

## **Administração Portuária Condominial: Um modelo de privatização alternativo para as Companhias Docas**

**Frederico Bussinger**

*“O olho do dono engorda o gado”*  
[Dito popular]

O tema não é novo. O objeto varia. Nem sempre fica claro; mas, pelo contexto do discurso, entrevista ou apresentação é possível depreender se a privatização em questão se refere às Companhia Docas, às administrações (incluindo ou não as autoridades portuárias), ou aos portos.

Ainda que com caracterização imprecisa, o certo é que a ideia/proposta sazonalmente volta à baila, geralmente apresentada como solução para os males portuários. Agora, todavia, retorna com mais força; tanto impulsionada pela diretriz geral de *“privatizar tudo que for possível”*, como porque há um sentimento, mais ou menos generalizado, de que os portos brasileiros estão com febre: se a infecção é localizada ou sistêmica é algo que dependerá de exames laboratoriais complementares.

Mas há também uma questão objetiva: quase todas a Docas federais foram se tornando deficitárias nesse século; acumulando passivos vultosos. Análise recente da [ANUT](#) (balanços/2017) indica passivos agregados da ordem de R\$ 4 bilhões. Com receita global de R\$ 2 bi/ano e geração de caixa negativa (R\$ 400 milhões), muitos consideram tais dívidas impagáveis. E pior: os deficits têm sido crescentes!

Disso resulta que, para além de discursos e intenções, dessa vez passos concretos já foram dados em relação a três delas: i) *“Companhia Docas do Espírito Santo – Codesa e o serviço público portuário atualmente prestado por essa empresa nos Portos de Vitória e de Barra do Riacho”*: incluídos no Programa Nacional de Desestatização – PND *“para os fins do disposto na [Lei nº 9.491](#), de 9/SET/1997”* (desestatização) e qualificadas no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI; inicialmente na 3ª Reunião do Conselho ([Resolução nº 14](#), de 23/AGO/2017) e, posteriormente, pelo [Decreto nº 9.852](#), de 25/JUN/2019; ii) *“Desestatização do Porto de São Sebastião”*: qualificada no âmbito do PPI na 9ª Reunião do seu Conselho ([Resolução nº 52](#), de 8/MAI/2019); iii) *“Estudos para desestatização do Porto Organizado de Santos”*: aprovado na 10ª reunião do Conselho do PPI (21/AGO/2019).

A modelagem de São Sebastião e os estudos de Santos, ao que se sabe, estão por serem contratados. A modelagem da Codesa, todavia, já foi licitada e contratada pelo BNDES (agente do PPI para *“estruturação de contratos de parceria e de medidas de desestatização”*; a usualmente chamada modelagem). Depois de alguns percalços iniciais, os consultores iniciaram os trabalhos, os estudos estão em andamento, e suas conclusões estão previstas para meados de 2020.

Visando discutir tão complexos e estratégicos temas, particularmente o caso do Porto de Santos, a “*Comissão de Direito Marítimo e Portuário*” da OAB/SP promoveu, dia 29/AGO/2019, o [debate](#) “*Privatização do Porto de Santos: Potencial e Desafios*”.

O autor foi um dos [painelista](#) e, por solicitação da Comissão, detalha neste artigo uma das propostas por ele apresentada no concorrido evento: Administração Portuária Condominial.

Esclareça-se, desde logo, que o proposto não pressupõe alterações de leis; nem muito menos constitucionais. Também que sorve de doutrinas e boas práticas internacionais; porém leva em consideração o arcabouço jurídico brasileiro e, mesmo, pragmaticamente, o contexto político e institucional do País hoje.

Finalmente, não sendo sequer bacharel em direito, invoca indulgência e um SMJ, no atacado, desde já. E para todo o artigo!

## 1) **Contextualização?**

O desiderato é claro: privatizar! O que? Como? Modelo? Não está claro.

Mas uma análise contextualizada das informações públicas disponíveis permite levantar algumas hipóteses. P.ex: como na entrada do Século XXI quase 100% das operações portuárias no Porto de Santos (e na maioria dos portos brasileiros) já eram executadas por empresas privadas (operadores, arrendatários ou TUPs), e como arrendamentos seguem sendo licitados pelo Poder Concedente, é lícito supor que, ao menos como regra geral, o que se objetiva é privatizar as empresas que neles exercem as funções de administração e autoridade portuária: no Brasil, em geral, as Cias. Docas; majoritariamente federais.

A se observar, porém que, como será detalhado adiante, tais processos diferem daqueles de venda de empresas de siderurgia, petroquímica, mineração, p.ex, que o PND realizou na virada dos anos 80/90. Até mesmo das concessões de rodovias, telefonia e energia do final daquela década.

Ainda, de declarações de autoridades federais, aqui e acolá, ouve-se que não haverá um modelo único para todos os portos ou Docas; apesar de que muito se fala sobre um tal “*modelo australiano*”. Apontado como possível *benchmarking* para o Brasil, vale atentar para interessante avaliação de pesquisadores com quem uma missão brasileira esteve recente naquele país.

