

TÍTULO DO TRABALHO: A lei 12815/2013 sob o olhar do Direito Concorrencial
– Um estudo do caso da discriminação de concorrentes no mercado de transporte e armazenagem de carga em zonas portuárias

TITLE: Law 12815/2013 under Competition Law's view - A case study on discrimination of competitors in the market of the transport and storage of cargo in port areas

AUTOR: BRENO FRAGA MIRANDA E SILVA

RESUMO: O segmento portuário é um dos mais importantes do ponto de vista econômico e o advento da promulgação da nova lei dos portos afeta boa parte dos setores de bens comercializáveis no mercado externo. A discriminação de concorrentes no mercado de armazenagem e transporte nas zonas portuárias tem influência direta no direito concorrencial e conseqüentemente nos preços praticados para a realização do referido serviço. A lei 12.815/2013 acabou com a distinção entre carga própria e de terceiros na armazenagem, o que pode ter efeito duplo, tanto bom quanto ruim, tendo em vista a influência da medida sobre o *market share*. A regulação ganha mais importância na medida em que a iniciativa privada se vê obrigada a se adequar ao novo marco regulatório.

PALAVRAS-CHAVE (português): concorrencial; Intermarítima; Tecon; portos; CADE

ABSTRACT: The port segment is one of the most important economic point of view and the advent of the enactment of the new law of the ports affects much of the tradable sectors in foreign markets. The discrimination of concurrents in the storage and transportation market in port areas has direct influence on competition law and consequently in prices for the realization of this service. The law 12.815/2013 ended the distinction between self and others in charge storage, which may have dual effect, both good and bad, in order to measure the influence on market share. The regulation gains more importance to the extent that the private sector is forced to adapt to the new regulatory framework.

KEYWORDS: Intermarítima; Tecon; *sea port*; competition law; essencial facility

INTRODUÇÃO

Atualmente, o governo brasileiro vem empregando uma política desenvolvimentista baseada no financiamento dos investimentos de infraestrutura, através do crédito público, objetivando estimular as inúmeras obras que se entendem necessárias e estimulando o desenvolvimento do mercado de capitais, através da utilização do financiamento privado.

Na medida em que o mercado vai se amoldando às resoluções governamentais, constrói-se um mercado secundário para o setor que é de extrema importância, por fazer com que, juntamente com o auxílio financiamento governamental, os projetos de infraestrutura sejam efetivamente executados e respeitem os limites das políticas de desenvolvimento. Entendendo o direito como *arranjo institucional*¹ deve-se ter em conta os instrumentos jurídicos utilizados pelas instituições responsáveis pela gestão da infraestrutura– Agências Reguladoras, Ministérios e demais órgãos governamentais- objetivando um verdadeiro *compliance* no que se refere às disposições de lei e aos regulamentos relativos à infraestrutura.

Partindo-se da ideia de que para se obter um desenvolvimento econômico consistente faz-se necessário expandir o investimento público e privado nos setores de infraestrutura, somente através disto é possível superar os desequilíbrios regionais e sociais existentes no País. Além da conciliação entre o crescimento econômico e os critérios de sustentabilidade e do respeito aos parâmetros socioambientais a serem observados, há a necessidade de elevação do investimento. Todavia, esta referida elevação somente acontecerá na medida em que os critérios de regulação jurídica se tornem mais claros e forem fortalecidos, passando a ratificar um ambiente jurídico-institucional, capaz de garantir uma segurança jurídica para os investidores e os realizadores de empreendimentos assim como manter um sistema de defesa da concorrência dentro da regulação econômica, incentivando as parcerias entre o setor público e o investidor privado e contribuindo para o desenvolvimento econômico e social tanto das regiões economicamente estratégicas quanto das regiões historicamente prejudicadas pelas escolhas políticas realizadas pelo Estado brasileiro desde a sua origem.

¹ Termo cunhado pelo Prof. Dr. Diogo R. Coutinho(2012), que por sua vez entende que “políticas de desenvolvimento eficazes requerem, além da definição de finalidades, ordenação e procedimentalização de práticas, rotinas e mecanismos e participação [...]Metas do desenho institucional de políticas públicas[...] dependem, em larga escala, do arcabouço jurídico que “vertebra” tais ações.”

