da instalação portuária, desde que haja viabilidade locacional e iii) alterações efetuadas no cronograma físico-financeiro ou no montante de investimentos previstos para a implantação da instalação portuária.

Para novos investimentos, pertinente citar o § 5º do citado artigo, o qual prevê que o aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem sem ampliação de área dependerá apenas de comunicação ao poder concedente com antecedência de sessenta dias, ou seja, não depende de sua aprovação.

A Resolução-Antaq 71/2022, que dispõe sobre a regulação dos TUPs, em seu art. 35, apenas confirma o Decreto.

Como visto, as regras para realização de alterações contratuais mostram-se mais flexíveis para o contrato de adesão em relação ao de arrendamento.

Entende-se útil ao artigo delimitar também a novel Resolução-Antaq 85/2022, que estabelece procedimentos para a elaboração e análise de estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados.

Seu art. 8º estabelece o conceito básico de equilíbrio econômico-financeiro para o setor portuário, o que de certa forma segue a Lei 8.987/1995 e a doutrina mais tradicional sobre o tema, *ipsis litteris*:

Art. 8º Considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro sempre que for comprovado o atendimento às condições estabelecidas no contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida.

Art. 9º A arrendatária ou o poder concedente poderão solicitar a revisão contratual para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nos casos em que vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos, nos termos previstos no contrato de arrendamento e com reflexos econômico-financeiros para alguma das partes.

(...)

§ 3º O pedido de revisão contratual deverá ser instruído com:

I - relatório técnico ou laudo pericial que demonstre os eventos pretéritos que possam ter resultado no desequilíbrio do contrato;

II - documentos relativos à autorização preliminar de alterações contratuais passíveis de serem incorporadas nos contratos, se houver; e
III - EVTEA, indicando o impacto econômico-financeiro resultante dos eventos informados.

Em termos de procedimentos e critérios a serem utilizados no processo no âmbito da Agência, útil o disposto no art. 10 da norma:

Art. 10. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de que trata o artigo 9º será realizada de forma a neutralizar o Valor Presente Líquido (VPL) do fluxo de caixa marginal real ou projetado dos impactos negativos ou positivos gerados especificamente pelo evento que ensejou a recomposição, considerando os dispêndios e receitas marginais e a taxa de desconto definida pela ANTAQ, se outra não houver sido definida no contrato de arrendamento.

§ 1º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, serão realizados estudos e utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos e despesas resultantes do evento que deu causa à recomposição, sendo fixada uma data-base de referência da precificação dos estudos.

(...)

Art. 14. A critério do poder concedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamentos a que se refere esta Resolução poderá se dar pelos seguintes meios:

I - aumento ou redução dos valores financeiros previstos no contrato de arrendamento;

II - modificação das obrigações contratuais do arrendatário previstas no próprio fluxo de caixa marginal;

III - extensão ou redução do prazo de vigência do contrato de arrendamento; e

IV - pagamento de indenização.

A norma rege, ainda, que o reequilíbrio não pode alterar a matriz de riscos originais e, como de praxe, que os eventos contidos na álea empresarial, conforme delimita cada contrato, não darão ensejo ao benefício.

Por fim, diante de sua clareza, entende-se útil reproduzir a tabela a seguir, contida no relatório que subsidiou o Acórdão 2.711/2020-TCU-Plenário, que aborda as principais diferenças entre arrendamentos e TUPs. Um adendo é que a tabela foi realizada antes da entrada em vigor das adições legais ao tema trazidas à baila pela Lei 14.047/2020, assim, alterou-se a linha sobre reversibilidade no caso de terminais arrendados, de forma a devidamente atualizá-la.

Tabela 2 - Principais diferenças entre os terminais arrendados e TUPs

	Terminal Arrendado	TUP
Forma de celebração	Licitação	Autorização
Localização	Porto Público	Fora da poligonal
Prazos iniciais	Até 35 anos	Até 25 anos
Definição do objeto	Na licitação (pacote “fechado”)	Pelo próprio autorizatário
Prorrogações	Até mais 35 anos	Sem limite definido
Previsão de Reequilíbrio	Sim	Não
Reversibilidade de bens	Pode ou não	Não
Flexibilidade Contratual	Menor	Maior
Sujeição à autoridade portuária	Maior	Menor ou nenhuma
Interferências de entidades públicas	Maior	Menor

Fonte: relatório que embasa o Acórdão 2.711/2020-TCU-Plenário, com alterações.

c) Visão geral do Porto de Santos

Esta seção e a próxima estão baseadas na análise de mercado realizada pelo Governo para a desestatização do Porto de Santos e para arrendamento do Terminal STS10, nele localizado. Trata-se de informações públicas constantes no site da Antaq. Existem dois processos autuados no âmbito do TCU sobre essas desestatizações, no entanto, ainda não constam acórdãos definitivos sobre as matérias.

O Porto de Santos foi inaugurado no início do século XVI. No final do século XIX, foi concedido a investidores privados. A Companhia Docas de Santos (CDS) foi fundada

em 1890 e, detentora da concessão, se tornou o primeiro porto organizado do Brasil. A partir de 1980, com o fim da concessão, a administração e a exploração comercial do Porto passaram a ser exercidas pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), de acordo com o disposto no Decreto 85.309/1980.

A Codesp operou o porto em caráter monopolista até a edição da Lei 8.630/1993 (conhecida como Lei dos Portos, à época), que iniciou o processo de transferência da operação portuária à iniciativa privada, por meio do arrendamento de áreas a terminais, e passou a mão de obra de capatazia, antes por ela executada, para o Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO).