Por afinidade como o quadro brasileiro, do artigo escrito pelos pesquisadores vale destacar uma das conclusões: “*Embora a privatização portuária australiana tenha efeitos positivos sobre os balanços patrimoniais do governo no curto prazo, ela pode resultar em riscos de desvalorização dos ativos portuários, aumento de tarifas/preços, restrições à concorrência portuária, redução de investimentos, e menor preocupação com o interesse público no longo prazo*” (<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2210539516300438?via%3Dihub>).

De oficial e mais concreto sobre os caminhos a serem adotados, apenas o que explicitam os documentos licitatórios do processo capixaba: “... *alienação do controle acionário da Companhia, outorga da concessão por meio de nova*

*sociedade com a dissolução e liquidação da Companhia, bem como outras modalidades conforme disposto no artigo 4º da Lei 9.491/97” (Item 4.2.10.a do Edital).*

Ou seja, além das “*modalidades operacionais*” explicitadas, os 7 incisos daquele artigo preveem ainda: “*pulverização de ações (I); abertura de capital (II); aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição (III); alienação, arrendamento, locação, comodato ou cessão de bens e instalações (IV); desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos (V); concessão, permissão ou autorização de serviços públicos (VI); aforamento, remição de foro, permuta, cessão, concessão de direito real de uso resolúvel e alienação mediante venda de bens imóveis de domínio da União (VII)*”.

Ou seja, além de soluções à la carte, porto a porto, também seria amplo o leque de formas conhecidas para cada um deles. E tudo leva a crer ser essa mesma a intenção. Difícil imaginar-se algo que, de alguma forma, não possa se encaixar nesse cardápio; certo?

É nesse contexto que se propõe a alternativa de gestão condominial para as Administrações Portuárias brasileiras.

É discutível a eleição de privatização de Administrações Portuárias como prioridade ou como prescrição para a febre diagnosticada; mesmo porque, ante o mencionado quadro de fortes passivos, tais privatizações certamente demandariam “*ajustes prévios*” saneadores, qualquer que seja o modelo adotado. Ou seja, ao invés de receitas, talvez demande, inicialmente, grandes dispêndios: a alternativa de imputá-los aos arrendatários e/ou cargas reduziria, ainda mais, a competitividade dos portos organizados vis-à-vis dos TUPs; mormente aqueles contíguos, que compartilham mesma infraestrutura e o mesmo mercado dos portos públicos. A propósito, essa é questão focal da auditoria operacional que o TCU está por iniciar.

Por outro lado, mundo afora a regra geral é Administrações Portuárias públicas (ainda que não obrigatoriamente estatais).

De qualquer forma, se a privatização de Administrações Portuárias é para ser levada adiante no Brasil, valeria a pena incluir-se no cardápio a alternativa de Administração Portuária Condominial. Ao menos ser analisada; pois ela é tão privatizante quanto as formas convencionais.

Aliás, algo na direção dos “*Terminais de Uso Privado – TUP*” que, explícita ou implicitamente, já o praticam: são os casos, p.ex, do Porto do Açu, no Rio de Janeiro e, agora, do projeto multimodal do Terminal Portuário de Alcântara, no Maranhão.

## **2) “Tudo junto e misturado”:**

Em algumas falas, em alguns debates, particularmente sobre o Porto de Santos, alguns termos/conceitos se entrelaçam, são intercambiados e usados indistintamente. Dois desses conjuntos valem ser analisados mais amiúde, antes de se avançar nessa análise e proposta:

- Objeto: Docas; administração portuária; autoridade portuária e porto.

- Ação: Privatizar; regionalizar; descentralizar.

### Objeto:

Formalmente a Lei dos Portos, em seu art. 2º, define apenas “*porto organizado*” e “*área de porto organizado*”; a saber:

*I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;*

*II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;*

Autoridade Portuária é mencionada uma vez. E, bem assim, de forma indireta – quase como somente uma “*marca fantasia*”: “*Compete à administração do porto organizado, **denominada** autoridade portuária.*” (Art. 17; § 1º).

Administração Portuária não é definida; porém a Lei enuncia, detalhadamente, como ela é exercida e sua competência (Art. 17ss).

Como Administração e Autoridade Portuária são pela Lei imbricadas, o que compete a uma e outra requer ser desentranhado desses artigos; particularmente dos Art. 17 e 18.

Correndo todos os riscos, informalmente poder-se-ia assim sintetizar os marcos hoje vigentes:

- Porto é o conjunto de ativos (termo do PND e do PPI) e funções, públicas e privadas, dentro da área de um Porto Organizado;
- Administração Portuária é a função de gestão, de ativos e de serviços, sob definições estratégicas do Poder Concedente, regulatório e de controle da União;
- Autoridade Portuária é o exercício do poder de polícia e função regulatória local, idem;
- Docas é o nome (razão social) da organização que, hoje, exerce, conjuntamente, as funções de Administração e Autoridade Portuária.

### Ação:

- a) Privatizar:

O termo técnico-legal, utilizado pelo PND, é “*desestatização*”.

Ela pode envolver os ativos (domínio útil e fiel guarda, durante o período de concessão; ou, eventualmente, propriedades) e a gestão de funções delegadas.