O Brasil passa por uma fase no seu desenvolvimento econômico no qual se faz imprescindível o aprimoramento do seu setor de infraestrutura como um todo. O setor de administração portuária é extremamente importante para dar consistência a este desenvolvimento, uma vez que é um setor altamente defasado (em relação à demanda para a qual tem que responder) e requer transformações de vultosos investimentos. Por ser o elo de um transporte necessariamente intermodal e por, na maioria das vezes, competir com *players* internacionais (como é o caso do mercado de *commodities* e exportação em geral) o setor necessita de segurança jurídica para atrair investimentos privados e demanda grandes áreas de operação para conseguir fazer com que o preço final dos produtos tenha força para competir nos seus respectivos mercados de atuação.

A atenção à regulação da concorrência no setor de infraestrutura é de suma importância pois, além de ser obrigação constitucional, a regulação econômica é instrumento eficaz tanto na melhoria da prestação do serviço quanto no desenvolvimento do mercado.

Com o advento do plano de aceleração do crescimento (PAC) e da promulgação da lei 12.815/2013 a regulação ganha ainda mais importância na medida em que a iniciativa privada se vê obrigada a se adequar ao novo marco regulatório e, com isto, a dinâmica dos mercados tende a se reequilibrar. A regulação concorrencial do acesso aos ativos de infraestrutura mostra-se importante na medida em que “as inovações tecnológicas em determinados setores de infraestrutura permitiram uma diminuição da escala mínima para a exploração economicamente viável das atividades” (CASAGRANDE)².

A despeito da vocação marítima que a sua geografia denuncia, o Brasil ainda apresentava investimentos que se mostravam tímidos no setor portuário. Com o advento da nova lei, há a expectativa de uma verdadeira “corrida” da iniciativa privada, tanto para renovar os contratos vencidos de concessão quanto para por em prática novos empreendimentos (a grande maioria a ser realizada no nordeste (4,5 bilhões de reais) e no sudeste (4,6 bilhões)³, tendo em vista o escoamento da produção agrícola e exportação das demais *commodities*.

Além do aspecto desenvolvimentista do tema, os anos de história econômica do Brasil foram marcados pela reconstrução dos instrumentos de intervenção do Estado na

² SCHAPIRO, M.G.(Coord.), CASAGRANDE, P.L., Direito Econômico Regulatório. Série GVLaw. São Paulo. Ed. Saraiva. 2010, pág. 114

³ Pág. 77 da Revista *Valor Setorial- Indústria Naval*. Agosto de 2013.

economia e pela mudança nas condições de competição no mercado doméstico. A promulgação da lei 12.529/11⁴ traz à pauta da gestão portuária questões de convergência entre autarquias reguladoras e de natureza essencialmente concorrencial, chamando atenção para as novas dinâmicas de mercado trazidas pela nova lei dos portos.

O setor de infraestrutura, principalmente o de gestão portuária vem passando por um acentuado processo de mudança devido à evolução na forma com que a regulação se dá neste ambiente. Passando de uma atuação casuística e que se originava a partir da visão do gestor do serviço para uma regulação voltada aos interesses gerais da coletividade e dos usuários dos serviços públicos, a administração pública separou-se cada vez mais do ente regulatório, que se construiu como um órgão técnico e autônomo.

Entendendo regulação econômica como uma “contribuição mais útil de um Estado que retirar-se da intervenção direta[...] para sua função de organizador das relações sociais e econômicas e que, por outro lado reconhece para tanto ser insuficiente o mero e passivo exercício de poder de polícia sobre os mercados” (SALOMÃO FILHO apud LIMA), deve-se afirmar que está cada vez mais latente a necessidade de fazer com que o Estado brasileiro diminua as divergências econômicas regionais e sociais e passe a regular mais ativamente os setores de infraestrutura para que se possa construir a base da segurança jurídica regulatória necessária à evolução dos investimentos nos setores ligados à infraestrutura e ao desenvolvimento consistente da economia brasileira.

Através do Direito Administrativo Econômico, o Estado estabelece regras para controlar, regular e fiscalizar atividades de interesse público, como instrumento de transformação da realidade social para a promoção de valores fundamentais, se caracterizando como um conjunto de princípios e normas jurídicas que acabam ganhando funções precipuamente regulatórias.