Assim, a Codesp passou a exercer a figura de Autoridade Portuária (AP), inaugurando no Brasil o sistema conhecido como *Landlord Port*, em que a infraestrutura é provida pelo Estado e o setor privado é responsável pela superestrutura e pela realização das operações portuárias. Esse modelo foi adotado na exploração de todos os portos públicos brasileiros até a recente desestatização da Companhia Docas do Estado do Espírito Santo (Codesa), com a saída da União da administração portuária e sua concessão à iniciativa privada.

Em 19/2/2020, a empresa paulista teve seu nome alterado para *Santos Port Authority* (SPA). A SPA, assim, é empresa pública de capital fechado, vinculada ao Ministério dos Portos e Aeroportos.

O Complexo Portuário de Santos está localizado a 70 km de São Paulo e corresponde ao conjunto de terminais voltados à armazenagem e movimentação de cargas e passageiros instalados ao longo do estuário de Santos, limite entre os municípios de Santos, Guarujá e Cubatão, compreendendo o Porto Organizado de Santos e seis TUPs instalados na região, constituindo o maior complexo portuário da América Latina.

Figura 2: Poligonal do Porto Organizado de Santos

Fonte: SPA.

Sua zona de influência (hinterlândia) primária são os estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul, que representam mais de 51% do PIB nacional.

Está conectado a uma rede de transportes multimodal, servida por rodovias, ferrovias e dutovias, com destaque para o rodoviário, com o trânsito de dez mil caminhões por dia, e ferroviário, com 1.200 vagões diários. A hinterlândia de Santos compreende 42% da malha rodoviária e 67% da malha ferroviária brasileiras.

Atualmente, a exploração de áreas operacionais do complexo portuário santista se dá por meio de 55 terminais portuários, com sessenta berços e 16 km de cais, divididos da seguinte forma:

1. margem direita do Porto Organizado, compreendendo os Terminais de Granéis Líquidos da Alamoia, Brasil Terminal Portuário (BTP), Cais do Saboó, Cais do Valongo, Cais do Paquetá, Cais de Outeirinhos, Cais do Macuco e Terminais da Ponta da Praia;

2. margem esquerda do Porto Organizado, compreendendo o Terminal de Veículos de Santos (TEV), Terminal de Contêineres da Santos Brasil (Tecon), Terminais de Granéis Líquidos da Ilha Barnabé e Terminais de Granéis Sólidos de Conceiçãozinha); e

3. TUPs (DP World, Cutrale, Terminal Marítimo Dow, TIPLAM, TMPC e Saipem).

O Complexo é a principal porta nacional de entrada e saída de mercadorias, movimentando cargas de todos os estados brasileiros e de mais de 200 países, sendo responsável pela exportação de 99% do algodão, 89% do suco de laranja, 79% do café, 73% do açúcar, 71% da carne bovina, 43% do milho e 26% da soja do país.

Em 2021, movimentou cerca de 147 milhões de toneladas de carga e 4,8 milhões de contêineres, com 4.856 atracações, sendo responsável por mais de 50 mil empregos associados e por 27% da corrente de comércio brasileira.

A movimentação de cargas no Complexo vem apresentando crescimento ao longo das duas últimas décadas, tendo quase triplicado o volume movimentado entre 2002 e 2020.

d) Do segmento de contêineres no Porto de Santos

A carga conteinerizada é aquela transportada em contêineres padronizados. De maneira geral, os contêineres são classificados por tamanho, existindo diversos tipos, mas os mais comumente encontrados são os de 20 (6,1 metros) ou 40 (12,19 metros) pés.

A unidade de medida responsável pela contabilização de contêineres é a Unidade Equivalente a Vinte Pés, do inglês *Twenty Equivalent Unit* (TEU). Ou seja, trata-se de medir a capacidade da movimentação dos navios e das operações em termos de quantidade de contêineres de 20 pés, sendo este 1 TEU e o de 40 pés 2 TEUs.

Historicamente, transportar mercadorias em contêineres (de forma e tamanho uniformes) revolucionou o comércio exterior, sendo chamado de fenômeno da conteinerização. Isso porque possibilitou ao processo de carga e descarga de mercadorias em navios, que antes levava cerca de dez dias, ser realizado entre 24 e 48 horas, reduzindo não só o tempo, mas sobremaneira os custos logísticos. Para se ter ideia de sua importância, em termos de valor, representa cerca de 60% do comércio mundial de mercadorias.

Atualmente, a cadeia logística do contêiner apresenta tendência mundial de aumento dos navios porta-contêineres, os chamados mega-navios (*mega carriers*). Esses navios possibilitam a obtenção de vantagens sensíveis de economias de escala. Hoje, o maior navio pode carregar até 24.000 TEUs. No entanto, navios dessa envergadura ainda não podem aportar no Brasil, devido a problemas de calado e falta de estrutura dos nossos portos.

Outro movimento atual do segmento é a intensificação dos processos de fusão, alianças e aquisições das principais operadoras de linhas regulares, bem como o surgimento do processo de estratificação dos portos, com consolidação de *hubs* (portos agregadores e distribuidores de carga) e linhas *feeders* regionais.

Digno de nota também que os grandes armadores (os donos de navios) estão buscando maior verticalização de suas atividades, adquirindo os próprios terminais portuários, com efeitos sobre o comércio que ainda estão sendo estudados e entendidos de forma aprofundada em nível mundial.