Na sua implementação, há diversas “*modalidades operacionais*”; como anteriormente detalhado.

No caso específico do Porto de Santos há uma questão adicional: discute-se privatização da Administração Portuária (Codesp) em paralelo com a delegação da dragagem e da gestão do canal a terceiros.

b) Regionalizar:

Normalmente se refere à gestão da Administração Portuária; tanto quanto a desestatização/privatização.

Há diversas formas cogitadas, apresentadas e discutidas. P.ex: municipalização, estadualização ou arranjo consorciado.

Gestões regionalizadas já são praticadas em vários portos brasileiros: Itaqui-MA (estadual); Pecém-CE (estadual, privado); Suape-PE (estadual); Paranaguá – PR (estadual); São Francisco-SC (estadual); Itajaí-SC (municipal); Rio Grande-RS (estadual).

Para os portos paraenses e para o Porto de Santos houve processo até formal para tanto no início deste Século. Nenhum dos 2, porém, por razões distintas, chegou a ser consumado. No caso do Pará, inclusive, o Governo do Estado chegou até a criar uma empresa para assumir tais funções (a Companhia de Portos e Hidrovias – CPH).

c) Descentralizar:

Descentralização pode se referir ao processo decisório portuário ou à gestão da Administração Portuária. Esta é o contraponto que quase sempre surge quando se discute privatização portuária.

Ainda que essa confusão por vezes comprometa a compreensão e os encaminhamentos, a crítica/demanda por descentralização é compreensível; visto que o modelo vigente apresentou resultados aquém do esperado, e mostrou-se limitado ante os desafios portuários brasileiros desse Século XXI.

Em síntese, o processo decisório centralizado vigente, balizado pela [Lei nº 12.815/13](#) e o [Decreto nº 8.033/13](#), e suas respectivas modificações, está sob o comando, no Poder Executivo, por algo como um “*pentágono decisório*”: 3 órgãos colegiados (Conit, Conaportos e Comissão Nacional de Praticagem) e 2 órgãos executivos (SEP, hoje uma Secretaria do Minfra, e ANTAQ).

Além da centralização do planejamento, regrado pela [Portaria nº 03/14](#) (e suas modificações) que regulamenta os “*instrumentos de planejamento do setor portuário*”, a Lei e o Decreto transferem e centralizam várias outras funções outrora exercidas por cada porto. P.ex:

**SEP** (hoje Secretaria do Minfra, no papel de poder concedente – art. 1º, § único do Decreto): Definir as diretrizes para arrendamentos (art. 6º, § 3º e art. 16-I da Lei); autorizar expansão de área já arrendada (§ 6º); avaliar (para aceitar ou não) os pleitos para instalações privadas (art. 12); celebrar contratos de concessão, arrendamentos e de adesão (art. 16-II), estes de TUPs e outras instalações privadas (art. 8º); estabelecer normas para pré-qualificação de operadores portuários (art. 16-IV); implantar o Programa Nacional de Dragagem (art. 53); decidir pela prorrogação (ou não) dos contratos de arrendamento vigentes, assim como pela antecipação (ou não) das prorrogações (art. 57); aprovar a transferência de controle acionário de outorgados (art. 2º, IV do Decreto); aprovar investimentos não previstos nas outorgas (V); aprovar EVTEAs (VI).

**ANTAQ:** Elaborar os editais (art. 6º, § 3º da Lei); e realizar os processos licitatórios para concessões e arrendamentos (§ 2º); autorizar, em caráter excepcional, a utilização (por terceiros) de instalações arrendadas - TUPs e outras instalações privadas (art. 7º e 13); adotar medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimentos de outorgados (art. 8º, § 3º); aplicar de penalidades por infrações à lei, regulamento e contratos (art. 17, § 1º, XI, e 50); adaptar os contratos de TUPs e outras instalações privadas (art. 58 e 59); revisar e reajustar tarifas (pela nova redação da Lei nº 10.233/01 – art. 71); fiscalizar as administrações portuárias (idem).

Ou seja, pelo novo modelo, quase todas as funções estratégicas, relacionadas aos chamados “*portos organizados*”, passaram a estar centralizadas na SEP e ANTAQ. Às administrações portuárias cabem, agora, duas dezenas de funções de natureza essencialmente executiva/administrativa (art. 17 a 19, e 25 da Lei); sempre dentro de normas explicitamente estabelecidas pelo poder concedente (SEP, hoje no Minfra) ou das demais autoridades e balizadas em contratos de gestão (art. 64): arrecadar tarifas, estabelecer horário de funcionamento do porto, autorizar entrada/saída de navios e movimentação de cargas, pré-qualificar operadores, organizar a guarda portuária, fiscalizar operações e obras (para instrução de processos administrativos da Antaq), manter balizamento, divulgar calado, sinalizar fluxo de mercadorias, entre outras.

Isso no tocante aos chamados “*portos organizados*”; visto que boa parte delas não se aplicam aos “*Terminais de Uso Privado – TUP*”. Mesmo para aqueles contíguos às Perimetrais do Portos Públicos.