⁴ A referida lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e revoga dispositivos da Lei nº 8.884/94

A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PORTUÁRIA

A Constituição Federal estabeleceu claramente os princípios pelos quais o Estado se embasa para intervir na economia. Segundo Calixto Salomão Filho, “... da dicção do art. 170⁵ não é possível definir com exatidão a extensão e os limites do intervencionismo. A exata medida em que princípios como “livre iniciativa”, ‘justiça social’ e ‘propriedade privada’ devem conviver é deixada ao trabalho interpretativo do aplicador do direito...”⁶. A economia de mercado fomenta a competição entre os *players*, o que traz benefícios diretos aos consumidores finais e ao desenvolvimento em parâmetro macroeconômico. É papel do estado evitar a concorrência desleal⁷ e para isto apresenta um sistema administrativo de atuação que abrange, com maior importância, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e as agências reguladoras, que no caso da administração portuária é a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

A competência normativa desta agência corresponde a uma delegação inominada⁸ e procura regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária, exercida por terceiros.

No caso do mercado relevante⁹ da gestão dos portos percebe-se uma série de nuances que tornam este mercado diferenciado. Há características de transporte e armazenamento que diferenciam a estrutura dos terminais necessários para a prestação dos serviços. Esta especificidade demanda grandes investimentos e áreas de operação (descarga, transporte e armazenamento) interligadas, o que geralmente é feito através de contratos de concessão, realizados através de licitação.

⁵ Mais precisamente os dispositivos de lei são o art. 1º, IV, art. 170, IV e art. 173, párr. 4º da CF

⁶ Ver SALOMÃO FILHO, C. Direito Concorrencial – as condutas . São Paulo, Malheiros Editores, 1ª Edição, 2ª Tiragem, 2007

⁷ Pode ser entendido como “o conjunto de condutas do empresário que, fraudulenta ou desonestamente, busca afastar a freguesia do concorrente. A concorrência desleal tem característica instrumental, à medida que se caracteriza pelos meios ilícitos adotados pelo empresário para angariar clientes em detrimento dos demais concorrentes” In FAZZIO JUNIOR, W. Manual de Direito Comercial. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

⁸ FERRAZ JUNIOR, T. S. Parecer. IN: Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos. ABRATEC, p.650. *Apud* MILLER, T. T. M. Direito marítimo e portuário: estudo em homenagem a Ruy de Mello Miller e Antônio Barja Filho, Santos/SP, Ed. Comunicar, 2011.

⁹ “Para a delimitação do mercado relevante podem ser utilizados alguns testes econômicos, dentre os quais, o conhecido teste “monopolista hipotético”, que delimita o mercado relevante como sendo o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno, porém significativo e não transitório’, aumento de preços.” In MOLAN, E. G.; DOMINGUES, J. D. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*. 2 edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009.

Estas indústrias de rede¹⁰ se mostram sensíveis a entrada de novos *players* no mercado, tornando este mercado um campo vasto para falhas, sujeitas a uma intervenção estatal. O que se vislumbra no âmbito desta intervenção estatal no mercado de serviços portuários no Brasil, são os limites de atuação de cada autarquia (CADE e ANTAQ) assim como a forma de intervenção que melhor estimule o desenvolvimento do setor.

No que diz respeito ao primeiro ponto levantado, percebe-se um posicionamento mais ativo do órgão regulador, no caso a ANTAQ, até por conta da sua especialização e proximidade dos fatos que poderiam caracterizar infração à ordem econômica. Esta proximidade, no entanto, não exclui o repasse de um provável caso ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o que explicita o intuito de coordenar (e não conflitar) a atuação do CADE e do órgão regulador.

A lei 8.630/93 previu o sistema dual¹¹ na gestão de portos, sendo os privativos divididos ainda em exclusivos, mistos e de turismo. Partindo do modelo de gestão portuária *landlord port*¹² o legislador atribuiu privativamente à União¹³ a competência para regular a atividade de exploração dos portos, ente que, por sua vez, utiliza-se prioritariamente de licitações para contratar suas concessões, autorizações e permissões nesta área.

Ainda na vigência da lei supracitada a Presidência da República demonstrou preocupação com a saúde econômica da relação concorrencial ao determinar, através de decreto¹⁴, aos terminais privativos que estes movimentem exclusivamente sua próprias cargas, uma vez que a liberdade de movimentação destes *players* poderia desencadear uma artificial conquista de mercado, criando dificuldades de desenvolvimento aos concorrentes.