O Porto de Santos é o maior responsável pela movimentação de cargas containerizadas do país, respondendo por cerca de 36,8% da movimentação brasileira em 2020, conforme dados do anuário estatístico da Antaq. Historicamente, entre 2010 e 2020, verifica-se certa estabilidade na participação do Porto na operação nacional, em média, cerca de 39% do total movimentado nacionalmente.

Nos fluxos de movimentação de longo curso, destacam-se a exportação de açúcar ensacado, produtos químicos, café e papel, enquanto na importação a operação de produtos químicos, produtos alimentícios, minérios e metais.

Na cabotagem, são relevantes os fluxos de embarque com destino aos complexos portuários de Suape e Manaus, que transportam produtos químicos, componentes industriais, embalagens, chapas de alumínio, materiais de construção, produtos de higiene e limpeza e alimentos congelados, e os fluxos provenientes dos complexos portuários de Vitória, Salvador e Manaus, responsáveis pelo transporte de minérios, metais e pedras, produtos químicos, alimentos e bebidas, madeiras e móveis e metais. Entre 2002 e 2020, a movimentação de cargas containerizadas no Porto apresentou taxa de crescimento médio anual de 7,1% a.a., reflexo do desenvolvimento das plantas industriais em sua região de influência e do fortalecimento do uso de contêineres para o transporte de mercadorias industrializadas e de alto valor agregado.

O mercado nos últimos anos acompanhou os comportamentos alinhados à tendência nacional, como o crescimento expressivo dos volumes de contêineres entre 2002 e 2020 e a rápida recuperação após as crises econômicas de 2009 (retomada de 21% em 2010) e 2016 (retomada de 8% em 2017).

Mas de forma específica devem ser citados também efeitos particulares da dinâmica portuária, como (i) o início da operação da BTP (Brasil Terminal Portuário) e do TUP da DP World (antiga Embraport) em 2013, players dedicados à movimentação de contêineres e que, além de acrescentarem capacidade, fortaleceram o fluxo de cabotagem no Porto; e (ii) o encerramento das atividades da Libra em 2019, terminal que possuía cerca de 14% da capacidade de movimentação do Porto.

O complexo pode ser considerado um potencial *hub port* brasileiro, dado que as vantagens competitivas são potencializadas pela presença de grandes armadores em seus terminais, como é o caso da BTP, fruto de *joint venture* entre a APM Terminals (Grupo Maersk) e o Terminal Investment Limited (Grupo MSC), sendo estes grupos os principais armadores mundiais em termos de ofertamento de capacidade (em 2021, 17% da capacidade de frota pertencem à Maersk e 16% à MSC).

Atualmente, a movimentação das cargas containerizadas em Santos, de acordo com os dados do anuário estatístico da Antaq de 2020, ocorre nos seguintes terminais: (i) no terminal da BTP, que representa 41% da movimentação total de contêineres do Porto, (ii) no terminal da Santos Brasil, com representatividade de 38% da movimentação, e (iii) no TUP da DP World, com 21% da movimentação total.

Trata-se de players verticalizados e/ou com amplo acesso ao mercado de capitais, corroborando a tendência de redução progressiva da movimentação de contêineres em terminais de pequeno porte, como ocorreu com o terminal Ecoporto de Santos, que não registra movimentações relevantes de contêineres desde janeiro de 2016.

A concentração de cargas em grandes terminais tem se mostrado uma tendência global em função, como mencionado anteriormente, do aumento do porte dos navios porta-contêineres e da busca por economia de escala nas operações.

A participação de mercado é calculada pela métrica de *capacity share*, ou seja, a captura dos terminais é proporcional à capacidade instalada, de modo que o efeito da entrada de novos terminais é avaliado de acordo com a capacidade adicional introduzida ao sistema.

Existe a previsão da entrada de outro terminal no mercado. O Governo está estudando a possibilidade de licitar, ainda em 2023, o arrendamento da área intitulada STS10,

localizada no Saboó, onde seria instalada massiva estrutura de movimentação de contêineres, com potencial para abarcar até 27% do mercado quando estiver totalmente operacional, o que alterará a contestação do segmento a depender de como a licitação será formatada.

O mercado de contêineres de Santos é bastante interessante de se observar do ponto de vista concorrencial. Há competição entre terminais regulados de maneira, como será visto adiante, muito diferente (arrendamentos e TUP), e também entre terminais arrendados com estruturas diversas (BTP é verticalizada *upstream* com grandes armadores internacionais e a Santos Brasil de bandeira branca).

4. Resultado da pesquisa

Como visto, existem vozes dissonantes quando se trata do tema reequilíbrio econômico-financeiro. E um ponto inicial nevrálgico para o presente artigo é justamente nos filiar a tais posicionamentos.

De fato, não existe na atual Constituição nenhuma sombra de comando acerca do tema que garanta o posicionamento *in totum* da doutrina tradicional, da manutenção obrigatória de uma equação econômico-financeira e de uma divisão de áleas que é extremamente protetiva dos contratados, muitas vezes em detrimento dos próprios usuários e de princípios mais caros relatados na política de transportes.

O relato histórico levantado por Loureiro (2020) deixou muito claro que o inciso XXI do art. 37 da Carta Magna não vai além de estabelecer para a Administração Pública, pela primeira vez no nível constitucional, a obediência ao princípio do *pacta sunt servanda* quando da assinatura de contratos simples e comutativos, quando se observar a necessidade de pagamento de sua parte.

O art. 175 é o verdadeiro norte quando se trata do regime remuneratório dos arrendatários e lá não se enxerga qualquer comando justificando a doutrina tradicional. Muito pelo contrário, a norma é bem clara ao reservar à lei que estipulasse, apenas, uma política tarifária.