Normalmente a Lei dos Portos vigente (Lei nº 12.815/13) é apontada como a gênese desse modelo; isoladamente ou por vezes associada à Lei do PPI (Lei nº 13.334/16). Mas uma análise mais detida mostrará que elas apenas consumaram um processo “*lento, seguro e gradual*” (à la Golbery!) em curso desde o final dos anos 90: antes houve, p.ex, o Dec. nº 6.620/08; a criação das agências (Lei nº 10.233/01); inclusão das Docas no PND (Dec. nº 1.990/96); criação do GEMPO (Dec. nº 1.467/95). Cada um deu sua contribuição para a re-centralização de algum aspecto do processo decisório estabelecido pela Lei nº 8.630/13, lei que deu grande autonomia e protagonismo às instituições locais: CAP, Autoridade/Administradora e OGMO.

O irônico é que muitos dos que hoje endossam tais críticas foram protagonistas de vários desses diplomas e do processo que resultou na atual lei; no atual modelo. E deram suas contribuições, à época, muito provavelmente por terem crido, acriticamente e/ou convenientemente, nas justificativas propaladas e esperanças geradas quando das divulgações desses diplomas. Um bom exemplo foi o concorrido lançamento da MP-595 (embrião da atual Lei dos Portos), naquele 6/DEZ/2012 ([https://www.youtube.com/watch?v=QPWX0\\_3hcaU](https://www.youtube.com/watch?v=QPWX0_3hcaU)): promessa de outorga de uma centena e meia de arrendamentos portuários nos 6 meses seguintes, que representariam investimentos de algo como R\$ 60 bilhões: “*R\$ 31,0 bilhões até 2015 e mais R\$ 23,2 bilhões até 2017*”.

d) Conclusão:

Privatização e regionalização são alternativas mutuamente excludentes. Já privatização e descentralização do processo decisório, autonomia de gestão, não.

Aliás, é até pré-condição; tanto para uma quanto outra. O que poderia e deve ser discutido é o grau de descentralização (do processo decisório). Ou, dito de outra forma, o grau de autonomia.

A recente [Portaria nº 574](#), editada no final do governo anterior (26/DEZ/2018), que “*Disciplina a descentralização de competências ... às respectivas administrações portuárias...*”, tem sido apresentada e saudada como descentralizadora. E efetivamente ela o é. Mas importante observar seus principais comandos: i) Destinada aos chamados portos públicos (art. 1º); ii) Focada em arrendamentos (art. 2º); iii) Aplicável a administrações portuárias que atendam a determinadas pré-condições (art. 6º a 9º); iv) Condicionada a determinados compromissos (art. 3º e 4º); v) Com prazo definido (3 anos – art. 11); e vi) Mantém as definições estratégicas com o Ministério e a Antaq (parágrafos do art. 2º e art. 3º e 4º).

Resumidamente, ela possibilita a delegação de participação nos estudos e elaboração de peças das licitações para arrendamentos portuários; posteriormente na coleta de dados e informações para subsidiar a fiscalização e o gerenciamento dos contratos. É temporária e aplicável apenas a portos que atendam a determinadas exigências. Assim, no essencial ela descentraliza tarefas, mas mantém centralizadas as decisões estratégicas.

Certamente a Portaria nº 574/18 é um passo importante, mas ainda longe da autonomia característica do modelo “*Land Lord Port*”. E, mesmo, daquele balizado pela Lei dos Portos de 1993.

A autonomia “*landlordista*”, estágio último da descentralização, tanto do processo decisório como da própria Autoridade Portuária, é mais ampla e permanente. Abrangeria, p.ex, definir planos diretores, modelar e conduzir processos licitatórios, firmar contratos com os parceiros, fixar e revisar tarifas, autorizar prestadores de serviços, fiscalizar operações; e, quando for o caso, homologar projetos, autorizar investimentos e imputar penalidades; atribuições hoje do ministério, da agência reguladora e, na prática, algumas também exercidas por órgãos de controle.

A Constituição e atuais leis federais, há que se reconhecer, limitam tal descentralização; ao menos como competência originária. Todavia, mesmo dentro desses limites, há o que pode ser feito caso políticas públicas o indiquem.

Aliás, é imprescindível que seja feito, pois que interesse teria uma empresa privada na Codesp (ou qualquer Docas) se sem autonomia? No mínimo isso; dado que ela já estaria privada dos principais negócios lucrativos do porto: movimentação e armazenagem.

E, no caso de Santos, se prosperar a privatização da gestão da infraestrutura aquaviária, mais ainda: em princípio também privada das receitas da Tabela-I (infraestrutura aquaviária). Seu lucro resultaria só de

ganhos de eficiência; ou dependeria de majoração de tarifas (pagas pelos usuários)?

A descentralização do processo decisório é, pois, uma necessidade; um caminho testado para enfrentamento da febre dos portos brasileiros dando um passo adiante na iniciativa da Portaria nº 574/18. Uma descentralização que garanta unidade das funções consagradas de autoridade portuária e autonomia de gestão.