¹⁰ “Empresas com vetores de produção que se relacionam e têm poder de mercado suficiente para tentar excluir os demais concorrentes.” In TAVARES DE ARAUJO JUNIOR, J. *Regulação e concorrência em setores de infraestrutura. XVII Forum Nacional*. Ed. INAE, 2005.

¹¹ Os portos poderiam ser de uso privativo e de uso público, segundo o disposto nos incisos I e II do parágrafo 2º do art. 4º da lei supracitada

¹² Este modelo é caracterizado por uma atuação mista entre a iniciativa privada e o poder público no qual a autoridade portuária atua como corpo regulador enquanto as operações portuárias são realizadas por companhias privadas. Disponível em http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/module3/port_functions.html#9. Acesso em 14 de setembro de 2013.

¹³ Conforme art. 21, XII, “f” da CF/88

¹⁴ Art. 35 do Decreto 6620/08, revogado pelo Decreto 8.033/13

O marco regulatório neste sentido sofreu grande mudança no ano de 2013 com o advento da promulgação da lei 12.815/13 e a exclusão da diferenciação, pela lei, entre cargas próprias e de terceiros.¹⁵

A LEI 12.815/2013

Para que se possa analisar as mudanças advindas da promulgação da lei nº 12.815/2013 se faz necessário realizar uma análise comparativa entre alguns pontos da lei nº 8630/93 e aquela supracitada.

Desde 1993, o terminal fora do porto público era obrigado a movimentar apenas a sua própria carga. Existia também a possibilidade dos transporte de cargas mistas, mas apenas quando o terminal estivesse com capacidade ociosa ou quando havia sobra de espaço. A nova lei, por sua vez, extingue o conceito de carga própria deixando os terminais livres para movimentar carga própria ou de terceiros, cabendo ao dono do terminal escolher com que carga irá trabalhar. Cumpre salientar que esta forma de disposição portuária é distinta do conceito de terminais-indústria, também de origem privada, e que só podem movimentar carga própria.

No que tange a liberalização da construção de terminais privados, pode-se afirmar que na antiga lei dos portos somente conseguiam a referida liberação de construção aquelas empresas que justificassem movimentar preponderantemente carga própria, como uma grande indústria. Na lei 12.815/2013 podem ser construídos terminais privados em qualquer lugar sem a necessidade de distinção entre carga própria e de terceiros, devendo-se respeitar a chamada pública e a decisão dos candidatos que se interessarem pela construção e pelo lugar.

No que diz respeito a licitação, pode-se afirmar que o critério para escolha do vencedor da referida licitação para arrendamento de um terminal portuário em um porto público, baseava-se no maior valor de outorga. Atualmente este critério não está presente no processo de chamada pública, que irá dar preferência ao proponente que oferecer a menos tarifa para a maior eficiência, visando a redução de custos da operação portuária.

¹⁵ Disposição que conflita com a Resolução 517/05 da ANTAQ e parecer do Tribunal de Contas da União, que também se manifestou pela impossibilidade de transporte de cargas de terceiros

No que diz respeito aos contratos de terminais novos, a antiga lei observava que cada contrato tinha uma validade pré-determinada na licitação ou arrendamento e sua prorrogação era pelo mesmo período do acordado. A nova lei, atendendo uma demanda dos atuais empresários, autorizou a instalação portuária pelo prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogáveis por períodos sucessivos. No que diz respeito aos contratos anteriores a lei de 1993, havia uma brecha na lei que permitia a renovação dos contratos por mais de 25 anos, renovação esta referente a alguns terminais que estavam com contratos a vencer próximo a este ano pelos quais as empresas passaram a reivindicar na justiça o direito de ter esta renovação. A lei nº 12.815/2013 previu que os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente. O governo federal, por sua vez, se movimentou no sentido de relimitar todos os contratos que estariam por terminar, o que causou desconforto às empresas de transporte e armazenagem portuária.

No que tange ao relacionamento com os trabalhadores do setor, pode-se dizer que na antiga lei, os guardas portuários não eram classificados como trabalhadores dos portos públicos, enquanto que na nova lei os guardas portuários passaram a ser classificados como trabalhadores dos portos públicos e as empresas que passariam a operar novos terminais privados fora do porto organizado teriam liberdade de critérios para contratação, permanecendo os guardas portuários em seus postos no funcionalismo público.