Esta política, materializada na Lei 12.815/2013, art. 5ºC, inciso III, alterada pela Lei 14.047/2020, veio na forma de delimitar como cláusula essencial do contrato de

arrendamento aquela concernente ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste de seus termos.

A Lei 10.233/2001 atribuiu à Antaq a competência de regular os contratos, conforme a política de transporte definida pelo Governo. Nesse contexto, veio o Decreto 8.033/2013 para regulamentar esta política, bem como a Portaria-Minfra 530/2019 para detalhar no nível operacional competências institucionais em relação ao processo de alteração de contratos de arrendamento, especialmente no que interessa ao presente artigo, na inclusão de novos investimentos.

A regra geral então era de que a análise de reequilíbrio econômico-financeiro a ser realizada pela Antaq seria obrigatória no caso de alterações que tivessem impacto sobre o fluxo de caixa do empreendimento, conforme o art. 42, inciso II, do Decreto 8.033/2013 c/c o art. 61 da Portaria-Minfra 530/2019.

Esse exame envolveria a análise de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental (EVTEA) e elaboração de fluxo de caixa marginal, às vezes, com a definição da taxa de desconto própria e específica para esse evento, se assim não dispusesse o contrato.

Ressalte-se que a exceção seria a alteração contratual não impactar substancialmente os resultados da exploração da instalação portuária, dispensando o referido procedimento. No entanto, parece improvável a incidência da norma para investimentos novos em melhoria do serviço em contêineres, que é bastante capital intensivo, ainda mais quando o mercado é altamente contestável. Em tempo, esse tipo de investimento não previsto visa, justamente, à melhoria dos resultados da exploração.

Posteriormente, esse entendimento foi alterado pelo Decreto 10.672/2021, que acrescentou ao citado artigo 42 o § 9º, em que se lê que o arrendatário poderia realizar investimentos não previstos no contrato, dispensadas a aprovação do poder concedente e a análise prévia da Antaq, desde que exclusivamente às suas expensas e sem que haja recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Aqui devemos ressaltar mais uma vez o escopo do presente artigo, que trata sobre o processo de aprovação de investimentos não previstos originalmente no contrato, mas que ainda serão amortizados antes de seu término. Especialmente nos contratos de arrendamento para movimentação de contêineres do Porto de Santos, um mercado tido como fortemente contestável.

Isso porque a análise de incentivos que se fará aqui exclui do exame os investimentos que arrendatários fazem devido a exigências de soberania por parte do poder público, bem como aqueles que serão requeridos por outros instrumentos contidos na norma, tais como a prorrogação antecipada e a intitulada prorrogação de reequilíbrio, já que estes claramente decorrem de áleas extraordinárias, que não é o caso que se deseja tratar aqui.

Se busca realizar, justamente, o exame dos incentivos do novel § 9º do art. 42 do Decreto 8.033/2013.

Após o Decreto 10.672/2021, o arrendatário pode escolher fazer o investimento sem a aprovação prévia do poder concedente, desde que renuncie ao equilíbrio econômico-financeiro, ou se o faz usufruindo da citada garantia, quando o exame prévio completo por parte do poder público terá pleno efeito.

Convém ressaltar a legalidade da alteração promovida pelo referido Decreto. Como dito anteriormente, no setor portuário, o contrato é magnânimo para tratar do tema, bem como a Lei, ao não se mostrar restritiva, concedeu liberdade ampla à Administração para a regulamentação da política tarifária, incluindo o regime de remuneração dos arrendatários.

Esse alerta entende-se útil porque a alteração ora examinada, quando confrontada em análise literal e formal da teoria tradicional do reequilíbrio sem dúvida encontraria dificuldades. Isso porque não se vê no fundamento dos tradicionalistas, o inciso XXI, art. 37, da Constituição Federal, espaço para que os particulares renunciem ao direito de ter suas propostas “efetivamente mantidas” durante toda a vigência contratual.

Para o exame de incentivos da norma, tomar-se-á duas possibilidades. Na primeira, o investimento é considerado não urgente porque o arrendatário não estaria perdendo poder de mercado diante da contestação dos outros *players*. A segunda envolve a situação contrária, o investimento tido como urgente para as metas financeiras do empreendedor privado.

Antes da análise, um adendo deve ser mencionado. Atualmente, o setor privado possui formas precisas de estimar o exame que será desenvolvido pelo poder público diante de seu pedido de reequilíbrio. As pesquisas de preços utilizadas pelo poder concedente normalmente decorrem de referências oficiais como Sicro e Siapi, seus estudos de demanda advêm de Planos Mestre, de planos federais oficiais, tais como o PLNP e assim por diante. Embora tal previsibilidade seja boa para a concorrência

de leilões, também possuem o aspecto negativo citado aqui, de incentivar os privados à solicitação de pedidos de reequilíbrio já com alguma ideia do *quantum* de sucesso. Nesse contexto, apesar de citar apenas a urgência para desenhar esta matriz de incentivos (variável tempo), não se está desconsiderando a referida previsibilidade que os arrendatários possuem e que sem dúvida também constitui em critério importante para a sua decisão de solicitar ou não o reequilíbrio. As conclusões que serão alcançadas acerca dos incentivos da norma ora debatida não serão prejudicadas por esta simplificação na metodologia.

Voltando, elenque-se que no primeiro caso (investimentos não urgentes), o arrendatário terá incentivo a buscar a sombra da garantia do reequilíbrio econômico-financeiro.