Ela é necessária mesmo no caso de manutenção de gestão pública das Administrações Portuárias. No caso de privatização delas, todavia, qualquer que seja o modelo adotado, trata-se de uma condição *sine-qua-non*. Mesmo porque difícil imaginar uma empresa privada gerindo uma Administração Portuária de Porto Público, convivendo ao lado com um TUP com grau de autonomia bem maior.

### **3) O campo de atuação?**

Na análise da proposta de Administração Portuária Condominial, e também das demais alternativas ou, mesmo, para discussões de tema tão complexo e estratégico, fundamental a caracterização do objeto em questão: essencial para se minimizar os riscos de prescrição de medicação ineficaz para os males existentes!

Há muitas formas de se descrever e explicar portos. A mais usual é como ente físico: território, imóveis, equipamentos, sistemas, etc.

Mas, talvez a mais relevante, para o objeto em questão, seja vê-los como uma superposição de fluxos; tema de há muito conhecido da mecânica dos fluidos, da engenharia de trânsito e da economia. No caso dos portos, seriam 2 finalísticos (fluxo de cargas e fluxo de riquezas), e 3 instrumentais (de pessoas, de veículos e de informação). Portanto, gerir um porto é gerir fluxos; fluxos processados sobre plataforma multidimensional. Ao menos: infraestrutura, equipamentos, infoestrutura, pessoal e bases regulatórias.

Funcionalmente, porém, eles são: i) elo de cadeias logísticas; ii) arranjos institucionais/organizacionais; e iii) agentes de desenvolvimento econômico e social. Portanto, gerir um porto é gerir relações. Relações em geral complexas, normalmente onde se concentram os imbróglios; como o tem demonstrado o processo de implantação de uma proposta em si defensável: o “*Cluster de Celulose*” no Porto de Santos (<https://abifer.org.br/cluster-de-celulose-quica-laboratorio-de-gestao-portuaria/> ).

Regra simples: deu para tirar foto? Pouca chance de estar aí um desafio para a gestão portuária. Ou o foco de atenção e preocupação!

Nesse “*palco*” convivem atores privados (operadores, arrendatários, práticos, transportadores, sindicatos de avulsos, etc.) e diversos agentes públicos (autoridades – quase uma dezena; das quais a Administração Portuária é, apenas, uma delas). Agrava a complexidade o fato de que tais atores atuam de forma bastante autônoma, e de que as autoridades integram estruturas de ministérios diferentes, com corpos próprios de leis e normas, muitas vezes referenciadas a capítulos distintos da Constituição.





Ou seja; independentemente da lei específica, porto sempre foi uma PPP; ainda que implícita. Assim, gerir um porto é gerir uma PPP. Na verdade, co-gerir; dado envolver diversos fluxos, múltiplos componentes, relações multilaterais, e compartilhamento de autoridade.

Em síntese, essas seriam as funções de uma Administração Portuária: gerir fluxos; gerir relações, co-gerir uma PPP.

Já aí uma complexidade: gerir uma PPP impõe a necessidade de se transitar pelo público e pelo privado pois, como AM/FM, são plataformas bastante distintas. Algo nem sempre claro, mas imprescindível para aqueles que pretendem gerir um porto:

A gestão pública, obviamente, está sob a órbita do direito público; enquanto a gestão privada sob o direito privado. Os *"operadores do direito"* nos ensinam: naquela a regra geral é *"só fazer o permitido"*; nesta o *"não fazer o proibido"*; diferença, aparentemente sutil, porém mais complexa que o jogo de palavras.

ASPECTO	ADM. PÚBLICA	ADM. PRIVADA
Direito	Público	Privado
Regra Geral	Só fazer o permitido	Não fazer o proibido
Ênfase	Instrumental / Processual	Finalística / Resultado
Postura (Cliente / empregado)	Isonomia	Customização (Tratar diferentemente os desiguais)
Instrumento corretivo	Punição / ostracismo	Premiação / Punição
Ênfase Econômica	Macroeconomia (Orçamento / verbal)	Microeconomia (Contabilidade, custo, preço)
Visibilidade dos atos	Publicidade	Segredo é a alma do negócio

Na gestão pública a ênfase gerencial é o processo, é instrumental; na gestão privada é o resultado, é finalística. Naquela a postura, diante de clientes/usuários ou empregados, é a isonomia; nesta, mormente nas “*benchmarking*”, a customização: “*tratar diferentemente os desiguais*”. Naquela a ênfase financeira é verba; nesta custo e preço. Aquela está de olho no orçamento; esta mais no fluxo de caixa e resultados de balanços.

Sistemas de controle são caracterizados como burocracia na gestão pública; na privada algo mais elegante: governança! Naquela o instrumento corretivo é a punição, no limite o ostracismo (quem viveu troca de governos sabe!); neste, a par da punição, também a premiação. E o divisor de águas: a gestão pública está sob a regra, constitucionalmente pétrea, de publicidade dos atos, cada vez mais cobrada; enquanto na gestão privada “*o segredo é a alma do negócio*”; certo?