ESTUDO DO CASO “*INTERMARÍTIMA TERMINAIS LTDA VS TECON SALVADOR S.A. – PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 08012.005660/2003-19*”

Antes de qualquer explanação cumpre esclarecer que nos portos atuam basicamente dois tipos de empresas, os terminais portuários e os recintos alfandegados. Os terminais são empresas verticalizadas que participam dos dois mercados relevantes da atividade portuária. O primeiro compreende os serviços de carga/descarga (movimentação vertical) e os serviços em terra, incluindo as atividades entre o costado do navio e o portão do terminal (movimentação horizontal). Já o segundo mercado inclui a armazenagem alfandegada das

mercadorias até o momento do desembaraço aduaneiro. A situação a ser estudada relaciona-se com o tema de discriminação de concorrentes por um terminal portuário em relação ao outro.

Ademais, sobre o mesmo tema a ser tratado, o CADE condenou, em 27.04.05, por unanimidade, os cinco terminais que operam no porto de Santos pela cobrança de uma taxa para a liberação de cargas conhecida como “THC2”¹⁶, que havia sido criada pelos terminais no final dos anos 90 e implicava diversos prejuízos ao comércio exterior do país, reduzindo a competitividade internacional de várias indústrias e distorcendo a concorrência no mercado de armazenagem.

O processo administrativo iniciado em 2003 versa sobre a forma de utilização dos portos disponíveis para a movimentação de contêineres e cargas pesadas na área do porto da cidade de Salvador/BA. Na ocasião, a *Intermarítima* alegou que o *Tecon* estaria infringindo os artigos 20 e 21 da lei 8.884/94 assim como os princípios constitucionais de livre concorrência e iniciativa, praticando condutas anticoncorrenciais no mercado de logística de Salvador, ao obstruir o acesso e a prestação de serviços¹⁷ daquela aos berços “Cais da ponta sul e Cais de ligação” dos quais o *Tecon* era arrendatário¹⁸ com exclusividade, passando a deter 66% da capacidade de atracação de navios pesados. Ademais disto, acusou o *Tecon* de utilizar-se do cais público com o intuito de obstruir a operação da *Intermarítima* assim como discriminá-la, ao autorizar a operação de uma terceira empresa no mesmo cais.

O *Tecon*, por sua vez, defendeu-se argumentando que esta situação já estaria sendo discutida em âmbito judicial, e que, por isso, o processo administrativo deveria ser suspenso até a resolução da lide. Ao ratificar o argumento de que era arrendatário com exclusividade, o *Tecon* argumentou que não incorreu no abuso do essencial facility¹⁹, uma vez que esta

¹⁶ Terminal Handling Charge nº 2

¹⁷ A operação portuária compreende essencialmente a estiva (transbordo, arrumação, peação, despeação, realizados nos conveses ou nos porões das embarcações) e a capatazia (atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dos portuárias)

¹⁸ Em 14 de março de 2000 foi realizado um contrato de arrendamento entre a CODEBA (empresa de economia mista ligada à Secretaria de Portos da Presidência da República, que realiza a gestão dos portos no estado da Bahia) e o *Tecon Salvador S.A.*, com a observância da cláusula 21ª, que dava exclusividade de utilização à esta última. Cumpre-se salientar que, apesar da ocorrência desta cláusula de exclusividade no contrato de arrendamento em questão, a Resolução da ANTAQ nº 55 de 16 de dezembro de 2002 passou a proibir, em seu art. 3º, parágrafo 3º, inciso 4º, a estipulação deste tipo de cláusula em contratos futuros.

¹⁹ Segundo Calixto Salomão Filho, “uma essencial facility existe, portanto, diante de situações de dependência de um agente econômico com relação a outro, no qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizariam sem o acesso ou o fornecimento do essencial”. Ver SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)”.

expressão não se aplicaria no caso, e ainda que se entendesse que aplicável, a *Intermarítima* também teria a sua disposição as instalações do terminal público do porto de Salvador, além do fato da relação entre as duas concorrentes não poder ser comparada à relação entre um fornecedor monopolista e um consumidor. Ademais, ao disputarem clientes, cada concorrente oferecia as vantagens que possuía na ocasião.

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), em síntese, entendeu que não se aplicaria o conceito de *essential facility* ao caso, uma vez que considerar a atividade portuária um bem essencial, na medida em que garante o desenvolvimento e funcionamento da economia nacional, influenciando em importantes índices econômicos da balança comercial, faz com que ela difira do conceito de *essential facility*. Ademais disto, ao afirmar os contratos de arrendamento, puderam ser reanalisados e repactuados, entendeu que a entrada no mercado de transporte de contêineres e carga pesada no porto de Salvador, apesar de apresentar dificuldades, seria possível e factível.