Isso porque o processo como um todo é bastante vantajoso para ele. Apesar de o art. 14 da Resolução-Antaq 85/2022 estatuir diversos tipos de remédios para a recomposição, historicamente, o modo preferencial tem sido o de reduzir o valor financeiro dos encargos do arrendatário. Isto é, diminui-se o valor a ser pago pelo arrendamento, normalmente composto de uma parte fixa (o aluguel pela área, em termos de R\$/m²) e variável (pela quantidade movimentada, em termos de R\$/TEU ou R\$/tonelada).

Esse valor é a sobra de VPL do resultado do fluxo de caixa do empreendimento, após a consideração das receitas, custos e investimentos. Dessa forma, o investimento novo é considerado no fluxo original depois de zerar o VPL de um fluxo de caixa marginal, que considera as entradas e saídas associadas ao evento desequilibrador. Como a tendência desses eventos é aumentar o nível de investimento, para reequilibrar a avença é zerado o VPL do fluxo original, o que influi na diminuição do resultado, ou seja, do valor do arrendamento e de suas parcelas.

Dessa forma, note-se que quanto maior o investimento, maior a redução no valor do arrendamento em favor do arrendatário. Assim, não se pode ignorar o claro incentivo que o privado possui para inflar esse investimento, seja por incluir muitas vezes itens desnecessários, bem como superfaturá-lo como um todo. O processo de reequilíbrio visa, nesse contexto, tanto reduzir o ímpeto do privado nessa direção (não ser tão agressivo no movimento de inflar os investimentos) quanto para discutir os valores dos itens necessários e reduzir eventuais gorduras.

No segundo caso, que o investimento é considerado urgente, existe probabilidade maior de que o arrendatário opte por renunciar à garantia e fazer o investimento às

suas despesas, considerando que o processo de reequilíbrio não tem sido ágil, até por sua complexidade, e, aqui, o tempo é essencial. Até porque nessa situação, em tese, o aumento da receita decorrente da recuperação do mercado em menos tempo compensaria eventuais ganhos no jogo de negociação envolvido na recomposição contratual.

Veja-se como é interessante o objetivo da norma. Ao dar essa escolha ao arrendatário, permite que ele volte ao mercado de maneira mais ágil, respondendo a eventuais novos arrendatários com contratos mais arrojados e/ou capacidade de investimento maior, e também a TUPs, que possuem maior flexibilidade na administração do negócio justamente por não possuir tal garantia.

Todavia, se o processo de reequilíbrio é tido como ineficiente pelo arrendatário, ou seja, sua experiência é de que agência reguladora não consegue capturar os excessos com maior efetividade, pode ser mais vantajoso para ele perder mercado por um período, mas compensar isso no investimento excessivo e superfaturado.

Considerando a alta assimetria envolvida, exatamente por ser difícil saber o fluxo de caixa do privado e, ainda, se o processo de reequilíbrio realmente consegue capturar os excessos e/ou quanto dele se consegue capturar, não se pode ignorar que a mera solicitação de reequilíbrio remete ao caso anterior, acerca dos incentivos ao superfaturamento. Voltaremos nisso mais tarde.

Característica marcante do setor portuário é que os preços são livres, pelo menos em mercados que não apresentam claras situações de monopólio. Dessa forma, há limitação natural ao poder do privado de repassar investimentos superfaturados para o preço, até porque os usuários possuem outras opções alternativas eficientes que responderiam de maneira ágil a eventuais aumentos significativos e não transitórios de preço, para se tomar emprestado critério tradicional do Teste do Monopolista Hipotético (Motta, 2004).

Considerando essa matriz de incentivos desenhada, passa-se a tratar do caso concreto, do mercado de contêineres do Porto de Santos.

Historicamente, é de conhecimento público que após a Lei 8.630/1993, o Brasil experimentou crescente onda de arrendamentos portuários que durou até, mais ou menos, 2001. Após essa data poucos arrendamentos foram feitos até o novo *boom* com a promulgação da Lei 12.815/2013.

Em 2008, o TCU realizou auditoria operacional no setor de portos, materializada nos Acórdãos 2.896/2009 e 1.904/2009-TCU-Plenário. Neste trabalho, a equipe

conversou com diversas entidades representativas e as maiores reclamações dos usuários, de maneira geral, tratavam dos serviços prestados, que eram considerados ruins. Nessa época, os parâmetros de produtividade dos terminais brasileiros, em geral, estavam muito abaixo daqueles considerados de referência no mundo.

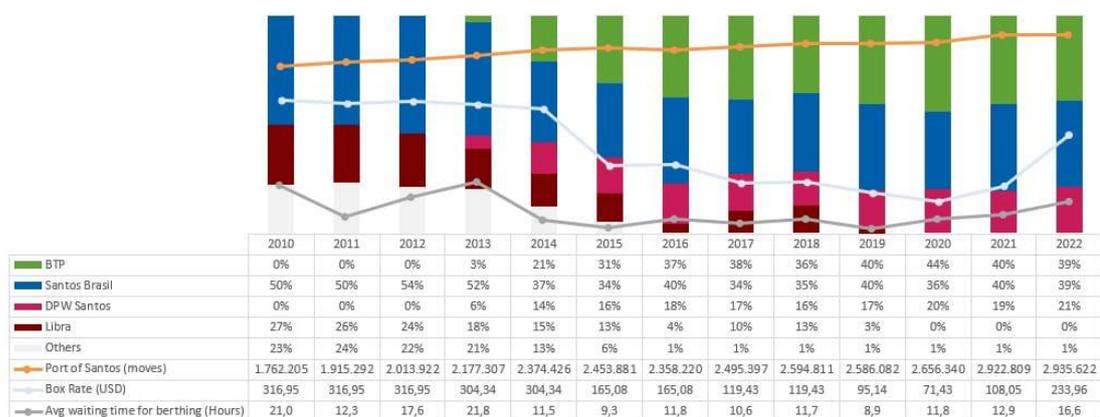
Fator que explicaria esse movimento era a existência de demanda reprimida. Assim, o baixo número de arrendamentos licitados entre 1993 e 2013 não seria suficiente para que os mercados tivessem algum grau de oferta ociosa de forma a promover saudável contestação entre seus *players* pela demanda. Em uma realidade assim, o efeito esperado é justamente o baixo investimento em qualidade. Não havia incentivo a se buscar a contínua melhoria dos parâmetros de desempenho.