Qualidade, eficiência, ética, satisfação do cliente... “*boas práticas*” e resultados são desejáveis, tanto na administração privada quanto na pública. Mas, como se viu, tantas diferenças há que parece tratar-se de água e óleo. Por isso: i) o reconhecimento dessas características/diferenças é o ponto de partida para processos de transformação que desejam ser bem-sucedidos. ii) segurança jurídica é necessária, mas não suficiente; iii) regulação (portuária ou logística?) tem suas especificidades; iv) cabe falar também de governança “*condominial*”; razão pela qual compliance precisa ir além de normas e/ou proibidade.

Gerir fluxos; gerir relações, co-gerir uma PPP.

Na prática, sobre o concreto e o dia a dia tais papeis implicam em: i) gerar e gerir espaços portuários; ii) prover infraestrutura básica e serviços condominiais a operadores e arrendatários; iii) regular operações portuárias e parcerias; e, talvez, a mais nobre, iv) promover negócios e fomentar desenvolvimento regional.

Não é por outro motivo que, como se disse, na maioria dos portos mundiais relevantes a Administração e Autoridade Portuária é pública (ainda que não obrigatoriamente estatal). E, em 4 de cada 5 deles, o modelo adotado é o de “*Landlord Port*”, definido pelo manual do Banco Mundial (“*Port Reform Toolkit*” - <https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/index.html>) como: “*modelo no qual o setor público é responsável pelo planejamento portuário, atua como órgão regulador, é proprietário e/ou administra terrenos e infraestrutura básica de uso compartilhado. Tais ativos são normalmente disponibilizados, sob remuneração, a empresas operadoras privadas ou para indústrias... Os operadores privados fornecem e mantem... seus próprios equipamentos ... e são responsáveis por suas operações*”.

Tal modelo foi sendo gradualmente adotado mundo afora desde o Século XIII (Hamburgo – Alemanha; o primeiro deles: 1188). Nessa saga mult centenária ele foi sendo adaptado e aperfeiçoado com contribuições de diferentes culturas, sistemas econômicos, regimes políticos e ambientes sociais. Preservou, entretanto, suas características genéticas básicas: i) autonomia; e ii) separação das funções de autoridade e operação.

Apesar de instituição pré-colombiana, segue sendo reavaliado e repensado seu futuro; mesmo em seu berço, a Europa. P.ex; desde os anos 70 é feita periódica pesquisa sobre temas relacionados a governança portuária; atualmente sob

condução da “*European Sea Ports Organisation*” – ESPO (<https://www.espo.be/publications/trends-in-eu-ports-governance-2016>; e versões anteriores): da mais recente participaram 116 autoridades portuárias, de 26 países, responsáveis por 2/3 das cargas continentais.

Alguns fatos e conclusões podem ser destacados por seu potencial de generalização; além de servir de pano de fundo para as atuais análises e definições brasileiras:

i) A maioria das autoridades portuárias é pública. A quase totalidade sob administração municipal ou regional. ii) (Mais) descentralização e autonomia (funcional, gerencial e financeira) é quase mantra. iii) Operações são majoritariamente privadas. iv) Crescem dificuldades das Administrações Portuárias para financiar, autonomamente, expansões visando atender às novas gerações de navios. v) Maior “*transparência*” é vista como imprescindível nas relações público-privada; principalmente nas outorgas e suas renovações. vi) Muitos propugnam que as Administrações Portuárias deixem de ser “*meros landlord*” e passem a ter papel mais ativo na relação com o mercado, nas conexões com outros modais, na retroárea, junto às suas comunidades e regiões, e sobre a gestão ambiental.

#### **4) Administração Portuária Condominial – A proposta:**

Em princípio, tomando-se o mencionado processo capixaba, em curso, como referência, à privatização (desestatização é o termo legal!) de empresas que atualmente exercem a função de Autoridade e Administração Portuária deverá estar associada à outorga da concessão: “... *alienação do controle acionário da Companhia, outorga da concessão por meio de nova sociedade com a dissolução e liquidação da Companhia, bem como outras modalidades conforme disposto no artigo 4º da Lei 9.491/97*” (Item 4.2.10.a do Edital de contratação da consultoria - BNDES).

A Administração Portuária Condominial é modelo alternativo à “*alienação do controle acionário da Companhia*” (no caso, a Codesa) ou à criação de uma “*nova sociedade com a dissolução e liquidação da Companhia*” (idem).

Seus principais elementos estruturantes são:

- a) Forma: Sociedade de Propósito Específico – SPE.
- b) Sócios:
  - i) Obrigatório: Arrendatários e TUPs que compartilham a Infraestrutura Básica;
  - ii) Facultativo: Operadores portuárias atuando no respectivo porto.
- c) Membrezia:
  - i) Permanentemente aberto ao ingresso de novos sócios e saída quando um arrendatário ou operador deixar de exercer tais funções no respectivo porto. Trata-se de modelo analógico a escritórios de advocacia e empresas de consultoria.
- d) Se necessário, e para aspectos específicos e previamente definidos, “*Golden-Share*” do Poder Público.