Entendeu ainda que o fato de que o *Tecon* deter considerável poder de mercado não seria, por si só, punível sob a ótica da defesa da concorrência, uma vez que não restaria comprovado o *abuso* de tal poder por parte do agente econômico, não cabendo portanto, à SDE/MJ alterar a estrutura regulatória anteriormente proposta pelas leis 8630/93 e 10233/2001. Por fim, no que tange especificamente à discriminação de iguais, entendeu que a terceira empresa que se utilizou dos terminais de exclusividade do *Tecon*, com autorização desta empresa, não seria concorrente direto da *Intermarítima*, o que descaracterizaria a justificativa para elas serem tratadas de forma igual. Diante da argumentação, requereu arquivamento do processo administrativo.

A Procuradoria Federal junto ao CADE (PROCADE) emitiu parecer com entendimento próximo aquele da SDE, no qual não vê conduta lesiva à concorrência, restrição ou discriminação de concorrentes, uma vez que o *Tecon* fez uso do seu direito de exclusividade conforme pactuado em contrato de concessão. Diante da situação, ratificou a posição da SDE/MJ e requereu arquivamento do processo administrativo.

Por fim, o conselho do CADE, acompanhou o entendimento da SDE/MJ e do PROCADE entendendo inexistir elementos capazes de constituir infração contra a ordem econômica.

É perceptível que a discussão que foi trazida pautou-se na utilização do contrato de concessão como uma ferramenta anticoncorrencial e caracterizou as Companhias de Docas, juntamente com a ANTAQ, como as entidades administrativas de extrema importância na defesa da concorrência no mercado relevante em questão. É inconteste que a lei 12.815/2013 (nova lei dos portos) abre boas perspectivas de crescimento, competitividade e de investimentos privados, entretanto é necessário que os órgãos competentes para observar a aplicação do novo marco normativo também se desenvolvam no mesmo ritmo. Algumas administradoras já se anteciparam à publicação da lei e iniciaram processos de seleção de empreendimentos que poderiam ser convertidos em arrendamentos ou novas concessões, já esperando pelas dificuldades, compreensíveis, de avançar com o processo de licitação.

A iniciativa privada demonstra preocupação pela centralização do processo de licitação²⁰. Na medida em que se observa a falta de maleabilidade e de especialização na gestão das companhias de docas²¹, não se deve entender esta medida de forma negativa, uma vez que qualquer forma de especialização é sempre bem vinda, ainda mais quando se trata de gestão de processos de licitação. Por outro lado, é necessário atentar que esta medida poderá trazer uma nova dinâmica à estas licitações e fazer com que os *players* de menor força no mercado sejam excluídos e dificultem a desconcentração do investimento nos portos de outros estados, por não apresentar força econômica (e política) condizente com a dos demais.

No que diz respeito ao caso analisado, a lei 12.815/2013 acabou com a distinção entre carga própria e de terceiros²², o que significa que a iniciativa privada voltou a ter o direito de solicitar autorização para construir por sua conta e risco próprios, novos terminais de escoamento de cargas. Além disto, aquelas concessionárias que têm exclusividade na operação de determinado cais poderão transportar produtos de terceiros. O intuito maior é flexibilizar a prestação de serviços, diminuir o seu custo e estimular a concorrência, entretanto, deve-se dar importância aos possíveis efeitos contrários desta medida, que podem dar vazão a novos casos de discriminação de concorrentes, como no caso supracitado, na

²⁰ O processo de licitação, que anteriormente ficava a cargo dos administradores locais, foi concentrado na Secretaria Especial dos Portos (SEP), localizada em Brasília/DF.

²¹ A maioria das Companhias de Docas preenchem seus cargos através de nomeação, o que demonstra certa falta de apreço pelo mérito da competência técnica e explícita o enfraquecimento da gestão por conta da alternância política (esta última salutar).

²² Na nova lei suprimida a letra a, inciso II, parágrafo 2º do art. 4º da lei 8.630/93

medida em que aqueles concorrentes que tem a vantagem da concessão em regime de exclusividade ficaram desobrigados de movimentar carga própria e poderiam priorizar empresas com as quais têm mais proximidade. Além disto, poderá ocorrer inversão de clientela, na medida em que a carteira dos terminais privativos poderá aumentar em detrimentos dos demais concorrentes (inclusive do terminal público).