O grande objetivo da Lei 12.815/2013, repetido em diversas ocasiões pelos Governos desde então, era aumentar a competição por meio do aumento significativo da oferta nos diversos mercados portuários. Até por isso foi realizada a já relatada alteração de finalidade dos terminais privados, visando inundar os mercados com capacidade e, assim, tirar do marasmo terminais que pudessem estar se aproveitando de eventuais demandas reprimidas para não prestar os melhores serviços possíveis.

Outra sinalização da Lei nesse sentido foi a possibilidade de prorrogação antecipada para contratos que ainda tivessem uma perna de contrato a usufruir, que poderiam solicitar, hoje, a realização de investimentos que seriam amortizados no segundo termo e, assim, melhorar seu serviço.

E o objetivo da Lei foi cumprido no setor de contêineres do Porto de Santos. Entraram dois grandes *players*: (i) inicialmente a DP World, TUP com investimento bilionário, que elevou o nível dos serviços; e mais recentemente (ii) a BTP, arrendamento financiado pelos dois maiores armadores do mundo, a Maersk e a MSC, que, não é segredo, possuem acordo empresarial para pagar acima do mercado pela movimentação de suas mercadorias no terminal com o objetivo de dotá-lo de maior capacidade de investimento e, assim, competir em alto nível e com alta eficiência.

O gráfico a seguir é bastante ilustrativo desse raciocínio. Note-se que a mera entrada da BTP causou, entre 2013 e 2015, movimento no mercado que reduziu o tempo de espera médio de 21,8 horas para 9,3 horas e o *box rate* (o preço cobrado pelos terminais pela movimentação) de U\$ 304,34 para U\$ 165,08.

Gráfico 1 – Evolução do setor de contêineres do Porto de Santos

Source: SPA (Santos Port Authority) and Portplan

Ato contínuo, a Santos Brasil, um terminal chamado bandeira branca, que não é verticalizado, perdeu mercado a ponto de se valer do instituto da prorrogação antecipada para solicitar a realização de investimento bilionário no arrendamento, justamente para voltar a competir pelo nível de serviço e reduzir suas perdas.

A possível entrada do STS10 em 6 anos, que vai aumentar em 30% a capacidade do mercado, sem dúvida vai mexer com toda a estrutura competitiva. Por não ser o escopo do presente artigo, não se tratará aqui das implicações mais recentes dessa competição, especialmente sobre o formato ideal desse certame.

Para dar mais contexto à análise realizada aqui, basta dizer que o contrato da Santos Brasil é antigo, ou seja, ele só tem mais uma perna, que já terá sido usada, caso a prorrogação antecipada solicitada seja aprovada. Se a competição no mercado se acirrar mais ainda e novos investimentos além dos já previstos necessitarem ser feitos, só restará à Santos Brasil valer-se do processo de inclusão de novos investimentos, considerando que a intitulada prorrogação de reequilíbrio é bastante limitada e, como exceção, é vista com muita cautela pelos reguladores e órgãos de controle.

O Contrato da BTP também é antigo, mas ainda não foi solicitada sua prorrogação antecipada. O contrato do STS10 já terá a nova roupagem de prorrogações sucessivas, desde que demonstre sua necessidade por meio de investimentos. A DP World, por ser TUP, só precisa demonstrar que está investindo para ter seu contrato de adesão renovado.

O fato é que para solicitar uma prorrogação antecipada é preciso demonstrar a necessidade de investimentos massivos e imediatos, que vão muito além do período do contrato, o que envolve alteração significativa do planejamento financeiro do empreendimento. Como quanto mais investimento mais prazo, aqui também se nota

o incentivo ao superfaturamento, requerendo processo robusto e criterioso de reequilíbrio.

Mas investimentos menores, pontuais e recorrentes, para responder a diversos estímulos de mercado, podem ser feitos e amortizados ainda no prazo do arrendamento, com o mesmo efeito de manter competidores disputando as receitas do segmento. E aqui entra a grande contradição do recém-emitido § 9º do art. 42 do Decreto 8.033/2013.

A doutrina tradicional está muito focada em descrever o equilíbrio econômico-financeiro como uma garantia para o concessionário, que o protege das alterações promovidas pelo poder público no contrato. Poucos descrevem o que o processo significa para administração, que é justamente combater o referido incentivo que os contratados possuem de inflar investimentos de forma a obter recomposição maior do que deveriam, seja pela diminuição do valor do arrendamento, ou aumento da tarifa/preço máximo, ou para conseguir mais prazo no caso de prorrogação antecipada ou de reequilíbrio.