- e) Participação acionária: Segundo critério a ser definido, proporcional a variáveis tipo movimentação, investimentos feitos, embarcações atendidas... ou combinação delas.
- f) Governança:
- i) Previamente estabelecida (p.ex.: [Nivel-2](#)).
  - ii) Como salvaguarda adicional, particularmente para os “pequenos”, celebração de acordo de acionista (art. 118 da Lei nº 6.404/76 – “[Lei das S/As](#)” e suas modificações).
- g) Modelo econômico-financeiro:  
Autossustentável. Ou seja:
- i) Receitas decorrentes de tarifas/remunerações devem cobrir o custeio.
  - ii) Investimentos; p.ex. para aprofundamento de canal e outros “*up grandes*”, como regra geral a serem feitos com recursos públicos; não se descartando, todavia, assunção pelos sócios de parte de projetos comuns ou de obras específicas.
- h) Tarifação:
- i) Default: Manutenção da sistemática (modelo) vigente; visando à celeridade de implementação.
  - ii) Valores: Definidos de acordo com orçamentos periódicos.
- i) Variantes:
- i) Forma:
    - ◆ A premissa é ser uma SPE.
    - ◆ O ser empresa traz inúmeras vantagens; p.ex., no tocante à interface com o mercado financeiro.
    - ◆ Mas nada impede que, se facilitar sua implementação, o arranjo assumira outras formas legalmente possíveis de articulação dos parceiros operacionais do porto (cooperativa; associação; etc).
  - ii) Sócios:
    - ◆ A premissa é obrigatoriedade de participação de arrendatários e TUPs, que compartilham da Infraestrutura Básica, e facultativa de operadores portuários.
    - ◆ Discute-se se, juridicamente, se é possível “*obrigar*” um arrendatário ou autorizatário, com contrato vigente, a participar: se efetivamente houver procedência nessa tese, pode-se cogitar da não obrigatoriedade dos parceiros atualmente existentes de participarem do arranjo.
    - ◆ Neste caso, porém, seria razoável, seria “*justo*” que os sócios se beneficiassem de algum tipo de desconto nos valores pagos como contraprestação dos serviços.

## 5) Administração Portuária Condominial – Justificativa:

Formas condominiais de utilização de instalações portuárias não são novas. Tampouco únicas. Nem exclusivas de instalações privadas. Vale lembrar, como exemplo:

- a) Centenas de operadores portuários compartilham de berços públicos nos diversos portos brasileiros.
- b) “*Contratos operacionais*”, com e sem arrendamento de área, foram praticados nos portos públicos brasileiros por décadas;
- c) Em muitos portos brasileiros terminais privados fora da área do porto, por meio de direito de passagem, compartilham berços do porto público. É o caso, p.ex, dos terminais de trigo em Santos-SP.
- d) Os Teaçús (açúcar) e o “*pool*” (grãos) da Ponta da Praia, em Santos-SP, compartilham instalações públicas não dedicadas;
- e) O “*Contrato de Operação Compartilhada*” é instrumento pelo qual, há ¼ de século, a CDP e a Albrás/Alunorte (hoje Hydro) compartilham instalações do [Porto de Vila do Conde](#), em Barcarena-PA.
- f) No TEGRAM do [Porto do Itaquí – MA](#), 4 arrendatários compartilham de um berço público dedicado.
- g) No [Porto do Açú - RJ](#) diversos TUPs, com Contratos de Adesão específicos, compartilham da Infraestrutura Básica gerida também por um TUP.
- h) O projeto multimodal do Terminal Portuário de Alcântara - TPA, no Maranhão, prevê SPEs para implantar e operar superestruturas portuárias específicas para cargas distintas, sobre uma Infraestrutura Básica provida por um TUP autorizado (a Grão-Pará Multimodal - GPM).

A Administração Portuária Condominial pode, assim, ser vista/entendida:

- Ou como uma ampliação do escopo do já praticado em portos públicos;
- Ou de adoção, pelos portos públicos, de modelo que vem sendo adotado por grandes TUPs na costa brasileira.

A motivação ou a lógica do modelo alternativo proposto pode ser sintetizada por um dito popular: “*o olho do dono engorda o gado*”!

Ou seja, é de se supor que arrendatários, TUPs que compartilham de Infraestrutura Básica e operadores estejam sincera e profundamente interessados em que suas condições estejam, permanentemente, dentro de condições pré-definidas, em planos e normas.

A Administração Portuária Condominial difere de uma concessão especificamente licitada e outorgada pois essa está baseada no conceito de “*por conta e risco*” (do delegatário, obviamente - Art. 2º da [Lei nº 8.987/95](#); “*Lei de Concessões*”).

Ou seja; ela é o negócio, em si: a remuneração do concessionário, tanto dos seus investimentos (CAPEX) como custeio (OPEX), devem advir, exclusivamente, da concessão. Dito de outra forma; ela é um “*centro de lucro*”; o objeto principal e único da delegação. Daí porque, normalmente, o poder

concedente exigiria, como para os arrendamentos, a criação de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE para execução dos respectivos contratos; além de normalmente “*extrair*” um valor de outorga.

Há uma variante de tais concessões: as PPPs ([Lei nº 11.079/04](#)), nas quais o Poder Público arca com parcela do CAPEX e/ou do OPEX; segundo regras previamente definidas. Mas, nesse contexto, não seria o caso.