Com o intuito de fomentar a competição no setor e, conseqüentemente, diminuir os preços dos serviços através da nova lei dos portos, o legislador definiu como principais, os critérios de maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga a serem observados no processo de licitação das concessões. O governo federal, por sua vez, não permitiu a renovação dos contratos a vencer, sob a justificativa de que se deve respeitar prioritariamente os interesses do governo. Este posicionamento está gerando um descontentamento dos concessionários e com isto, o efeito contrário ao esperado: investimentos parados nos terminais cujos contratos de concessão estão próximos do final e a crescente judicialização das causas²³.

CONCLUSÃO

Conclui-se que a lei 12.815/2013 baseia-se no conceito de que os portos dificultam o crescimento das exportações/importações. Com o intuito de fomentar a competição no setor e, conseqüentemente, diminuir os preços dos serviços a referida lei não abrange todos os aspectos que oneram o custo logístico e a operação portuária , como os acessos terrestres aos portos a elevada burocracia e as necessidades de ampliação dos berços de atracação e de dragagem, para fazer face aos grandes navios que começaram a vir para o Brasil.

No que diz respeito à discriminação de iguais sob a ótica do direito concorrencial no setor de armazenagem e transporte marítimo, o legislador, ao excluir a diferenciação de carga própria e carga de terceiros atende reivindicações pontuais dos operadores do setor, buscando maior eficiência e diminuição de gastos. O que é perceptível é que há grandes chances desta medida ganhar justamente a notoriedade contrária, dando espaço às práticas anti-

²³ Em pesquisa jurisprudencial no âmbito da Justiça Federal pode-se citar como exemplos da afirmação a Apelação Cível 200451010035099/2010/TRF2 e a Apelação em Mandado de Segurança 00045492320034036113/2010/TRF3

concorrenciais a partir do momento em que a proteção contra a discriminação perde força e dá espaço para diferenciação ainda maior da gestão de portos privados e públicos, requerendo destes últimos uma gestão e um nível de investimento muito mais especializados para competir, ainda que minimamente, com as tarifas exercidas pelos portos privados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição Federal. Brasília, DF, 1988

BRASIL. Decreto 8.033/13. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Brasília, DF, 2013

BRASIL. Lei 8.630/93. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Brasília, DF, 1993.

BRASIL. Lei nº 8.884/94. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994

BRASIL. Lei 12.529/2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Brasília, DF, 2011

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

FAZZIO JUNIOR, W. Manual de Direito Comercial. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2000

FERRAZ JUNIOR, T. S. Parecer. IN: Regulação portuária e concorrência: pareceres jurídicos e econômicos. ABRATEC, p.650. *Apud* MILLER, T. T. M. Direito marítimo e portuário:

estudo em homenagem a Ruy de Mello Miller e Antônio Barja Filho, Santos/SP, Ed. Comunnicar, 2011

MILLER, T. T. M. Direito marítimo e portuário: estudo em homenagem a Ruy de Mello Miller e Antônio Barja Filho, Santos/SP, Ed. Comunnicar, 2011

MOLAN, E. G.; DOMINGUES, J. D. Direito Antitruste: o combate aos cartéis. 2 edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2009.

MONTEIRO DE LIMA, H. H. Concorrência no setor portuário: pontos de convergência, implicações e desafios atuais *In* Zannota, P; Brancher, P (Org.). Desafios atuais da regulação econômica e concorrência. São Paulo: Atlas, 2010.

Revista Valor Setorial- Indústria Naval. Agosto de 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação e Concorrência (Estudos e Pareceres)”. São Paulo, Ed Malheiros, 2002

SALOMÃO FILHO, C. Direito Concorrencial – as condutas . São Paulo, Malheiros Editores, 1ª Edição, 2ª Tiragem, 2007

SCHAPIRO, M.G.(Coord.), CASAGRANDE, P.L., Direito Econômico Regulatório. Série GVLaw. São Paulo. Ed. Saraiva. 2010, pág. 114

Site:http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/module3/port_functions.html#9. Acesso em 13.09.2013

TAVARES DE ARAUJO JUNIOR, J.Regulação e concorrência em setores de infraestrutura.XVII Forum Nacional. Ed. INAE, 2005