Outro ponto é que no setor portuário, normalmente, são os próprios arrendatários que solicitam novos investimentos, porque se trata de atividade extremamente dinâmica. A qualquer momento uma rota pode mudar, um novo produto pode chegar, um novo tipo de equipamento pode agregar valor significativo ao serviço e se tornar um diferencial. A prospecção de clientes é parte fundamental da estrutura de qualquer terminal portuário.

Esse tipo de investimento deveria ser considerado como álea ordinária, porque claramente faz parte do jogo de oferta e demanda e também das obrigações normais assumidas por qualquer arrendatário que se comprometeu com os dados parâmetros de desempenho e regulação voltados para o serviço adequado.

Note-se, inclusive, que muitos desses investimentos não retardam ou impedem a atividade, até porque são investimentos normais em empreendimentos que precisam trocar equipamentos de maneira recorrente ou se sujeitar a novas tecnologias, entre outros eventos.

A dinâmica de mercado do setor portuário é bastante diferente de outros setores, que se caracterizam por investimentos em infraestruturas pesadas essenciais de difícil substituição e custo proibitivo de duplicação, com *sunk costs* bem mais significativos. O grosso dos investimentos, normalmente, envolve equipamentos e armazéns, itens de fácil/média substituição.

A contradição da norma reside, justamente, em dar opção ao arrendatário. A opção de solicitar ou não o reequilíbrio é a própria causa do incentivo ao superfaturamento no caso dos investimentos novos que se discute aqui.

Trata-se de situação contrária àquela normalmente definida pela doutrina. São investimentos solicitados pelo contratante e não pelo poder público, com intuito seja para obter nova oportunidade de receita, atender novas rotas ou para competir com outro terminal mais eficiente que surgiu na mesma hinterlândia. Não existe proteção contra a soberania do Estado aqui.

Ademais, se não houvesse a garantia, o próprio mercado daria os incentivos corretos ao arrendatário para fazer o melhor investimento possível. É justamente a atuação do poder público com a promessa de reequilíbrio que gera o incentivo a inflar os investimentos. Mas ao contrário de eventos que são claramente desequilibradores, que devem buscar prazo de amortização além dos respectivos termos, aqui o processo se entende desnecessário do ponto de vista das finalidades desejadas pela Administração.

Dessa forma, não haveria necessidade de complexo e moroso processo para esse exame, e o fim último da administração, reduzir o incentivo a investimentos inflados e desnecessários, seria alcançado sem que sua atuação fosse requerida.

A realidade também demonstra isso, tanto que os TUPs, normalmente inseridos em mercados competitivos, têm investido mais que os arrendamentos. Justamente porque sabem, por regra regulatória clara, que precisam mostrar qualidade para manter sua posição de mercado. Se, ao contrário, estivessem aportando muito menos, falindo com frequência e sempre perdendo mercado, talvez fosse indício de que investir no setor portuário seria tão arriscado que apenas a garantia do reequilíbrio tornaria tal necessidade viável. Mas, como visto, não é o que se observa.

Operacionalmente, TUPs e arrendamentos são similares no que tange a competir no mercado e realizar os investimentos necessários para isso, como álea ordinária empresarial. Não faz sentido que tais aportes para TUPs sejam considerados pela política de transporte normais da atividade e para arrendamentos situação de desequilíbrio constante de álea econômica extraordinária. Para investimentos realmente extraordinários e desequilibradores a norma já possui outros instrumentos, especialmente a prorrogação antecipada e/ou a prorrogação de desequilíbrio.

No mercado de Santos, note-se que a Santos Brasil, que já se utilizou da prorrogação antecipada, provavelmente em algum momento precisará fazer investimentos

pontuais, já que não poderá solicitar outra. Não há necessidade de estabelecer alguma recomposição para tanto, já que o próprio mercado vai garantir esse fato.

Ao não dar opção, os arrendatários não poderão mais se aproveitar da urgência ou não desses pequenos investimentos para buscar uma recomposição que não seria necessária. E a União não terá a necessidade de enfrentar negociação complexa com esse intuito. Ademais, joga para o ente privado a total responsabilidade de avaliar com cuidado o *timing*, a necessidade ou não de tais investimentos e da receita adicional que eles trarão, que é quem tem mais *expertise* nessa definição.

Torna também a competição entre arrendamentos e TUPs mais honesta, direta e aberta. E ao saber dessa regra, os privados deverão tratar com mais eficiência seu planejamento financeiro, queimando com mais cuidado as gorduras de seu fluxo de caixa, que, ressalte-se, nunca é inteiramente conhecido pela Administração, mesmo no intitulado T0, momento da assinatura.

O processo de reequilíbrio não é unânime, nem é fácil verificar seus resultados efetivos. Ele é dito na doutrina como garantia de paridade na contratação, mas a verdade é que a Administração nunca vai saber efetivamente se o contrato no início estava pareado. Como dizia Celso Antônio Bandeira de Melo, trata-se de exercício de fé.

Salta aos olhos também sua complexidade. Examinar cada dispêndio de custo, investimento e receita do ponto de vista do mercado envolve pesquisa robusta e, muitas vezes, não são facilmente verificáveis e/ou circularizáveis. E não se deve ignorar que orçamentos feitos para o poder público apresentam normalmente sobrepreços consideráveis, que podem se mostrar desafiadores na tentativa de se dirimir tal efeito.

Pode levar o examinador a ter que, em alguns casos, estabelecer seus próprios critérios, que não necessariamente serão os mais justos ou eficientes diante do ponto de vista dos interesses públicos envolvidos. Nesse contexto, também se insere a árdua tarefa de definição da taxa de desconto quando o contrato não a estipula.