Em uma Administração Portuária Condominial, por sua vez, tais bens ou serviços delegados podem ser acessórios de um principal; qual seja, dos contratos de arrendamento ou autorizações para operação portuária (em instalação de uso público).

Em tais condições eles podem vir a ser, apenas, um “*centro de custo*” (o que tem implicações relevantes).

Ao se cotejar Administração Portuária Condominial com concessões específicas é possível arrolar algumas potenciais vantagens, daquela sobre esta. P.ex:

- a) Um e outro têm, em comum, a virtude de reduzir assimetrias concorrentes entre os privados que estão dentro dos portos organizados (arrendatários e operadores) e aqueles privados que estão fora dos portos organizados (TUPs); particularmente os contíguos às poligonais daqueles.
- b) A Administração Portuária Condominial, todavia, tem a vantagem de não introduzir um novo ator (“*player*”) nessa “*comunidade*”, o porto organizado: o concessionário. Mormente em área tão sensível: uma (importantíssima!) interface a menos. Por que uma interface a mais, em especial por se tratar de atividade-meio; endógena?
- c) Na concessão, riscos e estimativas (físicas e econômico-financeiras) precisam ser previamente definidos e pactuados. Neste caso, como os usuários (ou seus prepostos) são também os sócios da SPE, os ajustes podem ir sendo feitos gradativamente; ao longo do tempo, conforme a necessidade. Ou seja: É como se o modelo embutisse um gene/instrumento auto-regulatório.
- d) A concessão específica trata das funções (e ativos) da administradora portuária. Assim, pende analisar, à parte, a destinação das funções de autoridade portuária. Certamente esse equacionamento será mais simples por meio da Administração Portuária Condominial, cujos sócios já têm contratos e/ou autorizações com o próprio Poder Concedente.
- e) Também a celebração dos “*compromissos de metas e desempenho empresarial*”, de que trata o art. 64 da Lei dos Portos ([Lei nº 12.815/13](#)).
- f) E, talvez, o mais importante ante a febre dos portos públicos brasileiros: a eventual possibilidade de se prescindir de licitação para tal outorga (poupando tempo, recursos; e muito provavelmente, também, energia e adrenalina).

O modelo foi concebido para portos organizados estabelecidos (“*brown field*”). Mas, também, pode ser adotado para projetos novos (“*green field*”); públicos ou privados: distintos interessados em operações de retroárea constituiriam uma

Administração Portuária Condominial para implantação, compartilhada, da Infraestrutura Básica.

## **6) Conclusões e encaminhamentos:**

Sabe-se que inexistente previsão legal explícita para existência de Administrações Portuárias Condominiais; como tal.

Não é incontestável; não é líquido e certo que tal estruturação e delegação de atribuições possa ser feita sem licitação (como é obrigatório para a concessão). Mormente sob uma tradição patrimonialista e de processos de desestatização focados essencialmente nos ativos.

Ou seja, está claro que tal alternativa precisa ser cuidadosamente construída para ser viabilizada.

Mas, para tanto, ela tem argumentos (SMJ, sólidos!) que apontam para sua razoabilidade; plausível e de fácil entendimento. Isso é essencial, como nos ensinam doutrinadores, para que o modelo seja legitimado. E, daí, para que sua legalidade seja formulada e aceita também por órgãos de regulação e controle que, atualmente, indireta ou diretamente, participam, até ativamente, do processo decisório portuário. Alias, em alguns casos até influenciam nas próprias políticas públicas.

Importante: tal caminho não é nem contorcionismo interpretativo, nem casuísmo de aplicação. Nem, muito menos, uma forma de se burlar a lei. Nesse sentido vale observar:

- a) A Infraestrutura Estrutura Básica, particularmente a aquaviária, não é algo autônomo ou independente: É um tipo de matéria-prima, de insumo, de condicionante do desempenho (operacional e comercial) do terminal. Há, pois, um liame entre ambos; tanto físico como em termos de resultados; de desempenho.
- b) O arrendamento do terminal é feito tendo como pressuposto a disponibilidade da Infraestrutura Básica. No mínimo em condições estabelecidas no PDZ; condições, hoje, de responsabilidade do poder público que, em muitos casos, vem encontrando dificuldades para garanti-las.
- c) Sendo assim entendido, seria um despropósito considerar essa gestão, ao invés de algo a ser explorado, como um direito, uma obrigação acessória (do arrendamento e/ou da operação)?
- d) E, como tal:
  - i) Para as novas licitações de arrendamento, já ser incluída nos editais; e,
  - ii) Para os existentes, prescindindo-se de licitação, ser incluída, via aditamento, como obrigação (a se avaliar a necessidade ou não reequilíbrio econômico-financeiro).
- e) Licitar, sabemos todos, é a regra. Mas a “*Lei de Licitações*” ([Lei nº 8.666/93](#)) também prevê casos de dispensa (art. 24) e de inexigibilidade de licitação (art. 25); sempre quando fundamentadas.

Não se trata, assim, tal delegação de uma escolha discricionária ou privilegiada de parceiro. Mas tão somente da agregação de obrigações a parceiros previamente escolhidos – majoritariamente por licitação. E só a eles: Esse é o “*princípio ativo*” do modelo!