Tais situações podem levar a intensos debates processuais com partes, consultores e órgãos de controle, inclusive no âmbito do judiciário. Esse é outro aspecto do processo. Não é rápido. Como visto, esses tipos de contrato são relacionais, não necessariamente atingir um equilíbrio significa o melhor equilíbrio, ou mesmo algum equilíbrio.

Relevante apresentar também as críticas levantadas por Ribeiro (2012), para quem o reequilíbrio de contratos de concessão ou de arrendamento portuário envolvem algum grau de renegociação. O problema é que o parceiro privado estará em posição favorecida para barganhar por estar devidamente instalado na operação do seu contrato, logo, conhece melhor seus limites.

De fato, a assimetria informacional é enorme. Não seria exagero delimitar de maneira qualitativa que a administração sai perdendo na maioria das negociações e o processo ainda pode envolver pressões políticas e sociais, devido à proximidade de alguns portos com comunidades lindeiras e cidades litorâneas e que alguns terminais apresentam significativa participação do percentual de arrecadação delas.

Portanto, uma primeira grande conclusão desse artigo é que o processo de reequilíbrio deveria ser utilizado apenas quando estritamente necessário. Sua obrigatoriedade para qualquer distúrbio na equação financeira original é medida que, normalmente, só interessa ao arrendatário em detrimento do saudável e eficiente funcionamento do setor portuário. Se o mercado, em tese, provê incentivos mais eficientes e alinhados com a política de transporte constante da Lei 10.233/2001, é recomendável que esse seja o caminho.

A segunda grande conclusão é que o Decreto 8.033/2013, com a alteração promovida pelo Decreto 10.672/2021, poderia avançar um pouco mais na flexibilidade do regime remuneratório dos arrendatários. Ao invés de dar opção, deveria estabelecer que novos investimentos a serem amortizados no prazo do contrato em mercados contestáveis, assim definidos pela Antaq, não necessitariam mais da aprovação do poder concedente e nem de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro.

Para futuras pesquisas, tema que pode ser aprofundado seria os incentivos do processo de reequilíbrio para investimentos novos em mercados não contestáveis. A contestabilidade do mercado sem dúvida ajuda na conclusão alcançada nesse artigo, mas ela seria tão determinante a ponto de excluir por completo essa lógica em mercados não contestáveis?

Outro aspecto que pode ser trazido para futuros estudos é que o presente artigo tratou do movimento privado de inflar investimentos, mas na prática em qualquer discussão envolvendo EVTEA no setor portuário o incentivo do parceiro privado é diminuir o VPL de todas as formas possíveis. Nesse contexto, também se incluem superestimar custos operacionais, ambientais e financeiros e subestimar receitas, por exemplo.

Dessa forma, considerando as críticas tecidas neste artigo ao processo de reequilíbrio, e que alguns casos efetivamente necessitam desse processo de recomposição (notadamente prorrogação antecipada), questiona-se se a discussão pesada de cada item do EVTEA como se uma licitação nova fosse seria a melhor forma de fazer isso do ponto de vista do interesse público.

Uma alternativa poderia ser, após a assinatura do contrato, transferir para a álea ordinária custos e receitas e vincular a recomposição e eventuais futuros prazos adicionais apenas ao nível de investimentos executados. Embora a assimetria do processo claramente seria reduzida, os efeitos jurídicos e mercadológicos dessa ampliação da álea ordinária mereceriam pesquisa ampla do ponto de vista dos incentivos e de eventuais aspectos qualitativos e quantitativos que pudessem ser mapeados.

Referências

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Estudo de mercado para desestatização do Porto de Santos, disponível em: <https://web3.antaq.gov.br/Sistemas/LeilaoInternetV2/PaginaPrincipal.aspx> (acesso em 30/1/2023).

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Estudo de mercado para arrendamento do terminal STS10, especializado em cargas contenerizadas, localizado no Porto de Santos, disponível em: [http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20105/ 4 STS10 Secao B Estudo de Mercado rev.0.pdf](http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%20105/4%20STS10%20Secao%20B%20Estudo%20de%20Mercado%20rev.0.pdf) (acesso em 30/1/2023).

BARROSO, Luís Roberto. *Alteração dos contratos de concessão rodoviária*. Revista de Direito Público da Economia _ RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 99129, jul./set.2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37258>. Acesso em: 19 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Ampliação do prazo contratual em concessões de serviço público*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, 2016, REDAC VOL.23 (MARÇO-ABRIL 2016), LICITAÇÕES E CONTRATOS.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher, *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*. 1. ed. London: Laccademia Publishing, 2020. 199 p.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. NÓBREGA, Marcos. *Equilíbrio econômico-financeiro de concessões à luz de um exame de caso: incompletude contratual, não ergodicidade e incerteza estratégica*. Revista Brasileira de Direito Público (RBDP), Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 73-119, out/dez 2021.

MOTTA, M. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge Univesity Press, 2004, p. 102-103.

RIBEIRO, Maurício Portugal. PRADO, Lucas Navarro. *Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais*. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/portugalribeiro/alterao-de-contratos-de-concesso-e-ppp-por-interesse-da-administracao-pblica-problemas-economicos-limites-tericos-e-dificuldades-reais>>. Acesso em 10/5/2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 2.711/2020-TCU-Plenário, adotado no âmbito do TC 022.534/2019-9, que tratou de auditoria operacional sobre limitações dos portos organizados em comparação com os TUPs.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 989/2017-TCU-Plenário, adotado no âmbito do TC 012.558/2016-8, que tratou do acompanhamento dos procedimentos para prorrogação antecipada de contratos de arrendamento portuário.

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável