

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL PIVATTO DOS SANTOS

**O SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO
À LUZ DO AMBIENTE INSTITUCIONAL**

CURITIBA

2021

GABRIEL PIVATTO DOS SANTOS

**O SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO
À LUZ DO AMBIENTE INSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, com ênfase em Direito Econômico e Desenvolvimento.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet

CURITIBA

2021

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Pamela Travassos de Freitas – CRB 9/1960

Santos, Gabriel Pivatto dos
S237s O setor portuário brasileiro : perspectivas de desenvolvimento à luz do
2021 ambiente institucional / Gabriel Pivatto dos Santos ; orientador: Luiz Alberto
Blanchet. – 2021.
127 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2021
Bibliografia: f. 115-127

1. Portos – Legislação – Brasil. 2. Direito econômico. 3. Desenvolvimento
econômico. 4. Eficiência (Direito). 5. Infraestrutura (Economia). 6. Intervenção
(Governo Federal). I. Blanchet, Luiz Alberto. II. Pontifícia Universidade
Católica do Paraná. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris. 4. ed. – 387.1063



Programa de
**PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO
PUCPR**



**ATA Nº652/2021 DA DEFESA PÚBLICA DE
DISSERTAÇÃO DE GABRIEL PIVATTO DOS SANTOS**

Aos vinte e nove dias do mês de julho de dois mil e vinte e um, às 09:00 horas, tendo em vista o Estado de Emergência decretado em razão da pandemia do COVID19, reuniu-se remotamente com a utilização de aplicativo (ZOOM) que permite a interação de todos em tempo real, a banca examinadora constituída pelos professores **Dr. Luiz Alberto Blanchet (orientador/presidente)**, **Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro (PUCPR)** e **Dr. Egon Bockmann Moreira (UFPR)**, para examinar o trabalho do aluno **GABRIEL PIVATTO DOS SANTOS**, ingressante no programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado, no primeiro semestre de dois mil e dezenove para a área de concentração “Direito Econômico e Desenvolvimento”. O aluno apresentou a dissertação intitulada: “**O SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO: PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO À LUZ DO AMBIENTE INSTITUCIONAL**”, tendo iniciado com uma exposição sumária da dissertação e, em seguida, sendo procedida a arguição dos membros da Banca de Avaliação. Após a defesa do trabalho foram atribuídas notas e o mestrando foi aprovado com média 8,0 (oito). A sessão encerrou-se às 11:46 h. Para constar, a ata vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Nota: 8,0

Dr. Luiz Alberto Blanchet (orientador/presidente)

Nota: 8,0

Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro (PUCPR)



Programa de
**PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO
PUCPR**



Nota: 8,0

Dr. Egon Bockmann Moreira (UFPR)

Curitiba, 29 de julho de 2021.

*Ora, a fé é o firme fundamento
das coisas que se esperam,
e a prova das coisas
que não se vêem.*

Hebreus 11:1

Dedico esta dissertação às
minhas filhas, Aurora e Catarina,
fontes de inspiração para a minha vida
e de esperança por dias melhores.

AGRADECIMENTOS

A redação de um trabalho acadêmico é uma tarefa inspiradora e instigante em alguns momentos. Em outros, torna-se um trabalho exaustivo e atravancado. A situação que o mundo vivencia atualmente impôs algumas dificuldades adicionais a esse processo. Porém, é nos momentos de dificuldade que o ser-humano se depara com forças interiores até então desconhecidas, e descobre, ou confirma, a existência de pessoas indispensáveis para a travessia de caminhos que, por vezes, parecem ser intransponíveis.

Aos meus colegas e amigos do PPGD da PUC/PR, Bruno Castro, Lucas Teider, Renato Faria e Gilberto Bomfim, agradeço pela convivência e amizade.

Aos professores do PPGD da PUC/PR, pelas lições aprendidas e pelo seu amor ao ensino, agradeço a todos, mas especialmente aos professores Oksandro Gonçalves, Márcia Carla Pereira Ribeiro e André Folloni, que contribuíram de forma indispensável para o resultado final dessa dissertação.

Ao meu orientador, professor Luiz Alberto Blanchet, pelas lições em sala e fora dela. Agradeço pela serenidade com que conduziu a orientação, e por ter conseguido, do alto da sua experiência, esclarecer minhas dúvidas, atenuar as minhas angústias e tolerar minhas dificuldades. Ter sido seu orientando foi um privilégio.

Aos meus colegas de escritório, Luiz Henrique Nassar e Vitória Ceron, meus agradecimentos pela convivência diária e por terem suportado o acúmulo de trabalho durante as minhas ausências.

Aos meus pais, Carmen e Norimar, que sempre me inspiraram e me apoiaram de todas as formas possíveis para buscar o aperfeiçoamento pessoal, acadêmico e profissional, agradeço pelo amor constante e dedicado. Ao meu irmão Gustavo que, mesmo mais novo, se tornou mestre antes que eu, e também foi uma fonte de inspiração para a minha jornada no Mestrado.

Ao meu amor, minha esposa Gabriela, cujo apoio e companheirismo foram indispensáveis para a conclusão dessa etapa da minha vida.

Por fim, agradeço a Deus por ter me abençoado com essa oportunidade e por ter me dado forças para aproveitá-la.

RESUMO

A dissertação analisa os resultados obtidos pela Lei nº 12.815/2013 no setor portuário brasileiro, especialmente no âmbito dos terminais privados de movimentação de contêineres, sob a ótica da eficiência entre meios e fins. Para atingir seus objetivos, são tratados temas como as relações entre o Direito e a Economia, a consolidação do Direito Econômico e da Regulação da Economia como meios conformadores da Ordem Econômica aos desígnios do Estado, e a Análise Econômica do Direito. Também são feitas considerações e correlações entre desenvolvimento e temas como a importância econômica do comércio internacional, o papel do Brasil no mercado global, a eficiência logística nos transportes, e os investimentos em infraestrutura. Por fim, são apresentados os antecedentes históricos que pautaram o ambiente institucional em que entrou em vigor a Lei nº 12.815/2013, e os resultados observados no âmbito do setor portuário brasileiro desde então. Conclui-se que, apesar de não ser possível afirmar que a Lei nº 12.815/2013 induziu desenvolvimento, especialmente em razão de questões conjunturais, é possível afirmar que contribuiu para o aumento da participação da iniciativa privada, a expansão e otimização da infraestrutura portuária e o aumento da competitividade no setor, criando, portanto, perspectivas de desenvolvimento. A metodologia utilizada no trabalho é a hipotético-dedutiva, a partir das técnicas de pesquisa bibliográfica, e documental, centrada na análise de dados extraídos de órgãos como o Fórum Econômico Mundial, Agência Nacional de Transportes Aquaviários, Organização Mundial do Comércio, Banco Mundial, OCDE, entre outros.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Desenvolvimento. Eficiência. Infraestrutura. Intervenção do Estado.

ABSTRACT

The dissertation analyzes, using economic tools, the results obtained by the Act 12,815/2013 in the Brazilian port sector, especially in the context of private container handling terminals, from the perspective of efficiency between means and ends. To achieve its objectives, topics such as the relationship between Law and Economics, and the consolidation of Economic Law and Economic Regulation as a means of conforming the Economic Order to the purposes of the State, and Economic Analysis of Law, are addressed. Considerations are also made about the economic importance of international trade, the role of Brazil in the global market, the logistical efficiency of transports, and investments in infrastructure, in their relation with economic and social development. Finally, the historical background that guided to the institutional environment before the Act No. 12,815/2013 was enacted, and the results observed in the the Brazilian port sector, are presented. The conclusions drawn are that although it is not possible to say that the Act 12,815/2013 induced development, it is possible to say that it contributed to the increased participation of the private sector, the expansion and optimization of port infrastructure and increased competitiveness, and therefore, created prospects for development. The methodology used is hypothetical-deductive, based on bibliographic research techniques, and documentary research centered on the analysis of data extracted from official sources such as the World Economic Forum, the World Bank, the National Waterway Transport Agency, among others.

Keywords: Law and Economics. Development. Efficiency. Infrastructure. State intervention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRATEC	- Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público
ACP	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AED	- Análise Econômica do Direito
AIR	- Análise de Impacto Regulatório
ANTAQ	- Agência Nacional de Transportes Aquaviários
CADE	- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CNI	- Confederação Nacional da Indústria
CNT	- Confederação Nacional dos Transportes
CUI	- Câmara de Indústrias do Uruguai
DAC	- Departamento de Aviação Civil
EPL	- Empresa de Planejamento e Logística S.A.
LINDB	- Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro
MERCOSUL	- Mercado Comum do Sul
PIB	- Produto Interno Bruto
PORTOBRAS	- Empresa de Portos do Brasil
SBDC	- Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TUP	- Terminal de Uso Privado
UIA	- União Industrial da Argentina
UIP	- União Industrial Paraguaia

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A ECONOMIA, O DIREITO ECONÔMICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	15
2.1	AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA.....	17
2.2	A ORDEM ECONÔMICA E O DIREITO ECONÔMICO	19
2.2.1	A Ordem Econômica	20
2.2.2	O Direito Econômico	21
2.3	A REGULAÇÃO DA ECONOMIA E O PAPEL DO MERCADO	23
2.3.1	A Regulação da Economia como garantia do cumprimento do papel do mercado	27
2.3.2	Regulação da Economia e concorrência	30
2.4	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	33
2.4.1	Evolução histórica da Análise Econômica do Direito	35
2.4.2	A Nova Economia Institucional	37
3	INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES E DESENVOLVIMENTO	43
3.1	COMÉRCIO INTERNACIONAL, DESENVOLVIMENTO E O PAPEL DO BRASIL NO MERCADO GLOBAL.....	43
3.1.1	Da subsistência ao comércio internacional	43
3.1.2	Comércio internacional e desenvolvimento	46
3.1.3	O papel do Brasil no mercado global	48
3.1.4	Desafios para um melhor desempenho do Brasil no mercado global: o custo Brasil	49
3.2	INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES E EFICIÊNCIA LOGÍSTICA.....	61
3.2.1	Infraestrutura de transportes no Brasil	62
3.2.2	Eficiência logística	69
3.3	INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA: INVESTIMENTOS PÚBLICOS E INVESTIMENTOS PRIVADOS	71
3.3.1	Crise econômica, responsabilidade fiscal e investimentos públicos a partir de dos anos 1980	72
3.3.2	A participação do setor privado nos investimentos em infraestrutura: crise da Administração Pública e reforma do Estado nos anos 1990	74
3.3.3	Investimentos no setor portuário a partir dos anos 1990	75
4	A LEI Nº 12.815/2013 E A REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO: PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO	78
4.1	ANTECEDENTES HISTÓRICOS	78

4.1.1	O processo de containerização do transporte marítimo de cargas no comércio internacional	79
4.1.2	A Lei de Modernização dos Portos (8.630/1993).....	82
4.1.3	A Medida Provisória nº 595/2012.....	88
4.2	A LEI Nº 12.815/2013 E SEUS OBJETIVOS	89
4.2.1	Aumento da competitividade	90
4.2.2	Desenvolvimento do país.....	92
4.2.3	O Terminal de Uso Privado.....	94
4.3	ANÁLISE DOS RESULTADOS.....	96
4.3.1	Estímulo à participação do setor privado e expansão da infraestrutura portuária	98
4.3.2	Aumento da competitividade e otimização da infraestrutura portuária.....	100
4.4	A REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO	102
4.4.1	A Lei Geral das Agências Reguladoras	105
4.4.2	A Análise de Impacto Regulatório	107
4.4.3	Assimetria Regulatória no setor portuário	110
5	CONCLUSÃO	113
	REFERÊNCIAS	116

1 INTRODUÇÃO

Antes da entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013, o ambiente institucional do setor portuário passou por um período marcado pela insegurança jurídica em relação à movimentação de contêineres por terminais privados. Sob a égide do marco regulatório anterior (Lei nº 8.630/1993), foi editado o Decreto 6.620/2008, que restringiu a movimentação de cargas de terceiros nos terminais privados. Essa configuração do setor portuário representou um óbice para a atração de investimentos privados, indispensáveis à expansão e modernização da combatida infraestrutura portuária nacional.

A Lei nº 12.815/2013 buscou alterar esse cenário. Entre os objetivos e diretrizes da Nova Lei dos Portos, foram arrolados a competitividade e o desenvolvimento do país, além do incentivo à participação da iniciativa privada e a expansão e otimização da infraestrutura portuária. Como principal meio para atingir esses fins, a Lei nº 12.815/2013 inseriu na legislação portuária a figura do Terminal de Uso Privado, que não sofre restrições quanto à origem da carga movimentada. Essa alteração legislativa representou uma importante mudança institucional no setor portuário brasileiro.

Diante disso, o objetivo geral da presente dissertação é analisar se a Lei nº 12.815/2013 tem se mostrado eficiente em alcançar os objetivos propostos.

A abordagem desenvolvida neste trabalho não se restringe à dogmática jurídica ou à uma análise da constitucionalidade e legalidade da Nova Lei dos Portos. Esse procedimento se mostraria insuficiente para o atingimento do objetivo traçado. O foco da presente pesquisa está voltado para os efeitos concretos verificados no mundo dos fatos, diante das mudanças institucionais promovidas no âmbito do setor portuário nacional.

Sob essas premissas, procurou-se analisar como a Análise Econômica do Direito, especialmente sob a ótica da Nova Economia Institucional, pode auxiliar na realização de pesquisas dessa natureza. Também procurou-se analisar a importância alguns aspectos envolvidos na busca pelo desenvolvimento: a importância da participação no comércio global, a importância da infraestrutura e dos investimentos em infraestrutura de transportes (especificamente a infraestrutura portuária) e a eficiência logística.

A partir desses objetivos, geral e específicos, optou-se por estruturar a dissertação em três capítulos.

O capítulo 2 trata da das relações entre o Direito e a Economia, e a consolidação do Direito Econômico e da Regulação da Economia como meios conformadores da Ordem

Econômica aos desígnios do Estado. Além disso, foram traçados os contornos gerais da Análise Econômica do Direito, e da escola da Nova Economia Institucional, especialmente segundo Douglass North e sua construção teórica a respeito relação entre mudanças institucionais e desenvolvimento.

Em seguida, no capítulo 3, foi abordada a relação entre a infraestrutura de transportes e o desenvolvimento. Para tanto, foram abordados temas como a importância econômica do comércio internacional, o papel do Brasil no mercado global, a eficiência logística, e os investimentos em infraestrutura.

No quarto e último capítulo, foram abordados os antecedentes históricos da Lei nº 12.815/2013, bem como os seus objetivos e diretrizes, para colocá-los em paralelo com os resultados verificados no setor portuário nacional após a sua entrada em vigor. Por fim, foram feitos apontamentos acerca da regulação do setor portuário, da Análise de Impacto Regulatório e de sua importância no tratamento de temas relativos à assimetria regulatória existente entre terminais públicos e privados.

A metodologia utilizada no trabalho é a hipotético-dedutiva, a partir das técnicas de pesquisa bibliográfica, pela análise de livros e artigos científicos de autores conceituados da área jurídica, da teoria econômica, da logística de transportes e do comércio internacional. Utiliza-se também o método documental, com dados extraídos de fontes como o Fórum Econômico Mundial, Agência de Transportes Aquaviários, Organização Mundial do Comércio, Banco Mundial, OCDE, entre outros.

Por meio da presente pesquisa buscou-se contribuir para a discussão a respeito da Nova Lei dos Portos, com base nos efeitos concretos decorrentes das mudanças institucionais operadas no setor portuário brasileiro.

2 A ECONOMIA, O DIREITO ECONÔMICO E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Setores de infraestrutura como os de transportes, saneamento, energia e telecomunicações envolvem inegável interesse público. Sob o ponto de vista coletivo, as infraestruturas permitem ao conjunto social aproveitar oportunidades de investimentos que podem gerar desenvolvimento, entre outros aspectos. Sob o ponto de vista individual, permitem que o cidadão tenha condições mínimas para buscar seus objetivos pessoais de acordo com os seus interesses e escolhas.

Amartya Sen¹ defende que o propósito do desenvolvimento é garantir a “liberdade substancial” dos indivíduos. Trata-se de possibilitar que cada um tenha condições de fazer suas escolhas em busca de seus interesses pessoais, seja no tocante à ocupação de escolha, tipo de educação, exercício de liberdades políticas, religiosas, entre outros.

Ocorre que a ausência das infraestruturas básicas limita as possibilidades individuais e barra o desenvolvimento coletivo. Ao revés, a presença das infraestruturas básicas tem o condão de elevar os índices de desenvolvimento humano, além de impactar positivamente sobre a pobreza de maneira local e regional.

Tome-se como exemplo dessa afirmação o estudo realizado por Fernando Vinícius da Rocha e Maria Sylvia Macchione Saes², sobre os impactos da infraestrutura rodoviária, especificamente da BR-163, em municípios dos estados de Mato Grosso e Pará. Concluíram pelo efeito positivo de projetos de infraestrutura logística nos indicadores socioeconômicos, pois municípios localizados nos arredores da BR-163 apresentaram IDH superior aos demais municípios considerados comparáveis, porém, mais distantes da rodovia federal.

Estudos como esse demonstram a importância socioeconômica dos setores de infraestruturas e apontam para a necessidade de soluções adequadas sob o ponto de vista legal e regulatório, para que não se tornem obstáculos para o crescimento econômico e o desenvolvimento social. Questões tão sensíveis como a falta de infraestruturas e as soluções para esses déficits não podem ser objeto de discussões pautadas em conceitos abstratos e vazias

¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 158.

² ROCHA, Fernando Vinícius da; SAES, Maria Sylvia Macchione. Desenvolvimento Econômico e Social por Meio de Investimentos em Infraestrutura: O Caso da BR-163. **Desenvolvimento Em Questão**, 16(42), 99–123. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/6248>. Acesso em 18 mai. 2021.

de efeitos práticos efetivos, ou que resultem em efeitos práticos negativos, ou seja, que afastem os resultados esperados dos efeitos obtidos.

À luz desse raciocínio, é preciso não perder de vista que o tema das infraestruturas constitui discussão que não é meramente jurídica. Envolve variáveis econômicas, questões sociológicas e heranças históricas que não pode ser ignoradas. Entender essa questão de modo contrário importaria em acolher voluntariamente uma considerável limitação epistemológica, que pode resultar na adoção de soluções inadequadas que não contribuem para a busca da resolução dos problemas relacionadas às infraestruturas.

Friedrich Hayek³ já anunciava que o problema da busca por uma ordem social adequada perpassa pela análise das questões como um todo, e não de forma hermética, sob os ângulos individualizados de determinadas áreas do conhecimento como o direito, a economia, a ciência política, a sociologia, a ética, ou qualquer outra.

Conforme alertam Everton das Neves Gonçalves e Joana Steltzer, o hodierno questionamento popular sobre a atuação dos poderes estatais no que diz respeito a sua eficiência na solução de lides e na elaboração e aplicação do direito decorre do fato de que “o modelo jurídico puro Kelseniano já não corresponde às necessidades sociais”⁴. Por outro lado, conforme advertem os mesmos autores, mostra-se perigoso e reprovável simplesmente renegar as instituições democráticas estabelecidas em favor de fetiches ideológicos. De fato, a história recente da humanidade já demonstrou que se trata de um caminho para o autoritarismo, a pobreza e a morte.

É sob a sombra desse paradoxo que se apresenta a abordagem transdisciplinar como uma forma de se pensar o Direito e as instituições jurídicas com vistas na complexidade inerente das vicissitudes do mundo contemporâneo. Everton das Neves Gonçalves e Márcia Luisa da Silva⁵, adotando as lições de San Tiago Dantas e José de Oliveira Ascensão sobre a necessidade de reforma do ensino jurídico no Brasil, notam que “o hermetismo jurídico do purismo

³ HAYEK, Friedrich A. Von. **Law, Legislation and Liberty**. Vol. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1973. p.4.

⁴ GONÇALVES, Everton das Neves; STELTZER, Joana. O Direito e Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional. **JURIS**, Rio Grande, v. 11, p. 199-222, 2005. Disponível em: <https://www.seer.furg.br/juris/article/download/595/138/1087>. Acesso em 18 mai. 2021.

⁵ GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Márcia Luisa da. A importância da disciplina de análise econômica do Direito para o desenvolvimento da interdisciplinariedade indispensável aos cursos de direito no Brasil. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, v. 2, n. 2, p. 107-128, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/import%C3%A2ncia-da-disciplina-de-an%C3%A1lise-econ%C3%B4mica-do-direito-para-o-desenvolvimento-da>. Acesso em 18 mai 2021.

Kelseniano já é intolerável sob pena de se perpetuar a total ausência de comunicação do Direito com o mundo exterior e com os problemas sociais reais em nome de um extremado formalismo”.

André Folloni e Andrea Pitasi⁶, debruçando-se sobre os ensinamentos de Pierre Delattre, analisaram as implicações de um conhecimento jurídico descolado dos problemas sociais e econômicos em suas formulações teóricas. Concluíram pela necessidade da produção de um conhecimento jurídico complexo, interdisciplinar, sob pena de passar-se ao largo da riqueza dos fenômenos jurídicos e das respectivas explicações científicas adequadas.

Para os fins da presente dissertação, busca-se fazer uma introdução breve, porém necessária, a respeito das relações entre Direito e Economia e sobre o Direito Econômico para, ao fim do presente capítulo, abordar as contribuições da ciência econômica à análise jurídica. O Direito e Economia ou Análise Econômica do Direito (como convencionou-se traduzir no Brasil o movimento americano *Law and Economics*), como disciplina e método, presta importante contribuição à construção de um conhecimento jurídico complexo. Pode, inclusive, contribuir para a obtenção de soluções para os problemas que envolvem a regulação dos setores de infraestrutura, e no que se refere ao objeto da presente dissertação, também do setor portuário.

2.1 AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA

A Economia, assim como o Direito, tem como objeto o comportamento humano. Enquanto o Direito visa regular o comportamento humano, a Economia busca analisar o comportamento humano frente à escassez de recursos, e as escolhas dos indivíduos frente às relações entre meios e fins.

Não obstante essa identidade de objeto, existem consideráveis diferenças metodológicas, conforme aponta Bruno Salama⁷. O Direito é exclusivamente verbal, marcadamente hermenêutico e aspira pela justiça, pautado pela análise da legalidade. Por outro lado, a Economia é também matemática, marcadamente empírica, e aspira pela cientificidade,

⁶ FOLLONI, André; PITASI, Andrea. Epistemologia Sistêmica em Pierre Delattre e a Construção de uma Ciência Jurídica Complexa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112, p. 339-373, jan./jun. 2016. Disponível em <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V112P339/349>. Acesso em 17 mai. 2021.

⁷ Ibidem.

pautada pela análise de custos. No entanto, essas diferenças não ofuscam (ou não deveriam ofuscar) a intimação relação entre o Direito e a Economia.

Fábio Nusdeo⁸ ressalta que a própria etimologia da palavra economia (*oikos + nomos*) coloca em evidência um dado essencial da realidade econômica que nem sempre é devidamente considerado (principalmente pelos juristas): a profunda e inescapável imbricação entre o Direito e a Economia.

Segundo ele, os fatos econômicos são o que são e se apresentam de determinada maneira em decorrência direta da forma como se dá a normatização (*nomos*) da atividade desenvolvida em um dado espaço físico (*oikos*). E o *nomos* (normatização, organização) nada mais é do que o conjunto de instituições jurídicas (normas, regras, princípios, etc.). Conclui que “os fatos econômicos dependem diretamente das instituições, ou seja, do conjunto de normas que os regem”⁹, ou, em outras palavras, do ambiente institucional.

No mesmo sentido, Friedrich Hayek já alertava para o fato de que a legislação é o principal instrumento de mudança intencional na sociedade moderna.¹⁰ No entanto, se por um lado uma lei tem o poder de determinar uma mudança prática e propiciar reorganização da realidade – ou, na linguagem da ciência econômica, uma realocação de recursos – por outro, uma lei comumente pode ser um resultado ou reação aos condicionantes materiais (a realidade). Percebe-se, aí, a profunda relação entre o Direito e a Economia apontada por Fábio Nusdeo.

Com efeito, essa relação é uma via de mão dupla. Ao comentar sobre a origem dos institutos jurídicos, Orlando Gomes¹¹ rechaçou a tese marxista de que a relação entre infraestrutura e super-estrutura é rigorosamente de causa e efeito, de modo que o Direito seria mero subproduto das relações econômicas. Portanto, segundo ele, caberia ao jurista que não se contenta em ser mero “técnico do Direito”, se interessar pela análise da “eficácia econômica e social das normas jurídicas”. O contrário importaria em adotar justamente a tese marxista rechaçada de que o Direito é mero subproduto da Economia, e assim, ignorar o papel que o Direito tem, para o bem ou para o mal, como instrumento de transformação da realidade.

Essa verdadeira necessidade de se encampar os efeitos práticos na análise e no raciocínio jurídico será colocada em evidências pelos acadêmicos filiados ao movimento

⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 28.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Visão, 1985. p. 14.

¹¹ GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 10.

denominado Análise Econômica do Direito. No entanto, antes de analisar como a Teoria Econômica e o raciocínio jurídico podem caminhar juntos em busca de soluções mais eficazes, é preciso analisar como a Economia se manifesta no campo jurídico e como o Direito busca regular essas manifestações por meio do Direito Econômico e da Regulação da Economia.

2.2 A ORDEM ECONÔMICA E O DIREITO ECONÔMICO

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919, tiveram como intuito manifesto intervir na realidade econômica social por meio de políticas públicas e programas de governo.

Sob o ponto de vista social, a Constituição de Weimar previu direitos trabalhistas, previdenciários, de amparo à saúde, à maternidade e o direito à educação. Sob o ponto de vista econômico, previu como princípio da vida econômica, a justiça, com o objetivo de garantir uma existência digna para todos.

Conforme aponta Denise Auad¹², “a efetivação de direitos sociais tornou-se uma responsabilidade do Estado de natureza constitucional, possível de ser cobrada institucionalmente”, o que foi possibilitado pela “abertura do Parlamento à participação política das classes sociais menos privilegiadas, as quais passaram a exigir direitos de igualdade com mais força, em contraposição aos interesses da elite econômica dominante”.

A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar, de fato, representam marcos históricos: o início de um movimento expresso de constitucionalização da economia e de economicização das Constituições.

No centro dessa relação está o Direito Econômico, que floresceu durante o século XX com a promessa de disciplinar “as formas de interferência do Estado no processo de geração de rendas e riquezas da nação, com o fim de direcionar e conduzir a economia à realização e ao atingimento de objetivos e metas socialmente desejáveis”¹³.

A fim de melhor compreender esse movimento, que no Brasil culminou na promulgação da Constituição Federal de 1988, serão adiante abordados os contornos gerais dos conceitos de Ordem Econômica e Direito Econômico.

¹² AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 337-355, jan./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67809/70417/0>. Acesso em 20 mai. 2021.

¹³ FIGUEIRADO, Leonardo Vizeu de. **Direito Econômico**. São Paulo: MP Edições, 2006. p. 15.

2.2.1 A Ordem Econômica

Segundo Vital Moreira, “ordem econômica é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta”¹⁴, de maneira que o modo de organização de determinada economia em uma época específica determina os contornos de sua ordem econômica.

Eros Grau recorda que a normatividade da ordem econômica liberal era baseada no pressuposto de que a ordem econômica do mundo do ser não merecia reparos, bastando definições constitucionais sobre a propriedade e o contrato, e poucas definições infraconstitucionais confirmadoras do capitalismo concorrencial. Desse modo, a ordem econômica liberal apenas recebia e acolhia a ordem econômica praticada no mundo real.¹⁵

Porém, o paradigma do Estado Liberal, de características patrimonial e individualista, fundamentado especificamente nos direitos de propriedade e na autonomia privada, restou superado. Surgiu a Constituição Econômica, um plano normativo-material global do Estado e da sociedade, que determina tarefas, estabelece programas e define fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade.¹⁶ Fins estes que não se resumem em garantir a o respeito pela propriedade e pela autonomia privada, valores fundamentais do Estado Liberal.

Essas características podem ser encontradas na Constituição Federal de 1988. O artigo 1º estabelece como fundamentos da República, entre outros, a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (inciso III) e o valor social do trabalho (inciso IV). O artigo 3º prevê como seus objetivos, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária (inciso I); a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III); e a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação (inciso IV).

Trata-se de transformação que ocorre no momento em que as ordens econômicas do dever ser, já instaladas em nível constitucional, passam a instrumentar a implementação de políticas públicas no intuito não só de preservar, mas de aprimorar a ordem econômica do mundo do ser.¹⁷ E nessa missão constitucional o Direito Econômico passa a ser uma ferramenta fundamental.

¹⁴ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973, p. 67.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A economia na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. Malheiros: São Paulo, 2008.

¹⁶ *Ibidem*, p. 76.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 72.

2.2.2 O Direito Econômico

Segundo Norberto Bobbio, “a experiência jurídica é uma experiência normativa”¹⁸. Ou seja, o Direito atua por meio de normas que podem ser aquelas positivadas, extraídas de entendimentos jurisprudenciais, dos usos e costumes, dos contratos, entre outros. Normas estas destinadas a regular o comportamento humano e sancionar o seu descumprimento por meio do uso do aparato de coerção estatal (a justiça, a polícia, o fisco, etc.).

A respeito especificamente do Direito Econômico, Orlando Gomes leciona que esse não é um ramo estritamente autônomo do Direito. Desenvolve-se, sim, em uma zona intermediária entre o direito público (que trata das relações entre o Poder Público e os cidadãos) e o direito privado (que trata das relações entre particulares).¹⁹

Luís Solano Cabral Moncada ressalta que o Direito Econômico é “direito público e direito da economia, o que lhe confere desde logo uma vocação interdisciplinar”²⁰. Essa característica pode ser aferida por meio da constatação de que o Direito Econômico engloba regras de direito civil, comercial, administrativo, penal, tributário, entre outros ramos do Direito.

Para Orlando Gomes, o que caracteriza a identidade entre regras de tão diferentes naturezas sob a denominação de Direito Econômico é uma unidade tríplice: de espírito, de objeto e de método.²¹ Pode-se dizer, portanto, que a identidade entre as normas do Direito Econômico verifica-se no fato de que têm justificativas equivalentes, atuando de semelhantes formas, na busca do mesmo fim. Fim este que pode ser definido, no plano constitucional, como o cumprimento, pelo Estado, do papel que a Constituição Federal lhe impõe, nos termos do seu artigo 174: agente normativo e regulador da atividade econômica.

Diante dessas considerações, o Direito Econômico pode ser definido como o ramo do Direito que engloba “todas as regras de finalidade interventiva na economia e todo o direito aplicável às relações econômicas”.²²

Seguindo essa linha de pensamento, Moncada ressalta o papel positivo da norma jurídica na conformação da vida econômica e social e a diminuição da separação entre o direito público e o direito privado. Segundo o jurista português, mediante a funcionalização da

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001. p. 23.

¹⁹ GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 4.

²⁰ MONCADA, Luis Solano Cabral de. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 9.

²¹ *Ibidem*, p. 5.

²² GOMES, Orlando; VARELA, Antunes, *op. cit.*, p. 24.

autonomia privada à vontade dos poderes públicos, conforma-se e condiciona-se o exercício da vontade privada em ordem a interesses que assume em nome dos princípios da solidariedade social e outros. Exprime-se, assim, em limites normativamente impostos à autonomia privada.²³

Assim, o Direito Econômico passa a ser instrumento de formatação da Ordem Econômica, inclusive mediante a sujeição da autonomia privada aos fins sociais e desígnios do Estado. Entre esses objetivos estão inclusos, obviamente, aqueles elencados pelo artigo 3º da Constituição Federal, os “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”. No tocante ao exercício da atividade econômica, adquire destaque a garantia do desenvolvimento nacional, previsto pelo inciso I, do artigo 3º.

Segundo Orlando Gomes, ainda na década de 1970, “a salvação do homem pelo desenvolvimento econômico vem apertando o interesse de se utilizar o Direito para institucionalizar relações sociais mais justas e equitativas”. No Brasil, essa busca expressa pelo desenvolvimento adquiriu contornos prioritários já na Constituição de 1967 que, sem seu artigo 157, previa o “desenvolvimento econômico” como um dos princípios da ordem econômica.

Cabe abrir parênteses para destacar que o “desenvolvimento nacional” objetivado pelo Estado brasileiro à luz da Constituição de 1988, não é sinônimo de desenvolvimento “econômico”, tampouco de “crescimento econômico”. José Eli da Veiga²⁴ estabeleceu uma classificação tripartite acerca dos entendimentos sobre o que seria o desenvolvimento. Segundo ele, as noções de que o desenvolvimento seria sinônimo de crescimento econômico, bem como de que o desenvolvimento global sustentável seria um mito, mostraram-se ultrapassadas.

Ainda que não expresso de forma específica na Constituição Federal, vige hoje a noção de que o desenvolvimento não tem conotação apenas econômica e relaciona-se com objetivos relativos às liberdades, à cultura, ao meio-ambiente, entre outros. Trata-se de desenvolvimento sustentável, termo colocado em foco em 1987, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, da Assembleia das Nações Unidas.

Conforme apontam Luciano Elias Reis e Camila Backes, “o conceito de desenvolvimento sustentável tem como ideia principal aquele que consegue atender as necessidades do presente, mas sem comprometer as futuras gerações de atenderem as suas

²³ MONCADA, op. cit.

²⁴ VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

próprias necessidades”²⁵. Como exemplo da adoção desse conceito e da encampação desse objetivo no âmbito do direito administrativo brasileiro, apontam os referidos autores a alteração do *caput* do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, para arrolar entre os objetivos das licitações a “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”.

Não há dúvidas, portanto, acerca da missão estatal de conformar os quadros das atividades econômicas em busca de objetivos constitucionalmente previstos, entre eles, o desenvolvimento nacional, assim entendido como “desenvolvimento nacional sustentável”. Entretanto, no mundo dos fatos ou, nas palavras de Eros Grau, no mundo econômico do ser, essa atividade estatal comumente se mostra problemática em virtude dos efeitos causados pela atuação do Estado na normatização e regulação da atividade econômica.

Nem sempre essa missão estatal logra atingir os fins esperados. Na tentativa de cumprir com sua missão constitucional, ao lidar com as chamadas “falhas de mercado”, o Estado cria “falhas de governo”, conceitos que serão adiante abordados. Por ora, basta perceber que, por vezes, a atuação dos agentes estatais gera resultados contrários aos objetivos do Estado. Em outras oportunidades, a proliferação de normas dificulta ou mesmo inviabiliza o exercício de atividades econômicas em determinadas situações. Orlando Gomes, ainda na década de 1970, já alertava para as consequências negativas da mudança de paradigma do Direito introduzida pela proliferação do Direito Econômico como instrumento de concretização de uma política econômica e social²⁶.

Para o cumprimento dos objetivos da presente dissertação, é necessário abordar o tema da Regulação da Economia, a fim de verificar, no último seu capítulo, de que forma essa dicotomia se manifesta no âmbito do setor portuário brasileiro.

2.3 A REGULÇÃO DA ECONOMIA E O PAPEL DO MERCADO

No decorrer do século XX, o regime democrático e o mecanismo de mercado emergiram, respectivamente, como sistema político e sistema econômico preferenciais no mundo ocidental. O processo histórico que envolveu a vitória dos aliados na primeira guerra mundial, a derrota de Alemanha, da Itália e do Japão na segunda guerra mundial, e a dissolução

²⁵ REIS, Luciano Elias e; BACKES, Camila. A licitação pública e sua finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-19, ago-dez. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em 25 mai 2021.

²⁶ GOMES, Orlando; VARELA, Antunes, op. cit., p. 21.

da União Soviética, culminou em um contexto político e econômico que fez Francis Fukuyama declarar o “Fim da História”.

Entre as décadas de 1980 e 1990, as atuações de Margareth Thatcher, no Reino Unido, e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos, lideraram um processo de liberalização econômica no Ocidente também conhecido como neoliberalismo. Por um lado, já se percebia a incapacidade estatal para gerir a economia atuando diretamente. Por outro lado, demandas relacionadas aos interesses sociais fizeram com que a atuação estatal passasse a ocorrer de maneira indireta, por meio da regulação econômica de alçada de entidades administrativas de caráter técnico e regime jurídico especial, baseado na autonomia financeira, administrativa e decisória. No entanto, esse desenho institucional ainda gera diversas discussões a respeito do nível desejável de livre-iniciativa e do papel do mercado no mundo atual.

Amartya Sen, economista indiano laureado com o prêmio Nobel de economia no ano de 1998, publicou no ano seguinte “Desenvolvimento como Liberdade”. Nessa obra, Sen procura demonstrar o papel das diferentes formas de liberdade no combate a problemas relacionados com a privação, destituição e opressão, como parte central do processo de desenvolvimento²⁷.

Ao tratar dos aspectos institucionais do desenvolvimento em relação com os méritos do mecanismo de mercado, Sen ressalta a importância dos resultados que este produz, como, por exemplo, as rendas e utilidades geradas. Por outro lado, aponta que “o argumento mais imediato em favor das transações de mercado baseia-se na importância fundamental da própria liberdade”²⁸.

Ele argumenta que, na avaliação de mercados, estando ausentes imperfeições relativas ao nível de competição existente e certas circunstâncias factuais (como a indisponibilidade de informações ou a presença de economias de grande escala), os seus méritos na obtenção de eficiência econômica têm sido demonstrados por meio de modelos clássicos de equilíbrio geral²⁹. Modelos que lançam seu foco sobre os resultados do mercado em um contexto habitado por seres humanos apáticos e autointeressados que têm “poucas oportunidades para rir e celebrar”³⁰.

²⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 9

²⁸ Ibidem, p. 151

²⁹ Ibidem, p. 157

³⁰ HÉNNAF, Marcel. Gift, Market and Social Justice. In: GOTOH, Reiko; DUMOUCHEL, Paul (eds.). **Against Injustice: The New Economics of Amartya Sen**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 55.

Com efeito, o afastamento do *homo economicus* como postulado econômico, especialmente quando se analisa as relações entre a economia, o direito e a ética, é uma das mais importantes mensagens de Amartya Sen, conforme bem notado por Philip Pettit.³¹

Em “Desenvolvimento como Liberdade”, Sen contrapõe esse tipo de análise na medida em que não usa as utilidades como critério essencial, tampouco o *homo economicus* como modelo de conduta, para o estudo da eficiência dos mecanismos de mercado. Ao contrário, sua atenção está voltada para a “liberdade substantiva de realizar”³². Desse modo, “dada a escolha sagaz por parte dos indivíduos, a eficiência em utilidades individuais tem de ser, em grande medida, dependente da oferta aos indivíduos de oportunidades adequadas dentre as quais eles podem escolher”³³.

Disso decorre a importância intrínseca da liberdade no mercado como garantia da existência (em quantidade e qualidade) de oportunidades de realização dos desígnios individuais. Além disso, Sen também ressalta o papel do Estado de contribuir para a garantia do bom funcionamento dos mercados e do cumprimento de seu papel social.

No quinto capítulo da obra “Desenvolvimento como Liberdade”, intitulado “Mercados, Estado e Oportunidade Social”, Amartya Sen se debruça sobre as virtudes do mecanismo de mercado e a necessidade do exame crítico do seu papel. Ele ressalta que o pioneiro da economia política e do liberalismo econômico, o escocês Adam Smith, já no século XVIII enveredou pela investigação das circunstâncias econômicas em que “instituições desvinculadas do mercado seriam muito necessárias para suplementar o que os mercados podem fazer”.³⁴

Tal necessidade decorreria do choque que em determinadas circunstâncias pode ocorrer entre as motivações do lucro privado e os interesses sociais, bem como do caráter inconstante da relação entre os mecanismos de mercado e o papel do governo e de outras instituições políticas e sociais.

Citando ex-presidente do Banco Central, James Wolfensohn (1985-1995), Amartya Sen aponta para a relevância de uma “estrutura de desenvolvimento ampla”, que envolve instituições que se reforcem mutuamente, a rejeição de “uma visão compartimentada do

³¹ PETTIT, Philip. Neorepublicanism and Sen’s economic, legal, and ethical desiderata. In: GOTOH, Reiko; DUMOUCHEL, Paul (eds.). **Against Injustice: The New Economics of Amartya Sen**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 137.

³² SEN, Amartya, op. cit., p. 158.

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, p. 165.

processo de desenvolvimento (por exemplo, optar pela ‘liberalização’ ou por outro processo único que leve diretamente para uma meta traçada)”³⁵ e um indispensável enfoque sobre a ampliação de oportunidades sociais.

Esse pensamento se coaduna com afirmação constante do prefácio de “Desenvolvimento como Liberdade” no sentido de que a expansão da liberdade é o principal fim e o principal meio do desenvolvimento, e que esse consiste na “eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercerem ponderadamente sua condição de agente”³⁶ (a liberdade individual condicionada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas).

Percebe-se que Amartya Sen se preocupa tanto com a garantia de liberdade de mercado, quanto com a expansão das liberdades instrumentais, ou seja, com direitos e oportunidades que contribuem com o aumento da liberdade humana em geral, da capacidade geral de cada pessoa para que possa viver como deseja e, conseqüentemente, para o processo de desenvolvimento. No entanto, não deixa de ressaltar as falhas de mercado e a importância da atuação estatal no seu enfrentamento.

Isso porque, apesar de seus méritos, os mercados apresentam, sim, problemas. Porém, são problemas que não surgem da existência dos mercados em si, mas sim, de situações como a ausência de regulamentação de atividades que permitem a utilização de vantagens assimétricas para gerar benefícios privados em prejuízo dos interesses sociais.³⁷ A saída seria “lidar com esses problemas não suprimindo os mercados, mas permitindo-lhes funcionar melhor, com maior equidade e suplementação adequada”.³⁸

Nesse sentido, cabe frisar que a Constituição Federal, ao tratar da ciência, tecnologia e inovação, estabelece que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”.

De um lado, é preciso garantir a liberdade dos mercados, eis que a livre-iniciativa é fundamento da República (artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal) e da ordem econômica (artigo 170, inciso IV). De outro, os demais co-princípios constitucionais forçam o Estado a garantir que o mecanismo de mercado incremente as liberdades instrumentais, ou seja, os

³⁵ Ibidem, p. 169

³⁶ Ibidem, p. 10.

³⁷ Ibidem, p. 189

³⁸ Ibidem.

direitos e oportunidades que contribuem com o aumento da liberdade humana e possibilitam que as pessoas possam aproveitar as oportunidades geradas pelo processo de desenvolvimento, entre eles: cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, busca pelo pleno emprego, entre outras.

Para fins da presente dissertação, toma-se o pensamento de Amartya Sen, a fim de abordar a Regulação da Economia sob o pressuposto de que se trata de um instrumento (ou um conjunto de instrumentos, ou uma lógica de atuação estatal) para a garantia do papel do mercado, de acordo com os objetivos fundamentais da República e dos princípios da Ordem Econômica, previstos pela Constituição Federal.

2.3.1 A Regulação da Economia como garantia do cumprimento do papel do mercado

No ordenamento jurídico brasileiro, o Estado exerce a regulação por meio da competência normativa primária ou por meio de competências normativas de cunho administrativo. A competência normativa primária consubstancia-se no processo legislativo previsto pelo artigo 59 da Constituição, fundamento do Estado democrático de direito e, por conseguinte, pautado pelo princípio da legalidade.

Por outro lado, as competências normativas de cunho administrativo, no que se refere à intervenção no domínio econômico, são exercidas por entes da administração pública indireta, entre eles, as agências reguladoras. Sua função é instrumentalizar, por meio de atos administrativos, as previsões legais que tratam da intervenção estatal na economia.

Após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro passou por uma Reforma Gerencial promovida na década de 1990. Seu intuito era diminuir a atuação direta do Estado no domínio econômico, passando a coordenar e disciplinar a prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas em sentido estrito pela iniciativa privada. A intervenção do Estado passou, então, de direta, para regulatória, com a delegação de poderes às agências reguladoras, entes da administração pública indireta com competência para regular setores determinados da economia.

Em que pese a Reforma Gerencial ter apresentado como pauta principal a preocupação com a eficiência, é preciso ter em mente que a intervenção do Estado na ordem econômica não pode descuidar dos ditames constitucionais previstos pelos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal. São valores fundamentais buscados pelo Estado e que não necessariamente vão ao encontro da eficiência econômica.

Luis Roberto Barroso aponta que o fundamento da autonomia funcional e financeira, é que o regime de autarquia especial, proporciona as condições para que as agências reguladoras possam desempenhar adequadamente seu papel, livrando-as de ingerências externas inadequadas, especialmente por parte do Poder Público³⁹.

É nessa seara que surgem discussões a respeito do déficit democrático que envolve a atuação dessas entidades. Afinal, conforme afirma Moncada, a atuação dos órgãos reguladores gera orientações não estatais para a atividade econômica. Trata-se, nas suas palavras, de “Direito sem Estado”⁴⁰. A esse respeito, Egon Bockmann Moreira aponta que “a atuação das agências reguladoras efetivamente contempla um déficit democrático, pouco importa o conceito de democracia que se tenha”⁴¹.

Conforme será abordado no capítulo 4 da presente dissertação, esse problema foi tratado pelo legislador ordinário ao introduzir no ordenamento jurídico nacional a figura da Análise de Impacto Regulatório, importante para a garantia de participação e controle social no âmbito das agências reguladoras.

Por ora, é importante ter em mente a questão do déficit democrático que envolve a regulação da economia ao se tratar dos conceitos de falhas de mercado e de falhas de governo.

A teoria das falhas de mercado justifica a intervenção do Estado Regulador em busca da mitigação de disfuncionalidades e da garantia do equilíbrio interno do mercado regulado. Em consonância com a teoria do interesse público, Humberto Alves de Campos frisa que “a regulação é instituída com o propósito de defender o interesse público contra perdas de bem-estar associadas às falhas de mercado”⁴². No mesmo sentido, aponta o pensamento de Floriano de Azevedo Marques, que defende a ampliação da função reguladora conforme a teoria das falhas de mercado, para que, além de garantir o equilíbrio do mercado, esteja pautada por objetivos de ordem social que são inatingíveis pela atuação exclusiva da iniciativa privada⁴³.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: **Agências reguladoras**. MORAES, Alexandre de Moraes de (Org.). São Paulo: Atlas, 2002. p. 121.

⁴⁰ MONCADA, op. cit.

⁴¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e “Elaboração Processual de Normas”. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 161-206.

⁴² CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 281-303, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/702/572>. Acesso em: 14 jul 2021.

⁴³ Ibidem.

Por outro lado, as falhas de governo podem ser conceituadas como resultados da ação de Estado regulador que geram ‘mais perdas de bem-estar e eficiência econômica que as falhas de mercado, que a ação regulatória do estado procura superar’⁴⁴. No cenário nacional, Lúcia Helena Salgado aponta como exemplo de falha de governo os problemas que usuários de transporte aéreo enfrentaram a partir do acidente com o voo da Gol-1907, em 29 de setembro de 2006. Segundo ela, tais efeitos decorreram de ações do antigo Departamento de Aviação Civil (DAC), especialmente a portaria 243/GC5/2003 que dispôs sobre “medidas destinadas a promover a adequação da indústria de transporte aéreo à realidade do mercado”⁴⁵.

Essas ações acabaram gerando um “cenário de incongruência entre empresas aéreas orientadas exclusivamente pela maximização de seus lucros e infra-estrutura comandada pela lógica estatal”, o que resultou em concentração de vôos nos principais aeroportos do país e, conseqüentemente, em deterioração da malha aeroviária, com a redução da cobertura dos serviços aéreos no espaço nacional, gerando perdas de bem-estar, em razão da redução da universalidade do serviço”.

Desse modo, as falhas de governo ganham espaço no âmbito das discussões sobre a Regulação da Economia. Ao analisar-se os contornos da atividade reguladora, percebe-se a importância do estudo das falhas de mercado, entre elas, a chamada captura da regulação.

Em 1971, George J. Stigler publicou o artigo intitulado *The theory of economic regulation*, cuja tese central era de que “a regulação é adquirida pela indústria e é desenhada e operada primariamente para o seu benefício”. Posteriormente, essa formulação foi criticada e desenvolvida por outros teóricos, especialmente no sentido de que existem diversos grupos lutando por uma regulação mais benéfica em seu favor, em detrimento de outros grupos. Entre eles, destaquem-se os consumidores, mas também grupos políticos que se utilizam de instituições extrativistas (conceito abordado mais adiante) em seu benefício pessoal ou político-partidário.

Em que pese essas evoluções, o que não mudou é que a assimetria de informações pressuposta pela Teoria da Captura representa o risco da criação de relações entre o agente regulador e os regulados, que podem resultar em restrições ao acesso de novos *players* aos setores regulados. Esse prejuízo competitivo pode livrar o regulado da preocupação com a eficiência, a despeito do interesse público.

⁴⁴ SALGADO, Lucia Helena. **Caos aéreo e tragédia dos comuns: falhas de mercado e de governo**. Texto para Discussão, nº 1388, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2009. Disponível em:

⁴⁵ CAMPOS, Humberto Alves de, op. cit.

Nesse cenário, criam-se dificuldades para o atendimento das necessidades técnicas essenciais à eficiência de setores da economia complexos como os de infraestruturas. No tocante especificamente ao setor portuário, frisa-se que esse demanda uma racionalidade própria do século XXI, atenta ao sistema de economia industrial de logística internacional, em que os portos são peça-chave.⁴⁶ Especialmente diante do fato de que, conforme será abordado no capítulo 4, vige no setor portuário a diretriz de fomento à concorrência.

2.3.2 Regulação da Economia e concorrência

Calixto Salomão Filho⁴⁷ aponta a concorrência como sendo o valor mínimo para a garantia da liberdade de escolha e informação o mais abundante possível para o consumidor. Ressalta, entretanto, que afirmar sua importância como garantia mínima não significa afirmar sua suficiência como objetivo regulatório. No entanto, a Regulação Econômica no Brasil encontra dificuldades históricas que dificultam até mesmo a concretização dessa garantia mínima.

É que a concentração econômica é uma característica da ordem econômica nacional desde os tempos coloniais, quando existia um monopólio da Metrópole sobre o Brasil-colônia, para o fornecimento de produtos de consumo. Após a independência, a importação de bens de consumo passou a ser monopolizada pelos grandes comerciantes de escravos. Com a passagem para uma economia industrial, o grande volume de capitais necessários para investir na substituição de importações fez com que o poder financeiro detido por aqueles que já exploravam a monocultura exportadora se transformasse diretamente em poder econômico na economia industrial.⁴⁸

Com o aparecimento dos planos desenvolvimentistas brasileiros, novamente Calixto Salomão Filho aponta que, “sua política-mestra é o incentivo da grande empresa brasileira, de modo a proporcionar-lhe poderio econômico e escala suficiente para competir com as empresas estrangeiras”⁴⁹. Perpetua-se, assim, a falta de democratização da vida econômica e das estruturas do poder econômico no mercado.

⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei no 12.815/2013 e seus desafios**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 73-74.

⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 125.

⁴⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 130.

⁴⁹ Ibidem.

Com a abertura ao capital estrangeiro nos anos 1990, principalmente por meio das privatizações, Salomão Filho aponta a ocorrência de dois fenômenos relacionados à continuidade da concentração econômica. O primeiro é a oligopolização dos mercados. Em segundo, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), entre outras autoridades governamentais, passa a perseguir a concentração dos mercados e das empresas nacionais.

Impossível deixar de recordar a política das “campeãs nacionais”, iniciada pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Analisando-se os resultados da seleta lista de empresas privilegiadas, é possível perceber que grande parte das campeãs fracassaram⁵⁰. A Marfrig acumula prejuízos anuais. A LBR entrou em processo recuperacional em 2013, com uma dívida de R\$ 1 bilhão. Em 2017 a Oi bateu o recorde de maior recuperação judicial do país, com uma dívida de R\$ 65 bilhões. A JBS, apesar dos expressivos resultados, foi objeto de delações premiadas que sugerem que seu sucesso não decorreu exclusivamente de competência empresarial.

Salomão Filho já apontava que as consequências do movimento de “desaplicação do direito antitruste em nome da política governamental de desenvolvimento” seriam a acentuação da concentração das riquezas e o aumento da penúria social⁵¹.

Sob o ponto de vista da análise da constitucionalidade dessa política de eliminação da concorrência, especialmente à luz do artigo 170 da Constituição Federal, ele aponta que, se de um lado ela é contrária à livre iniciativa, de outro, não contribui para a promoção da justiça social. Assim, no âmbito da lógica regulatória, o raciocínio institucional não pode estar submetido exclusivamente aos objetivos de políticas econômicas.

Conforme se vê, as relações entre regulação da economia e a defesa da concorrência são complexas.

A Lei nº 12.529/2011 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), regulamenta a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico” (artigo 1º).

⁵⁰ CIGANA, Caio. **Maioria das empresas "campeãs nacionais" fracassou, mesmo com ajuda do BNDES.** Gaúcha Zero Hora, Porto Alegre, 26 mai 2017. Economia. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2017/05/maioria-das-empresas-campeas-nacionais-fracassou-mesmo-com-ajuda-do-bndes-9801547.html>. Acesso em 28 mai 2021.

⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 131.

Em relação às agências reguladoras, a Lei nº 12.529/2011 prevê o dever de cooperação e assistência com o CADE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência, sob pena de responsabilidade.

Nessa relação entre CADE e agências reguladoras, é oportuno notar o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgamento do REsp 1.390.875/RS, em 9 de junho de 2015, da relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. O recurso foi interposto em sede de Ação Civil Pública (ACP) ajuizada em face de distribuidoras de gás em Porto Alegre e Canoas (Rio Grande do Sul), sob a alegação de formação de cartel mediante a prática de preços tabelados e rodízio para a comercialização de produtos. O acórdão do STJ reformou decisão do Tribunal Regional da 4ª Região (TRF4) sob o entendimento de que as práticas imputadas às distribuidoras não só estavam de acordo, mas seriam a única conduta possível, de acordo com a regulação setorial.

Segundo o STJ, por conta de doutrina do *State Action Doctrine*, uma conduta não configura infração à ordem econômica se a) houver regulação estatal a seu respeito; b) tal regulação tenha por objetivo atender a uma finalidade de política pública e c) o Estado efetivamente obrigue e supervisione o cumprimento da regulação

Essa decisão do STJ contrasta flagrantemente com entendimentos extraídos dos processos administrativos 08000.007754/95-28 e 08012.003267/2007-14 do CADE, segundo os quais o CADE tem competência para julgar questões regulatórias que acarretem efeitos, ainda que potenciais, sobre a concorrência, as chamadas “falhas do regulador”. Esse pensamento reflete uma evolução da jurisprudência do CADE no sentido de atuar de forma mais abrangente na aplicação do antitruste em setores regulados, inclusive para substituir a própria regulação. Os julgados ainda levam à conclusão de que “o CADE tem alçado a proteção da concorrência a um patamar superior à definição de políticas públicas por um dos poderes soberanos”.

Questão que se revela ainda mais complexa é a relação entre o CADE e a agência reguladora que atua sob um marco regulatório que prevê expressamente o fomento da concorrência como diretriz do mercado regulado, como é o caso do setor portuário brasileiro sob a égide da Lei nº 12.815/2013.

Conforme será visto no capítulo 4, a Nova Lei dos Portos arrola entre suas diretrizes o estímulo à concorrência e a repressão a qualquer prática prejudicial à competição. Como a regulação poderá auxiliar na missão de se atingirem esses objetivos, em um cenário histórico de concentração econômica e desestímulo à concorrência será um dos temas abordados adiante.

Antes disso, porém, é preciso introduzir o método que será utilizado na análise da relação entre meios e fins positivados pelo novo marco regulatório dos portos, e os seus efeitos práticos observados até o momento. Trata-se da Análise Econômica do Direito, especialmente sob o foco da escola da Nova Economia Institucional.

2.4 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Atualmente os juristas são uníssimos no sentido de que as tradicionais ferramentas da hermenêutica jurídica não são suficientes para guiar o debate acerca de temas que envolvem diretamente o Direito e a Economia. Isso porque, os debates jurídicos realizados com base em uma hermenêutica jurídica “pura” tendem a ser pautados em conceitos e categorias muitas vezes abstratos, frutos de construções teóricas dissociadas da concretude da realidade e das demandas da ordem econômica e social.

Diante disso, procura-se utilizar na presente dissertação o instrumental desenvolvido pela Análise Econômica do Direito (AED), que aproxima o Direito e a Economia e contribui para o desenvolvimento de ambas as ciências, levando em consideração a intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos.

Amartya Sen⁵², ao tratar das relações entre Economia, Direito e Ética, faz uma esclarecedora reflexão acerca da importância da Economia para a compreensão da missão do Direito e do próprio conceito de justiça. Segundo ele, a importância da relação entre o Direito e a Economia reside no fato de que as relações econômicas funcionam em um mundo de relações humanas profundamente influenciadas pelo arcabouço jurídico em vigor, de modo que a prática do direito não pode deixar de levar em conta o impacto das decisões judiciais nas vidas humanas por meio de suas consequências econômicas. Nesse sentido, a combinação de raciocínio jurídico e análise econômica pode auxiliar na compreensão das extensas implicações práticas das demandas de justiça.

Não obstante, Sen aponta que as teorias econômicas específicas que foram organizadas na AED e têm sido amplamente utilizadas, são muitas vezes restritas e superficiais, baseadas na teoria da escolha racional, pautada no paradigma do *homo economicus*. Diante disso, a fecundidade do trabalho interdisciplinar depende muito da disposição em se enxergar toda a força de cada disciplina, seja do Direito, seja da Economia.

⁵² SEN, Amartya. Economics, Law, and Ethics. In: GOTOH, Reiko; DUMOUCHEL, Paul (eds). **Against injustice: the new Economics of Amartya Sen**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 39-54.

Com base nos pressupostos da teoria econômica neoclássica, a Economia forneceu uma teoria comportamental que auxilia na previsão das condutas que serão adotados pelos agentes econômicos em resposta à alteração da estrutura de incentivos promovida por uma lei. Porém, nem sempre essas previsões se mostram acertadas, pois os agentes econômicos nem sempre agem pautados pela racionalidade e maximização dos próprios interesses.

Essa superação do paradigma do *homo economicus* há anos vem sendo explorado pelos estudiosos da economia comportamental. Entre eles destaca-se o economista americano Richard Thaler, agraciado em 2017 com o prêmio Nobel de Economia. Já no ano de 2000, ele previu que a Economia presenciaria uma evolução do *homo economicus* ao *homo sapiens* ou, em outras palavras, que se tornaria cada vez relacionada ao comportamento humano. Nessa toada, os estudiosos das ciências econômicas passariam a estudar a cognição humana, a emoção humana e distinguiriam mais claramente entre teorias normativas e descritivas⁵³.

Confirmando a previsão feita por Richard Thaler há mais de 20 anos, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues demonstram que a previsibilidade decorrente dos paradigmas sustentados pela economia ortodoxa foi substituída pela necessidade de análise de uma série de fatores que bloqueiam a opção ótima. Nesse contexto, e ressaltando a estreita ligação entre a Economia e o Direito, apontam que a economia comportamental pode exercer um papel relevante na elaboração de políticas públicas, disponibilizando ao Estado Regulador mecanismos para a melhor formatação de uma arquitetura de incentivos⁵⁴.

Mesmo diante das limitações dos paradigmas da economia ortodoxa e da consequente necessidade de análise de variáveis nem sempre facilmente acessíveis (como as de natureza psicológica), a contribuição da análise econômica para o raciocínio jurídico não pode ser simplesmente descartada.

Na medida em que as leis são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes, a Economia pode fornecer padrões normativos importantes para uma devida análise – sob o critério da eficiência e à luz do conceito da escassez de recursos – da relação entre as leis e os objetivos esperados, em um primeiro momento e, em um segundo momento, entre a lei e os resultados efetivamente alcançados.

⁵³ Thaler, Richard, H. 2000. "From Homo Economicus to Homo Sapiens." *Journal of Economic Perspectives*, 14 (1): 133-141. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.14.1.133>. Acesso em: 19 mai. 2021.

⁵⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.456-471. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>. Acesso em 19 mai. 2021.

2.4.1 Evolução histórica da Análise Econômica do Direito

Nos últimos anos o Brasil tem presenciado um crescimento do interesse dos juristas pela AED. Nomes como Luciano Benetti Timm, Ivo Gico Jr., Bruno Salama, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Oksandro Gonçalves, Rachel Sztajn, Vinicius Klein, entre outros, deram suas contribuições para a difusão dessa nova perspectiva dentro dos cursos de direito no país. No entanto, esse não é um movimento novo.

Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn⁵⁵ apontam que a importância da abordagem interdisciplinar dos fatos sociais já era demonstrada por Adam Smith e Jeremy Bentham, no século XVIII. Smith estudou os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, enquanto Bentham buscou associar legislação e utilitarismo. Mais recentemente, o movimento ganhou corpo como uma escola de pensamento nos Estados Unidos da América, sob a designação de *Law and Economics*.

Oksandro Gonçalves⁵⁶ aponta que costuma associar-se a gênese da AED aos estudos de Thomas Robert Malthus, datados do final do século XVIII. Malthus colocou em contraste as medidas de controle social visando o combate à fome (em razão do aumento populacional e a consequente redução de capacidade produtiva de alimentos) e o comportamento omissivo da população desassistida, que recebia auxílio estatal decorrente da “lei dos pobres”.

No entanto, não há consenso a respeito do exato marco inicial da escola. Robert Cooter e Thomas Ulen⁵⁷ notam que até meados do século XX o direito já se socorria da economia, porém, limitando-se às áreas da lei antitruste, dos setores regulamentados, dos impostos e de indenizações monetárias. Eles apontam que a partir do início da década de 1960 a AED passou a ser utilizada em áreas tradicionais do direito como propriedade, contratos, delitos civis, direito e processo penal, e direito constitucional.

Importante notar que a AED passou a ganhar relevância como escola de pensamento justamente em um período de consolidação do Direito Econômico. Em 1936 o economista inglês John Maynard Keynes publicou a obra intitulada *The General Theory of Employment, Interest and Money*. Os efeitos da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e da Grande Depressão de 1929 (cujos reflexos se estenderam pela década de 1930) levaram Keynes a advogar pela superação do classicismo ortodoxo não-intervencionista. Segundo Everton das Neves

⁵⁵ SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2005.

⁵⁶ GONÇALVES, Oksandro. **Análise Econômica do Direito**. Curitiba: IESDE, 2020. p. 10.

⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 23.

Gonçalves⁵⁸, Keynes pregava “a intervenção do Estado na economia como forma de ser alcançado o reequilíbrio entre oferta e demanda, uma vez que estava provado, na prática, que aquela não sustentava e criava esta de forma automática”.

Posteriormente, o florescimento da AED foi impulsionado pela publicação de dois célebres artigos.

O primeiro deles foi publicado em 1960 pelo economista americano Ronald Coase, intitulado “*The problem of social cost*” ou “O problema do custo social”. Nesse artigo, Coase procurou analisar o problema das externalidades ou o custo que as interações econômicas geram para terceiros não diretamente envolvidos. Em outras palavras, conforme aponta Marcia Carla Pereira Ribeiro⁵⁹, a divergência entre os produtos privado e social (aqueles suportados por terceiros) de uma determinada transação. Segundo ela, Coase procurou demonstrar que, até em relação a terceiros que estejam sujeitos aos efeitos do negócio, seria possível “as discussões sobre arranjos sociais mais eficientes, ao invés da escolha maximizadora de cada parte ou da imposição governamental de determinada solução, sem se avaliar os custos e os benefícios de cada uma das possibilidades”⁶⁰.

Estava aberta a discussão sobre “como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social” e, conseqüentemente, o papel do Direito na determinação de resultados econômicos⁶¹, bem como na formatação do ambiente institucional.

No ano seguinte, em 1961, o economista italiano Guido Calabresi publicou o artigo intitulado “*Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”. Calabresi procurou demonstrar “a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja em âmbito legislativo ou judicial”⁶². A preocupação com a alocação de riscos e custos, e o conseqüente condicionamento de decisões, levou

⁵⁸ GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 409, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>. Acesso em: 21 mai. 2021.

⁵⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (orgs.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 64.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Princípios e Conceitos Fundamentais da Análise Econômica do Direito. In: MARÇAL; Antônio Cota; PIMENTA; Eduardo Goulart; NUNES, Maria Emília Naves; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). **Os Princípios na Construção do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁶² SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio, op. cit.

Calabresi a concluir pela necessidade de um mecanismo que conjugasse responsabilidade objetiva e imposição de multas (cíveis e criminais).⁶³ Por meio desse trabalho, Calabresi inseriu explicitamente a análise econômica no âmbito das questões jurídicas, e contribuiu para a difusão da AED.

Em 1973, o juiz americano Richard Posner concretiza a posição da AED no âmbito acadêmico por meio da publicação da obra *Economic Analysis of Law*. Segundo Everton das Neves Gonçalves⁶⁴, “este trabalho foi notório em um momento de reconstrução do Direito norte-americano constituindo-se em consolidação técnico-informativa de estudos prévios que passaram a ser, então, manipulados por economistas e juristas”. Posner trabalhou com a aproximação entre o Direito e a Teoria Econômica em áreas como o direito de propriedade, direito contratual e responsabilidade civil, além do direito constitucional, direito de família e direito penal.

Dentre as vertentes da AED, o trabalho de Posner firmou a chamada Escola de Chicago. Tido como o mais conservador dos enfoques da AED, os estudos desenvolvidos pelos afiliados a essa escola buscavam analisar as opções para o atingimento do máximo bem-estar segundo um critério utilitarista baseado na eficiência, segundo o Ótimo de Pareto ou pelo critério Kaldor-Hicks.

Além da Escola de Chicago, tida como a corrente principal e por vezes tomada como sinônimo da *Law and Economics*, outras escolas de pensamento da AED surgiram, como a Institucionalista, a Neoinstitucionalista ou Nova Economia Institucional, a Escola da Escolha Pública, as escolas da *Behavioral Law and Economics* (direito e economia comportamental), entre outras.

Para o que interessa aos fins da presente dissertação, passa-se ao estudo da AED sob a ótica da Nova Economia Institucional.

2.4.2 A Nova Economia Institucional

Segundo Bruno Salama⁶⁵, os trabalhos de Ronald Coase, *The Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*, publicados na década de 30 e 60, respectivamente, inspiraram

⁶³ MENEGUIN, Fernando Boarato; BUGARIN, Tomás T. S. O Dilema entre a Eficiência de Curto e de Longo Prazo no Ordenamento Jurídico e o Impacto no Crescimento Econômico. **RDU**, Porto Alegre, Volume 13, n. 74, 2017, 9-29, mar-abr 2017

⁶⁴ GONÇALVES, Everton das Neves, 1997.

⁶⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VILHENA, Oscar. DIMOULIS Dimitri (Orgs.). **Desenvolvimento e Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

estudiosos da Economia, da Ciência Política e do Direito a reexaminarem os pressupostos teóricos da economia neoclássica e suas repercussões na formulação de hipóteses, fazendo nascer a disciplina da AED. Esse movimento acabou por colocar as instituições no centro da discussão acerca dos fatores determinantes do desenvolvimento, orientação que pautou o surgimento da Nova Economia Institucional (NEI), cujo colaborador mais notório foi Douglass North, ganhador do prêmio Nobel de economia em 1993.

O papel das instituições é um importante pano de fundo para a AED, e é ressaltado pela compreensão de Richard Posner, que entende essa disciplina como “a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico”⁶⁶. Mais recentemente, Bruno Salama conceituou a AED como “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”⁶⁷.

Para melhor compreender o objeto da AED sob a ótica da NEI, importa frisar a concepção de Douglass North, para quem as instituições são as “regras do jogo”, cujo papel é “reduzir a incerteza, ao estabelecer uma estrutura estável (mas não necessariamente eficiente) para a interação humana”⁶⁸. E quando se trata de analisar a intervenção estatal no domínio econômico, é no mínimo imprudente relevar a relação entre o Direito e a Economia tendo em vista que, conforme observa Fábio Nusdeo, “os fatos econômicos dependem diretamente das instituições, ou seja, do conjunto de normas que os regem”.⁶⁹

Douglass North foi um dos pioneiros na análise da importância das instituições para o desenvolvimento da economia. Sob sua abordagem, a teoria econômica neoclássica não oferece ferramentas adequadas para analisar e propor políticas que fomentem o desenvolvimento, pois tem como foco o funcionamento dos mercados e não a maneira como se desenvolvem. O desenvolvimento econômico de uma dada sociedade teria como motor a sua estrutura de incentivos, consubstanciada nas suas instituições políticas e econômicas, em outras palavras, o ambiente institucional.⁷⁰

⁶⁶ POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, v. 53, n. 4, 1975.

⁶⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 4-58, 2008, p. 9. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: Último acesso em 23 mai. 2021.

⁶⁸ NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018, p. 14.

⁶⁹ NUSDEO, Fábio, op. cit., p. 24.

⁷⁰ NORTH. Douglas C. **Desempenho economico en el transcurso de los anos**. Disponível em: <https://hecomex1.files.wordpress.com/2013/01/north-1994.pdf>. Acesso em: 4 ago 2020.

As instituições são “quaisquer formas de restrição que os seres humanos engendram para moldar a interação humana”⁷¹, de modo que, por exemplo, no âmbito de discussão acerca do papel das agências reguladoras, a regulação por elas feita produz uma matriz de instituições jurídicas incidentes sobre a atividade econômica, que tem papel fundamental para o desenvolvimento da economia.

Daren Acemoglu e James Robinson afirmam que “os países apresentam diferenças em termos de êxito econômico em virtude de instituições distintas, das regras que regem o funcionamento da economia e dos incentivos que motivam a população”⁷². Segundo a sua ótica, as nações prósperas são aquelas regidas por instituições inclusivas, ou seja, que fomentam a atividade econômica, o aumento da produtividade e da prosperidade da economia, em oposição às instituições extrativistas, que tem como finalidade a extração da renda e da riqueza de um segmento da sociedade para o benefício de outro.

Douglass North apontou a importância do processo de evolução das instituições para a melhoria do ambiente institucional como motor da produção de bem-estar, o que ele chamou de “mudança institucional”⁷³. Porém, ressaltou que não há garantias a respeito de que o transcurso do tempo conduzirá inexoravelmente ao desenvolvimento. Isso porque as instituições econômicas são dependentes das instituições políticas, cuja reformulação é muito mais difícil e que, eventualmente, podem até mesmo barrar a evolução das instituições econômicas. Foi nesse sentido que o economista Abba Lerner (citado por Daren Acemoglu e James Robinson), ainda na década de 1970, apontou que a Economia conquistou o título de Rainha das Ciências Sociais ao escolher como domínio problemas políticos já resolvidos.⁷⁴

É interessante notar (diante do objeto da presente dissertação) que o interesse de North pela economia surgiu de sua experiência trabalhando em navios cargueiros da marinha mercante durante os primeiros anos da Segunda Guerra Mundial. No ano de 1968 ele publicou o artigo intitulado *Sources of Productivity Change in Ocean Shipping, 1600-1850*, em que analisou a evolução da produtividade da indústria de transporte marítimo de cargas no período entre 1600 e 1850.

⁷¹ NORTH, Douglass C., op. cit., p. 14.

⁷² ACEMOGLU, Daren; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 58.

⁷³ NORTH, Douglass C., op. cit., loc. cit.

⁷⁴ ACEMOGLU, Daren; ROBINSON, James, op. cit., p. 54.

Conforme Douglass North, o declínio da pirataria possibilitou que os navios mercantes deixassem de carregar pesados armamentos utilizados para a defesa naval e diminuíssem a tripulação, além de ter diminuído os custos com seguros. Esses fatos, aliados à evolução das práticas no comércio internacional, conformaram um ambiente institucional que possibilitou o aumento da produtividade identificado no período. Sua conclusão foi de que mudanças institucionais foram mais importantes para o aumento da produtividade nesse setor do que as inovações tecnológicas.

Diante disso, o mote da NEI é que as instituições podem evoluir e contribuir para o desenvolvimento e a geração de bem-estar. No entanto, o caminho oposto também pode ser trilhado.

Luigi Zingales, em obra recente, empreendeu uma tentativa de diagnosticar as razões que conduziram ao ápice da prosperidade econômica americana, as razões para o seu declínio e encontrar caminhos para o retorno ao seu sucesso⁷⁵.

Segundo Zingales, a chave do sucesso americano foi a existência de um ambiente institucional que proporcionou muito autonomia aos estados em contraposição a um fraco poder central. Esse ambiente institucional criou condições para a existência de um elevado grau de concorrência. Essas características fizeram com que o regime capitalista americano fosse visto como justo pela população e os diferenciais de renda e riqueza dele derivados fossem aceitos como resultante natural do mérito e do trabalho. Tudo isso em um sistema aberto e competitivo, que dava oportunidade a todos que quisessem trabalhar e prosperar, e que, se não extinguiu a desigualdade, logrou diminuir a pobreza de forma singular.

Entretanto, de acordo com Zingales, ao longo do tempo alguns fatores têm feito com que a economia americana venha perdendo essas características virtuosas. Em primeiro lugar, cresceu a participação do Estado na economia, direta e indiretamente, por meio da regulação. Em segundo lugar, verificou-se um processo de captura da regulação por meio de agentes reguladores que tendem a se aliar às indústrias que regulam. Em terceiro lugar, aumentou o grau de concentração da economia, situação caracterizada pela proeminência de grandes grupos econômicos que utilizam seu poder para influenciar a regulação em seu favor por meio do *lobby*. A consequência disso é uma profusão de grupos de interesse que passam também a demandar privilégios em um ciclo perverso, onde poucos ganham ao custo de muitos.

⁷⁵ ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicações, 2015.

Percebe-se que são fatores diretamente relacionados à atuação do Estado regulador e sua relação com a sociedade e os entes regulados. Nesse contexto, Luigi Zingales desenvolveu a concepção do “capitalismo de compadrio”. Segundo esse conceito, empresas com relacionamentos privilegiados junto aos órgãos da administração pública obtém, além de poder de mercado, elevado poder político, que lhes possibilita barrar a concorrência e, efetivamente, minar o sistema de livre mercado. Nas suas palavras, "numa economia socialista, o sistema político controla os negócios; num sistema de capitalismo de compadrio, os negócios controlam o processo político. Em ambos os casos, concorrência e liberdade diminuem. E sem concorrência, a vida econômica se torna injusta, favorecendo os bem-relacionados"⁷⁶.

Trata-se de efetiva captura da regulação pelos entes regulados, diante da existência de um mercado de oferta e demanda por regulação, no qual existirão grupos de interesse bem-sucedidos em seu esforço em adquirir uma regulação favorável, e outros frustrados.⁷⁷ Tudo em prejuízo do funcionamento salutar dos mercados e da melhoria do ambiente institucional.

De acordo com Zingales, a saída para tal situação seria o estabelecimento de um populismo positivo pró-mercado, cujo foco não seria a destruição do capitalismo, mas o reequilíbrio do sistema por meio do combate ao capitalismo de compadrio e suas elites, limitando o poder desproporcional das grandes empresas por meio das instituições.

As vicissitudes do capitalismo de compadrio também atingem o cenário brasileiro. Sérgio Lazzarini cunhou o conceito de “capitalismo de laços” para ilustrar “um modelo assentado no uso de relações para explorar oportunidades de mercado ou para influenciar determinadas decisões de interesse”⁷⁸ Trata-se de fenômeno análogo àquele identificado por Luigi Zingales nos Estados Unidos da América. Em ambos os casos, as relações estabelecidas entre a Administração Pública e os entes regulados tendem a privilegiar benefícios mútuos em detrimento da melhoria do ambiente institucional regulatório, do desenvolvimento econômico e da geração de bem-estar para a sociedade, tendo em vista que fulmina a concorrência por meio da concessão de privilégios injustificados.

Segundo Sérgio Lazzarini, a saída para tal situação seria o fomento de iniciativas que possam reduzir o grau de interferência política e o controle social das agências reguladoras.

⁷⁶ ZINGALES, Luigi, op. cit. p.25.

⁷⁷ COUTINHO, Diogo R. **Direito e Economia na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

⁷⁸ LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. **Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 4.

Tratam-se de visões que buscam inspiração na NEI, eis que colocam as instituições no centro de discussão a respeito do desenvolvimento. Diante disso, percebe-se a utilidade do uso da AED, sob a ótica da NEI, no estudo da intervenção estatal no domínio econômico por meio da regulação.

Para os objetivos da presente dissertação, esse foco da AED será lançado sobre o novo marco regulatório do setor portuário para, com base nos dados disponíveis, verificar se os objetivos da lei vêm sendo atingidos, de acordo com as mudanças institucionais promovidas por meio da previsão legal do Terminal de Uso Privado. Tal indagação é importante tendo em vista que nem sempre uma lei logra atingir a eficiência e, ao revés, pode introduzir distorções no mercado contrárias ao seu próprio espírito⁷⁹. Assim a resposta a esse questionamento indicará a eficiência ou não do instrumento legal adotado para o atingimento do fim perseguido pela lei.

Por fim, é importante esclarecer que o conceito de eficiência empregado na presente pesquisa é o da análise positiva entre meios e fins⁸⁰, segundo o qual uma lei é eficiente quando atinge os fins pretendidos.

⁷⁹ CRASWELL, Richard. Passing on the costs of legal rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships. *Stanford Law Review*, v. 361. 1991.

⁸⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Op. cit.*, p. 25.

3 INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES E DESENVOLVIMENTO

No presente capítulo busca-se analisar a relação entre a participação no comércio internacional e o desenvolvimento. Nesse contexto, são apresentados os desafios para o Brasil conseguir alcançar maior participação no comércio global, entre eles, a oferta insuficiente de infraestrutura de transportes, que se apresenta como um dos maiores obstáculos para o país alcançar esse objetivo. Além disso, será esboçado um histórico da infraestrutura de transportes no país, bem como um panorama sobre os investimentos públicos e privados nos setores de infraestrutura.

São passos necessários para que se identifique o ambiente institucional em que entrou em vigor a Lei nº 12.815/2013, tópico que será tratado no capítulo seguinte.

3.1 COMÉRCIO INTERNACIONAL, DESENVOLVIMENTO E O PAPEL DO BRASIL NO MERCADO GLOBAL

Desde a gênese da Teoria Econômica moderna, o comércio internacional é destacado como um fator primordial para o crescimento econômico. O processo de globalização trouxe ainda mais relevância para o seu papel como indutor do desenvolvimento.

No entanto, conforme os diagnósticos a seguir apresentados, o Brasil encara diversos obstáculos para atingir um papel de relevância no comércio global, mesmo sendo uma das maiores economias do mundo. Entre esses obstáculos estão os problemas de infraestrutura, inclusive, de infraestrutura portuária. Enfrentar esses problemas de forma responsável e com vistas às exigências econômicas e sociais é indispensável para que o Brasil fomente o desenvolvimento por meio de uma maior participação no comércio global.

3.1.1 Da subsistência ao comércio internacional

Durante muito tempo, entre os grandes desafios enfrentados pela humanidade estava a busca por alimentação. Primeiramente, por meio da caça e colheita, e depois por meio da agricultura e da pecuária. A revolução neolítica viu o homem tornar-se sedentário para cultivar a terra e criar rebanhos. Como uma forma de darwinismo social, a agricultura, pouco a pouco, se impôs por toda a parte desde que foi adotada, e as tecnologias mais produtivas tendiam a se impor a outras, por persuasão ou descoberta, ou pela força (sociedades mais bem alimentadas,

e portanto, mais numerosas, eliminavam as menores e mais fracas). Isso levou a uma espécie de tirania da produtividade, conforme aponta Daniel Cohen⁸¹.

A propagação da agricultura e da produtividade agrícola aumentou a densidade dos povoadamentos e a abundância decorrente do sedentarismo viabilizou a estocagem de alimentos e a possibilidade de alimentar uma classe ociosa que teve condições de criar tecnologias importantes e se concentrar em atividades como as ciências e o comércio. Desde então, a busca pelo estabelecimento de relações comerciais com outros povos esteve presente na história da humanidade.

Fenícios e gregos, durante a antiguidade, abriram rotas comerciais e desenvolveram tecnologias necessárias ao crescimento do comércio terrestre e marítimo. O Império Romano, com grande auxílio da sua máquina de guerra e do sistema de servidão, estabeleceu um sistema político destinado a manter o controle de rotas comerciais até que o desequilíbrio entre os recursos disponíveis e as necessidades se tornou evidente e desencadeou o seu declínio a partir do século V.

No século X, a Europa havia regredido a uma situação de quase subsistência. As ameaças externas eram constantes e a circulação de pessoas e mercadorias foi reduzida a quase nada. A Europa Carolíngia era inteiramente composta de campos habitados por camponeses, agrupados em vilas localizadas em torno do domínio senhorial, o que facilitava o monopólio da violência pelos senhores e a apropriação do excedente agrícola em espécie. O comércio de pessoas e mercadorias só foi retomado entre os séculos XI e XIII.⁸²

Diante desse contexto, Niall Ferguson, em sua obra “Civilização”⁸³, tentou apontar as causas que possibilitaram aos países do oeste europeu (principalmente Inglaterra, Portugal, Espanha, França, Itália e Alemanha) alçar a civilização ocidental a um papel de dominância econômica, cultural e política nos últimos cinco séculos. Especialmente diante do fato de que, ainda no século XV, esses países não eram capazes de fazer frente à grandeza da China. Naquele momento histórico, o país asiático ocupava uma posição de destaque em termos econômicos, militares, bem como em relação ao desenvolvimento das ciências, medicina e das artes.

Também em torno do século XV, o Islã ocupava uma posição de proeminência. Porém, diferentemente da China, criou uma civilização multiétnica, multirracial e internacional.

⁸¹ COHEN, Daniel. **A prosperidade do vício: uma viagem (inquieta) pela economia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 26.

⁸² *Ibidem*, p. 31.

⁸³ FERGUSON, Niall. **Civilização: Ocidente x Oriente**. 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2012.

Conforme aponta Bernard Lewis, o Islã era uma potência militar, econômica, cultural, científica e artística, e a “Europa medieval foi aprendiz e em certo sentido dependente do mundo islâmico, tendo de recorrer a versões árabes até para obras gregas de outro modo desconhecidas”⁸⁴.

De fato, a Europa do século XV ainda enfrentava diversos desafios decorrentes de séculos anteriores em que foi assolada por crises políticas, sociais, sanitárias e de abastecimento. A baixa idade média em diversos momentos foi marcada pela fome, revoltas sociais, guerras e a peste negra. Esses acontecimentos levaram a Europa a uma situação nada invejável para a China e o Islã, que desfrutavam de condições sanitárias, econômicas e sociais mais favoráveis.

Mas então, volta-se à questão formulada por Niall Ferguson: como foi possível aos países do oeste europeu suplantarem a China e o Islã, levando ao resto do globo e popularizando as características da civilização ocidental pelo mundo afora? Os fatores foram diversos, porém, nas análises que tratam a respeito dessa questão há um ponto comum: a abertura da rota marítima entre a Europa e a Ásia.

Bernard Lewis nota que a viagem de Vasco da Gama em torno da África, passando pelo Cabo da Boa Esperança, acompanhando do desenvolvimento das embarcações utilizadas, abriu caminho para o declínio comercial e econômico do Islã, que dominava (juntamente com o Império Otomano e Veneza) a rota terrestre utilizada para o comércio de especiarias como a pimenta, a noz-moscada e o açúcar⁸⁵, com a Europa.

Segundo Niall Ferguson, a “emergência do ocidente” só foi possível em razão de 6 fatores desenvolvidos pela assim chamada “civilização ocidental”: a revolução científica, os direitos de propriedade, a medicina moderna, a sociedade de consumo, a ética de trabalho e a competição. Entre esses fatores, entretanto, aponta que a competição foi o passo inicial para a emergência da hegemonia da civilização ocidental, processo inicialmente marcado temporalmente pela histórica viagem de Vasco da Gama. A competição foi o principal motor do desenvolvimento do capitalismo e do fragmentado sistema europeu de Estados nacionais modernos.

Daniel Cohen⁸⁶ observa que, após a queda do Império Romano, estabeleceu-se forte rivalidade entre as novas potências europeias para ocupar esse espaço vazio. No entanto, nenhuma delas conseguiu reestabelecer a ordem imperial. Nesse contexto, surgiu o Estado-

⁸⁴ LEWIS, Bernard. **O que deu errado no Oriente Médio**. 1ª ed. São Paulo: Zahar, 2002, p. 11.

⁸⁵ Ibidem, pp. 19-20.

⁸⁶ COHEN, Daniel, op. cit., p. 40.

nação, meio termo entre a cidade-Estado e o Império. As novas potências europeias ficaram, assim, relegadas no interior de suas fronteiras, em competição entre elas. Essa permanente tensão baseada na competição foi um importante fundamento do dinamismo geopolítico europeu. Foi também a pedra de toque para explorações marítimas destinadas a abrir novos mercados, como aquela capitaneada por Vasco da Gama, que iniciaram um processo contínuo de crescimento econômico dos países do oeste europeu.

Desde então, diversos fatores impactaram e fizeram aumentar a importância do comércio internacional para os países: os avanços tecnológicos, industriais e de transportes, a globalização, o desenvolvimento das corporações multinacionais, o outsourcing. O que não mudou foi a percepção de que o comércio internacional é um fator importante na busca pelo desenvolvimento.

3.1.2 Comércio internacional e desenvolvimento

Adam Smith já em 1776, na sua obra “A Riqueza das Nações: investigação sobre a sua natureza e suas causas”, destacou a importância do comércio internacional com base na teoria das vantagens absolutas. Sob sua ótica, cada país deveria se concentrar na produção dos bens que lhe oferecem vantagem absoluta. Os excedentes do consumo interno deveriam ser exportados a fim de que a receita decorrente fosse utilizada para importar os bens produzidos em outros países. Desse modo, o bem-estar social seria elevado, eis que a efetivação dessas trocas aumentaria a capacidade de consumo dos países envolvidos⁸⁷.

David Ricardo e Robert Torrens aprimoraram a teoria focando não nas vantagens absolutas, mas sim, nas vantagens comparativas, estas baseadas em fatores como a produtividade, clima e ambiente de cada nação⁸⁸.

Essas teorias tradicionais, não obstante sua importância teórica e história, foram objeto de contestações e aprimorações ao longo do tempo, passando por Jacob Viner, John Stuart Mill, Eli Heckscher e Bertil Ohlin, Staffan Linder e Raymond Vernon, entre outros. Já no final do século XX, Michael Porter propôs uma nova abordagem, também baseada nas vantagens

⁸⁷ COUTINHO, Eduardo Senra et al. De Smith a Porter: Um ensaio sobre as teorias de comércio exterior. **Revista de Gestão USP**, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 101-113, out / dez 2005. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rega/article/download/36536/39257/43073> Acesso em: 03 fev. 2021.

⁸⁸ Ibidem.

comparativas, ou seja, características decisivas que permitem a uma nação criar e manter vantagens em relação a outras nações em determinados campos⁸⁹.

Entre todas essas teorias, clássicas ou modernas, fica clara a importância atribuída à inserção no comércio internacional como forma de aumentar a capacidade de consumo e o bem-estar social. Atualmente, não é possível dissociar a participação no comércio internacional do processo de crescimento econômico e desenvolvimento social. Em uma economia globalizada, a participação no mercado global representa um fator importante para a geração de renda e empregos em qualquer dos lados da corrente comercial (importação ou exportação). Além disso, uma balança comercial positiva abre portas para a internacionalização de divisas e ampliação de mercados.

Gottfried Haberler, ainda em 1959, analisou a contribuição do comércio exterior para o processo de desenvolvimento econômico de países subdesenvolvidos. Concluiu que “o comércio internacional teve imensa influência no desenvolvimento dos países que, nos séculos XIX e XX encontravam-se em fase menos desenvolvida, e, terá ainda papel relevante no futuro, se lhe permitir operar com liberdade”⁹⁰. Ele apontou que a participação no comércio internacional conduz a quatro efeitos dinâmicos necessários ao processo de desenvolvimento: supre recursos indispensáveis ao desenvolvimento econômico (bens de capital, matérias primas e bens semi-acabados); induz a disseminação de conhecimentos tecnológicos e na refinação da capacidade empresarial e gerencial; gera movimentos de capital; e representa um meio eficiente para uma política antimonopolista, por meio da garantia de um grau satisfatório de livre-concorrência.

Além disso, o comércio internacional representa oportunidades de crescimento regional. Uma política de comércio exterior voltada para o aumento das exportações e importações tem a capacidade de aumentar a utilização da capacidade da indústria, reduzir o desemprego e contribuir para o maior crescimento econômico regional, bem como da economia nacional.⁹¹

Não obstante essa reconhecida importância da participação no comércio com outras nações como um propulsor do crescimento econômico e do desenvolvimento, o Brasil apresenta

⁸⁹ COUTINHO, Eduardo Senra et al, op. cit.

⁹⁰ HABERLER, Gottfried. Comércio Internacional e Desenvolvimento Econômico. **Revista Brasileira de Economia**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 5-52, 1959. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/1846>. Acesso em: 04 jan. 2021.

⁹¹ SIQUEIRA, Tagora Villarim de Siqueira. Comércio Internacional: Oportunidades para o Desenvolvimento Regional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 115-154, jun 2006. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/12137>. Acesso em: 05 jan. 2021.

uma participação inexpressiva no comércio global. Essa situação é comumente explicada por obstáculos que representam desafios para que o Brasil possa ocupar um papel de maior destaque no comércio global.

3.1.3 O papel do Brasil no mercado global

Segundo dados da Análise Estatística do Comércio Mundial de 2020, produzido pela Organização Mundial do Comércio (OMC), em 2019 o volume do comércio mundial foi da ordem de 19 trilhões de dólares. Essa estatística inclui combustíveis e produtos da mineração (1,8 trilhões de dólares), produtos agrícolas (3 trilhões de dólares) e produtos manufaturados (13,3 trilhões de dólares)⁹²

O Brasil é somente o 27º maior exportador mundial, respondendo por apenas 1,2% das exportações no comércio global.

Em relação aos produtos agrícolas, o Brasil tem um desempenho melhor. Segundo dados da Secretaria de Inteligência e Relações Estratégicas da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA), o Brasil foi o segundo maior exportador de grãos no mundo em 2020 (122 milhões de toneladas), ficando atrás apenas dos Estados Unidos (138 milhões de toneladas). Com bases nesses números, conclui-se que o Brasil alimenta aproximadamente 800 milhões de pessoas no mundo⁹³, o que revela vocação nacional no setor, como uma fonte estratégica de alimentos para a humanidade⁹⁴.

Um dado sensível é que, na média do triênio 2009-2011, mais de 50% das exportações brasileiras foram oriundas de apenas quatro produtos: soja, açúcar, carne de frango e café verde⁹⁵. Verifica-se, portanto, que mesmo em relação aos produtos agrícolas, existe uma baixa

⁹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **World Trade Statistical Review 2020**. Genebra: OMC, 2020, p. 10. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2020_e/wts2020_e.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020.

⁹³ CONTINI, Elisio; ARAGÃO, Adalberto. **O Agro Brasileiro alimenta 800 milhões de pessoas**. Brasília: EMBRAPA, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2021/03/participacao-brasileira-saltou-de-us-20-6-bilhoes-para-us-100-bilhoes/populacao-alimentada-pelo-brasil.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

⁹⁴ EMBRAPA. **Geopolítica de Alimentos - Brasil como fonte estratégica de alimentos para a Humanidade**. Brasília: EMBRAPA, 2019.

⁹⁵ SHIKIDA, Pery Franciso Assis et al. Agronegócio brasileiro no comércio internacional. **Revista de Ciências Agrárias**, vol.39, no.1, Lisboa, p. 54-69, mar 2016. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S0871-018X2016000100007&script=sci_arttext&tlng=en#q5. Acesso em: 07 jan. 2021.

diversificação das exportações, o que pode ser explicado pela alta vocação dessas culturas em solo nacional.

No entanto, é preciso levar em consideração que os produtos agrícolas respondem por apenas 15% do volume total de trocas comerciais no comércio global. Levando-se em consideração apenas os produtos manufaturados, que respondem por 75%, a participação do Brasil nesse segmento é ainda menos expressiva.

Essa inexpressividade fica ainda mais evidente quando se tem em mente o tamanho da economia brasileira, apesar das recentes quedas no *ranking* do Fundo Monetário Internacional (FMI). Segundo dados do estudo *Perspectiva da Economia Mundial*, elaborado pelo FMI, o país caiu da 9ª para a 12ª posição, em razão da queda de 4,1% do PIB em 2020. Com uma projeção de crescimento na ordem de 3,7% em 2021 (abaixo da média mundial de 6%), o Brasil deve cair mais uma posição nesse ano⁹⁶.

Mesmo assim, ocupando o 12º lugar do *ranking*, o Brasil ainda é uma das maiores economias do mundo. No entanto, conforme os dados acima analisados, ocupa papel de um *player* inexpressivo no comércio internacional. Historicamente, a inexpressividade do Brasil no mercado global tem sido explicada por fatores componentes do chamado “Custo Brasil”, um conjunto de características econômicas, sociais, políticas e institucionais, que representam obstáculos para que o país possa alcançar maior inserção no comércio internacional.

3.1.4 Desafios para um melhor desempenho do Brasil no mercado global: o custo Brasil

A participação de 1,2% no comércio internacional garante ao Brasil a 27ª posição no *ranking* de exportadores elaborado pelo FMI. À frente estão países como Tailândia (24º), Malásia (25º) e Vietnã (26º). Historicamente, esse desempenho tem sido atribuído ao chamado “Custo Brasil”, termo utilizado para designar um conjunto de fatores que prejudicam a competitividade das empresas do país, por meio da oneração de seus produtos e serviços, em comparação com empresas situadas em outros países. Esses fatores dificultam o processo de

⁹⁶ FMI. Fundo Monetário Internacional. **World Economic Outlook 2021**. Washington: FMI, 2021. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update>. Acesso em: 05 abr. 2021.

desenvolvimento, pois fulminam a competitividade necessária em uma economia globalizada⁹⁷. Trata-se de aspectos negativos do ambiente institucional.

Na presente dissertação serão utilizados dados do Ranking de Competitividade Global de 2013 para a análise dos componentes do Custo Brasil⁹⁸. Esse estudo é elaborado anualmente pelo Fórum Econômico Mundial com o intuito de fornecer dados necessários para apoiar os países a identificarem políticas relevantes e práticas que possam conduzir à prosperidade de longo prazo⁹⁹.

O estudo é baseado em dados brutos de cada país, bem como no resultado de uma pesquisa de opinião entre executivos. Segundo o Fórum Econômico Mundial, a intenção por trás da pesquisa de opinião é “capturar informações cruciais que não estão disponíveis de outra forma em escala global”¹⁰⁰.

Os executivos são solicitados a avaliar, em uma escala de 1 a 7, um aspecto particular de seu ambiente operacional, em que 1 representa a pior situação possível, e 7 representa a melhor. Os questionamentos envolvem 14 tópicos: a sua empresa; percepções gerais de sua economia; governo e instituições públicas; infraestrutura; inovação e tecnologia; ambiente financeiro; comércio exterior e investimento; competição doméstica; operações e estratégia da empresa; educação e capital humano; corrupção, ética e responsabilidade social; turismo; meio ambiente; e saúde.

Na edição de 2013 foram obtidas resposta de 14.059 questionários, o que representa aproximadamente 100 questionários por país. Os participantes foram orientados a selecionar e ordenar os cinco principais obstáculos à realização de negócios no Brasil, entre 15 opções: saúde pública ruim, inflação, crimes e roubos, regulação de operações cambiais, instabilidade política, ética profissional ruim, capacidade de inovação insuficiente, acesso a financiamento, instabilidade de políticas, força de trabalho inadequadamente instruída, corrupção, regulação trabalhista restritiva, burocracia pública ineficiente, alíquotas de impostos, regulação tributária

⁹⁷ COSTA, Sandra Bueno Cardoso da; GAMEIRO, Augusto Hauber. Custo Brasil: suas causas e efeitos. In: **Competitividade do agronegócio brasileiro: textos selecionados**. Santa Cruz do Rio Pardo: Viena, 2006. Disponível em <https://repositorio.usp.br/item/001516511> Acesso em 08 jan 2021.

⁹⁸ Conforme será demonstrado no capítulo 4, após a entrada em vigor da Lei nº 12.815, em 2013, a percepção a respeito da infraestrutura portuário sofreu sensível alteração. Por esse motivo foi escolhido o ano de 2013 para a análise do custo Brasil, que servirá de parâmetro para a comparação realizada no capítulo seguinte, especificamente acerca do setor portuário.

⁹⁹ Fórum Econômico Mundial. **Global Competitiveness Report 2020**. Genebra: World Economic Forum, 2019. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2020.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

¹⁰⁰ Ibidem.

e oferta inadequada de infraestrutura. Os resultados foram ponderados pela importância atribuída a cada um, de modo que totalizassem 100%.

As seis opções apontadas como os principais obstáculos à realização de negócios no Brasil, e seus respectivos percentuais, foram os seguintes: corrupção (7,3%), regulação trabalhista restritiva (11,7%), burocracia pública ineficiente (14,9%), alíquotas de impostos (15,1%), regulação tributária (16,8%) e oferta inadequada de infraestrutura (19,7%).

Cada um desses elementos do Custo Brasil será adiante tratado de forma individualizada, com exceção de regulação tributária e alíquotas de impostos, que serão tratados conjuntamente sob a rubrica da carga tributária. Além deles, será também analisada a política externa nacional, tendo em vista que é também é comumente apontada como um dos elementos que influi severamente no Custo Brasil.

3.1.4.1 A corrupção

Segundo Francis Fukuyama, existem alguns motivos pelos quais a corrupção retarda ou impede o desenvolvimento econômico. Ela distorce incentivos econômicos, pois os valores desviados para políticos ou grupos empresariais não serão destinados para os seus usos mais produtivos; ela atua como uma espécie de imposto altamente regressivo, eis que se torna um meio de extrair recursos da população para as elites; e ela causa uma distorção do sistema econômico, político e social, pois leva pessoas capacitadas e engenhosas a desviar o foco da geração da riqueza para a apropriação de recursos.¹⁰¹

Ele aponta que talvez os impactos mais importantes da corrupção sobre a qualidade do governo sejam os efeitos do patronato e do clientelismo. Quando a competência técnica, a impessoalidade e o mérito são substituídos pelas relações pessoais, geralmente a qualidade do governo diminui. Além disso, fortalece as elites existentes e prejudica responsabilidade democrática.¹⁰²

De acordo com o Índice de Percepção da Corrupção de 2020, elaborado pela Transparência Internacional, o Brasil ocupa o 94º lugar de 180 países pesquisados, tendo caído 5 posições desde 2012.¹⁰³ Trata-se de um diagnóstico preocupante que acarreta efeitos

¹⁰¹ FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política: da revolução industrial à globalização da democracia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2018, p. 87.

¹⁰² *Ibidem*, p. 92.

¹⁰³ Transparência Internacional. **Índice de Percepção da Corrupção 2020**. Berlim: Transparência Internacional, 2021. Disponível em <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/bra> Acesso em 11 jan. 2021.

maléficos à atração de investimentos necessários ao desenvolvimento, em razão da falta de credibilidade das instituições e da conseqüente insegurança jurídica.

Conforme Luiz Alberto Blanchet e Viviane Taís Azoia, a corrupção distorce a busca pelo interesse público e o bem comum, torna ainda mais precárias as condições em que se encontra grande parte da população e enfraquece o Estado Democrático de Direito, porque compromete a própria base da sociedade: a qualidade, a estabilidade e a confiança nas instituições. Ao desviar recursos públicos para grupos privados, a corrupção compromete seriamente o desenvolvimento de um país¹⁰⁴.

Ainda que não exista consenso quanto aos efeitos diretos da corrupção sobre o crescimento econômico, existe uma concordância razoável sobre como a corrupção prejudica os níveis de investimento privado, que, por sua vez, tem efeito direto sobre o crescimento econômico¹⁰⁵. Trata-se, portanto, de um fator que prejudica a atração dos investimentos necessários para elevar os níveis de competitividade do país no mercado global.

3.1.4.2 Regulação trabalhista restritiva

Há muito a rigidez da legislação trabalhista brasileira foi apontada como um dos grandes entraves do ambiente de negócios no Brasil e um considerável repulsor de investimentos. Segundo Bruno Funchal e Renata Cardoso Ferreti, quanto maior a rigidez da regulação do trabalho, menor o nível de investimento em termos de formação bruta de capital fixo e investimento estrangeiro direto no Brasil¹⁰⁶

Desde que entrou em vigor em 10 de novembro de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu diversas alterações. No entanto, com o passar do tempo, inevitavelmente a legislação passou a apresentar uma rigidez incompatível com a dinâmica da economia e do próprio mercado de trabalho no início do século XXI. Sob sua égide, empresas costumavam

¹⁰⁴ BLANCHET, Luiz Alberto; AZOIA, Viviane Taís. A transparência na administração pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 157-175, jan. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8897>. Acesso em: 12 jan. 2021.

¹⁰⁵ CAMPOS, Francisco de Assis Oliveira; PEREIRA, Ricardo A. de Castro. Corrupção e ineficiência no Brasil: Uma análise de equilíbrio geral. **Estud. Econ.**, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 373-408, Jun. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000200373&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jan. 2021.

¹⁰⁶ FERRETTI, Renata Cardoso; FUNCHAL, Bruno. O efeito da regulação trabalhista e tributária nos investimentos no Brasil. **RAM, Rev. Adm. Mackenzie** (Online), São Paulo, v. 12, n. 4, p. 127-154, Ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000400006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jan 2021.

enfrentar altos custos com demissões de funcionários, podendo ainda arcar com pesadas condenações na justiça do trabalho, mesmo quando cogitavam ser cumpridoras de suas obrigações no curso da relação de emprego. Diante desses e outros problemas, a legislação trabalhista brasileira foi por muito tempo vista pela classe empresarial e investidores como um empecilho ao crescimento econômico e também ao crescimento do emprego.

Além disso, durante muito tempo a legislação trabalhista nacional não previu proteção às novas relações de trabalho, como a terceirização. Tratava-se de um descompasso com um mundo cada vez mais dinâmico e em transformação, em razão dos avanços tecnológicos e dos novos modelos de negócios

Esse cenário, porém, foi alterado com a entrada em vigor da reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467, em 11 de novembro de 2017. Conforme mencionado, muitas alterações foram feitas na CLT desde 1943. No entanto, essa foi a maior transformação desse marco institucional desde então. A sua intenção foi modernizar a legislação e adequá-la ao mercado de trabalho atual, muito diferente daquele que existia quando a CLT foi elaborada.

Entre suas principais intenções estão a redução do custo da mão de obra e de custos indiretos, por meio das seguintes novidades: novas formas de contratação mais flexíveis, como, por exemplo, o trabalho intermitente; flexibilização da jornada de trabalho, com ampliação dos bancos de horas e extensão da jornada de trabalho; introdução da possibilidade de pagamento por produtividade ou por hora de trabalho; alterações de normas de saúde e segurança no trabalho; alterações na representatividade sindical; e limitação de acesso à Justiça do Trabalho.

Em que pese existirem diversas críticas à reforma, como a possibilidade de degradação das condições de trabalho (trabalho intermitente e flexibilização da jornada) e a possibilidade de remuneração abaixo do salário mínimos (remuneração por produtividade ou hora trabalhada), a reforma foi comemorada por entidades empresariais.

Para Paulo Skaff, presidente da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), a reforma é uma “vitória da sociedade e do Brasil” e propiciará a criação de novos empregos, “com segurança jurídica para todos”¹⁰⁷. Segundo a Confederação Nacional da Indústria (CNI), a reforma representa “o almejado avanço na construção de relações do trabalho modernas e alinhadas com a economia do século 21”. Para a Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN), “a reforma prestigia o diálogo e os acordos feitos diretamente

¹⁰⁷ GANDRA, Alana. **Entidades empresariais comemoram entrada em vigor da reforma trabalhista**. 10 nov. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-11/entidades-empresariais-comemoram-entrada-em-vigor-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 21 jan. 2021.

entre empregadores e funcionários, simplifica burocracias e regulamenta modelos de trabalho coerentes com a era digital” e, desse modo, “é um grande estímulo à competitividade das empresas, à manutenção dos empregos e à geração de novos postos de trabalho”.

A reforma trabalhista entrou em vigor no fim do ano de 2017, quando ainda estavam em curso os efeitos da crise política, econômica e social agravada pelos desdobramentos da “Operação Lava Jato” a partir de 2014, e o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, em 2016. A esses efeitos que não cessaram de se manifestar até o ano de 2019, somem-se os efeitos econômicos e sociais da pandemia do Covid-19, e será possível concluir que ainda não existe um cenário estável para que sejam avaliados os avanços ou retrocessos decorrentes da reforma.

No entanto, é preciso levar em consideração que a lei trabalhista por si só não cria empregos, pois é imprescindível, para isso, a estabilidade política e uma economia estável e crescente. O aumento de empregos esperado só virá atrelado a um crescimento da economia no momento em que também houver uma melhora do panorama político, eis que a geração de novos empregos depende de todo o contexto político e econômico¹⁰⁸.

Não obstante, é importante notar que a reforma trabalhista foi pautada por um movimento de modernização das leis do trabalho, a fim de adequá-las à economia moderna, buscando uma melhoria do ambiente institucional.

3.1.4.3 Burocracia pública ineficiente

A literatura econômica é consensual acerca da afirmação de que um dos principais motores da economia é o investimento. Assim sendo, um país que busque o desenvolvimento econômico precisa procurar desenvolver um ambiente institucional atrativo para os negócios. Um ambiente sem burocracia excessiva, que não comprometa a eficiência de processos e a gestão empresarial, e desse modo, não afaste potenciais investidores. Não é isso que se observa no Brasil.

Segundo Hélio Beltrão, o Brasil sofre com uma herança histórica da administração pública, que entronizou em seus regulamentos a centralização, a desconfiança e a complicação¹⁰⁹. Essa burocracia excessiva e, segundo Benedito Fonseca Moreira, “agressiva e

¹⁰⁸ ANTUNES, Catharina Morschbacher de Almeida; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Reforma trabalhista e geração de emprego**. Relatório de Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC. Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p. 12. 2019.

¹⁰⁹ BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e liberdade**. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 2002.

retrógrada”, afeta a competitividade dos produtos brasileiros e é mais danosa e constrangedora do que as barreiras externas¹¹⁰. Segundo ele, a burocracia e a falta de infraestrutura para a exportação são as principais barreiras que devem ser vencidas para que o Brasil consiga maior inserção no comércio global¹¹¹. Dados disponíveis confirmam essas análises a respeito do excesso de burocracia no país.

O Banco Mundial, por meio do Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD), produz anualmente, desde 2003, o relatório *Doing Business*, que tem como objetivo analisar a regulamentação do ambiente de negócios em 190 países.

Segundo o relatório referente ao ano de 2020, o Brasil ocupava as seguintes posições nos seguintes critérios. Abrir um negócio: 138º; obtenção de alvarás de construção: 170º; registro de propriedade: 133º; pagamento de impostos: 184º; comércio internacional: 108º; resolução de insolvência: 77º¹¹².

A burocracia é ainda mais um obstáculo a ser superado por micro e pequenas empresas, que não dispõem dos recursos financeiros e humanos de médias e grandes empresas. No entanto, é importante notar que as micro e pequenas empresas representam 40,8% das empresas exportadoras do país. Essa participação vem subindo anualmente desde 2011 até 2017, período em que o número de micro e pequenas empresas exportadoras subiu de pouco mais de 6 mil para 8.863. Os dados são do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas¹¹³.

Tendo em vista que são responsáveis por 60% dos empregos formais e 99% dos estabelecimentos formais existentes no país, é possível concluir que a desburocratização além de servir à expansão do crescimento da participação das micro e pequenas empresas no comércio exterior, serviria de alavanca para a geração de empregos.

Com efeito, existem iniciativas para desburocratizar o ambiente de negócios no país. Destaca-se, recentemente, a Lei de Liberdade Econômica (Medida Provisória 881/2019, convertida na Lei 13.874/2019), que instituiu medidas de desburocratização e simplificação de processos para empresas e empreendedores. Ainda que a lei promulgada tenha se distanciado

¹¹⁰ MOREIRA, Benedicto Fonseca. **Barreiras internas à exportação**. Fórum Nacional do Instituto Nacional de Altos Estudos (INAE), 17, 2004, Rio de Janeiro.

¹¹¹ OLIVEIRA, Raymundo de. Furlan sugere cesta de moedas para driblar apreciação do real. 23 nov 2004. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/493254/noticia.htm?sequence=1> Acesso em 13 jan 2021.

¹¹² BANCO MUNDIAL. **Doing Business 2020**. Washington: Banco Mundial, 2021. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> Acesso em 12 jan 2021.

¹¹³ SEBRAE. **As micro e pequenas empresas nas exportações brasileiras: 2009-2017**. Brasília: SEBRAE, 2018.

dos anteprojetos elaborados, as discussões a respeito da liberdade econômica envolveram importantes juristas brasileiros que advogam pela desburocratização do Estado: Carlos Ari Sunfeld, Eduardo Jordão, Egon Bockmann Moreira, Floriano Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jacinto Arruda Câmara, José Vicente Mendonça e Marçal Justen Filho¹¹⁴, entre outros.

Além disso, o trabalho da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia tem se destacado. Segundo dados do Governo Federal, nos dois primeiros anos do governo do Presidente Jair Bolsonaro (2019 e 2020), foram digitalizados mais de 1.000 serviços públicos. Essas ações beneficiaram cerca de 81,2 milhões de usuários do Portal gov.br., além de terem trazido economia de R\$ 2 bilhões por ano, sendo R\$ 1,5 bilhão para a população e R\$ 500 milhões para o Governo. A meta definida na Estratégia de Governo Digital é chegar a 100% dos 3,8 mil serviços do Governo Federal digitalizados até o fim de 2022, o que poderá gerar uma economia estimada de R\$ 38 bilhões em cinco anos (2020-2025)¹¹⁵.

Não obstante iniciativas como as citadas, o Brasil ainda apresenta um ambiente de negócios extremamente burocratizado, que é frequentemente apontado como um dos principais elementos do Custo Brasil.

3.1.4.4 Sistema tributário: regulação e alíquotas

Segundo dados da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2018, a carga tributária brasileira (calculada com base razão entre a arrecadação tributária e o PIB) era de 33,1%. Apesar de estar abaixo da média dos países integrantes da organização (34,3%), é a segunda maior entre os países da América do Sul, Central e México (média de 23,1%), ficando atrás apenas de Cuba (42,3%) e Barbados (33,1%)¹¹⁶

¹¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; et al; **Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades da regulação.** São Paulo: FGV, 2019. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta_de_lei_nacional_de_liberdade_economic_a_-_sbdp_fgv_direito_sp.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹¹⁵ **Desburocratização e modernização do Estado.** Governo Federal, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2-anos/2-anos-1/desenvolvimento-economico-desburocratacao-e-modernizacao-do-estado>. Acesso em: 18 jan. 2021.

¹¹⁶ OCDE. **Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean: 1990-2018.** Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/68739b9b-ens.pdf?expires=1617943487&id=id&accname=guest&checksum=FB27BA95C178FAEF1631AD20BF80F8C1>. Acesso em: 08 jan. 2021.

Segundo o Relatório de Acompanhamento Fiscal de dezembro de 2018, da Instituição Fiscal Independente (IFI) do Senado Federal, a carga tributária brasileira pode ser considerada relativamente elevada para uma economia em desenvolvimento. O estudo aponta que isso pode ser explicado pelo volume de gastos sociais, já que existe uma correlação positiva entre gasto social e carga tributária.

Essa correlação pode ser observada em países com maior carga tributária (e, conseqüente, maior gasto social) como Dinamarca e França, e países com menor carga tributária (e, portanto, menor gasto social) como Chile e México. Entre os países da OCDE, o gasto social representa 62% da carga tributária e 21,1% do PIB. No Brasil, 64% e 20,7%, respectivamente¹¹⁷.

A partir de março de 2021, foram colocadas em prática as medidas de combate à pandemia do Covid-19. Com isso, ocorreu um sensível aumento dos gastos públicos, especialmente em decorrência de medidas como o auxílio emergencial e o benefício emergencial. Por outro lado, verificou-se queda na arrecadação tributária.

Por esses motivos, é improvável que o Brasil tenha qualquer queda na carga tributária nos próximos anos. Pelo contrário, assim como em outros países do mundo, cogita-se que existirão pressões na direção do aumento da receita tributária a fim de que se evite déficit fiscal. Eventuais e prováveis aumentos da carga tributária deverão ainda se sustentar por anos a fim de compensar o aumento de gastos e queda de arrecadação decorrentes da pandemia.

3.1.4.5 Política externa

Um dos principais problemas inerentes a política externa adotada pelo Brasil nas últimas décadas é o seu grau de abertura comercial ao comércio global. O Brasil é um país severamente fechado. Segundo o Ranking de Competitividade Global de 2019, do Fórum Econômico Mundial, é o 125º entre 141 países no critério de abertura comercial.¹¹⁸

O Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) foi criado em 26 de março de 1991 por meio do Tratado de Assunção, pautado pela busca da integração regional. Originalmente

¹¹⁷ IFI. **Relatório de Acompanhamento Fiscal: dezembro de 2018**. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/551026/RAF23_DEZ2018_TopicoEspecial_CargaTributaria.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

¹¹⁸ Fórum Econômico Mundial. **Global Competitiveness Report 2019**. Genebra: World Economic Forum, 2019. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf Acesso em 14 jan 2021.

composto por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, passou a contar com a Venezuela a partir de 2012, país que hoje se encontra suspenso desde 2017, em razão da ruptura da ordem democrática pelo governo de Nicolás Maduro.

O MERCOSUL, em sua origem, tinha como fim primordial servir como plataforma de inserção dos seus membros no ambiente globalizado, com vistas ao desenvolvimento com justiça social.¹¹⁹ Durante muito tempo, foi tratado com uma firme expectativa pelo atingimento dos fins propostos. Entretanto, no decorrer de seu desenvolvimento e implementação, observou-se uma patente incapacidade dos países membros de cumprirem com as normas e decisões pactuadas conjuntamente nas reuniões decisórias de cúpula¹²⁰.

Esse cenário levou a uma permanente crise institucional e operacional que criou dificuldades para o atingimento de seus objetivos. Atualmente não é capaz de inserir seus membros no comércio global da forma desejada. Se de um lado levou à manutenção de barreiras comerciais intra-bloco, por outro, não foi capaz de criar condições para a implementação de normas conjuntas que conduzissem à harmonização regulatória necessária para o atingimento de seus fins¹²¹.

Atualmente, o Mercosul se apresenta como um grande obstáculo para a execução da agenda comercial e para o desenvolvimento de seus membros. Existem, inclusive, discussões a respeito da possibilidade de flexibilização das regras para a realização de acordo comerciais por membros do bloco. Se por um lado existem vozes que defendem essa proposta, os mesmos concluem que sua concretização poderá significar até mesmo o extermínio do MERCOSUL.¹²²

Essa situação de crise poderia servir de estímulo para que o país buscasse outras opções de negociações, visando sua reinserção nos fluxos internacionais de produção, comércio e investimentos. Porém, indo de encontro com essa primeira impressão, em 4 de julho de 2019 o governo brasileiro anunciou a formação de uma das maiores áreas de livre comércio do planeta,

¹¹⁹ MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. 26 mar. 1991. Disponível em: <https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>. Acesso em: 14 jan. 2021.

¹²⁰ ALMEIDA, Paulo Roberto de. Uma história do Mercosul (1): do nascimento à crise. **Revista Espaço Acadêmico**, 10(119), 106-114. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/13086/6864>. Acesso em: 16 jan. 2021.

¹²¹ KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. A política comercial brasileira entre a crise do MERCOSUL e as negociações com a União Europeia. **Boletim Meridiano**, 47 vol. 16, n. 152, nov.-dez 2015 [p. 13 a 20]. Disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/5218/4742> Acesso em 15 jan 2021.

¹²² SEVERO, Luciano Wexell. **Para economista, Mercosul chega aos 30 anos com Brasil distante e comércio enfraquecido**. Entrevista concedida a Ricardo Westin. Agência Senado. 26 mar 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/para-economista-mercossul-chega-aos-30-anos-com-brasil-distante-e-comercio-enfraquecido>. Acesso em: 4 abr. 2021.

composta pelo Mercosul e pela União Europeia¹²³, que poderá representar 25% da economia mundial e um mercado de 800 milhões de pessoas. Com o acordo, pretende-se eliminar tarifas de importação para mais de 90% dos produtos comercializados entre os dois blocos, além da aplicação de cotas preferenciais de importação com tarifas reduzidas para os demais produtos.

Diante dos expressivos choques que o mercado global vem sofrendo com a pandemia do Covid-19, com reflexos negativos sobre produção, consumo, emprego e renda¹²⁴, o acordo é visto como uma importante ferramenta recuperação das economias nacionais. Em 26 de novembro de 2020, quatro entidades industriais do Mercosul e da União Europeia, Confederação Nacional da Indústria (CNI), União Industrial Argentina (UIA), União Industrial Paraguáia (UIP), Câmara de Indústrias do Uruguai (CIU) e a Confederação de Empresas Europeias (*BusinessEurope*), divulgaram declaração conjunta afirmando essa perspectiva. Segundo documento, “as oportunidades de negócios criadas por este acordo também seriam importantes e urgentes para a recuperação dos choques criados pela pandemia Covid-19”¹²⁵.

Ainda segundo a declaração, há a perspectiva de que o acordo terá como condão criar uma porta de entrada para a inserção e o fortalecimento de pequenas empresas no comércio internacional. Essa expectativa de novas oportunidades decorre da possível adoção de medidas como a remoção de tarifas elevadas, acesso a mercados de compras governamentais, regras de facilitação do comércio e barreiras não tarifárias, e a proteção de um número expressivo de indicações geográficas para ambos os lados.

O acordo ainda depende de revisão legal e aprovação parlamentar. De todo modo, independentemente do futuro do acordo ou do próprio MERCOSUL, o fato é que o Brasil apresenta um baixo grau de abertura para o comércio global. Trata-se de um dos fatores que contribui para a queda na produtividade da economia, de modo que um programa de promoção do crescimento demanda uma política de liberalização comercial¹²⁶. Portanto, cabe ao país

¹²³ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Acordo de associação Mercosul-União Europeia**. Brasília, 2019. Disponível em http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf Acesso em: 17 jan. 2021.

¹²⁴ **A crise econômica da COVID-19: fatos, perspectivas, desafios e respostas**. EY-Parthenon. 24 abr. 2020. Disponível em: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt_pt/topics/covid-19/ey-caderno-de-notas-a-crise-economica-da-covid-19-v1-edicao.pdf Acesso em 19 jan 2020.

¹²⁵ BUSINESSEUROPE. **Strengthening Economic Relations between EU and Mercosur Countries: Declaration from Business Confederations of Mercosur and Europe**. Bruxelas: BusinessEurope, 2020. Disponível em https://www.bussinesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/rex/2020-11-26_business_declaration_eu_mercosur.pdf Acesso em 17 jan 2021.

¹²⁶ BACHA, Edmar. Integrar para crescer: o Brasil na economia mundial. In VELOSSO, João Paulo dos Reis (coord.). **Visão do Brasil: Estratégia de Desenvolvimento Industrial com Maior Inserção Internacional e**

buscar a abertura comercial, com a ampliação de mercados, de modo a evitar que a sua política externa continue integrando o rol de condições adversas à busca pela inserção do Brasil no mercado global.

3.1.4.6 Oferta inadequada de infraestrutura

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 21, define como competência da União a implementação e exploração da infraestrutura de setores específicos. É o caso das telecomunicações (inciso XI), serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens (inciso XII, alínea ‘a’), serviços e instalações de energia elétrica (inciso XII, alínea ‘b’), navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária (inciso XII, alínea ‘c’), serviços de transporte ferroviário e aquaviário (inciso XII, alínea ‘d’), serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (inciso XII, alínea ‘e’), portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII, alínea ‘f’), desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (inciso XX).

A infraestrutura é o suporte e pressuposto físico da eficiência do Estado¹²⁷. Portanto, cabe ao Estado prover a infraestrutura necessária, dada a sua importância para o desenvolvimento econômico e social.

Sob o ponto de vista social, Thiago Marrara nota que os efeitos diretos ou indiretos da infraestrutura condicionam o exercício de direitos fundamentais básicos pelos cidadãos que, em muitas situações, dependem do aparato infraestrutural para a concretização de direitos individuais e sociais fundamentalíssimos.¹²⁸

Sob o ponto de vista econômico, Luiz Alberto Blanchet aponta que, de nada adianta a sociedade atingir maiores graus de produtividade se o Estado não cumpre sua parte fornecendo infraestrutura e observando as diretrizes de logística pertinentes. Afinal, a iniciativa privada necessita de infraestrutura para fazer fluir a sua produção, garantindo, assim, o ulterior consumo

Fortalecimento da Competitividade. Rio de Janeiro: Fórum Nacional, 2013.

¹²⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil.** Curitiba: Negócios Públicos, 2011. 561p. p. 26-41.

¹²⁸ MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil.** Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 185.

ou exportação. Portanto, ao falhar em oferecer infraestrutura adequada, o Estado acaba obtendo resultado inverso, ao frustrar o desenvolvimento em lugar de fomentá-lo.¹²⁹

Se é verdade que diferentes setores da economia percebem os problemas da qualidade de infraestrutura de forma diferente e em diferentes pontos das cadeias de produção, distribuição e consumo¹³⁰, existe razoável consenso de que a ausência de infraestrutura adequada é um dos principais, senão o principal elemento do Custo Brasil, e um dos principais obstáculos para o desenvolvimento do país.

Segundo o Ranking de Competitividade Global de 2019, o Brasil é o 78º no critério infraestrutura, entre 141 países¹³¹. Trata-se de um desempenho no mínimo insuficiente diante do tamanho da economia brasileira (12º maior economia), de suas dimensões continentais (5º maior em extensão territorial) e do seu contingente populacional (6º mais populoso).

Se o desempenho do Brasil no critério infraestrutura é insatisfatório, o desempenho no critério específico de infraestrutura de transportes é ainda pior, conforme se verá adiante.

3.2 INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES E EFICIÊNCIA LOGÍSTICA

Conforme será abordado mais especificamente no capítulo 4, a expansão e modernização da infraestrutura e dos serviços de transportes é essencial para gerar a competitividade necessária para que o Brasil prospere no comércio internacional. Em relação ao setor portuário, trata-se de condição indispensável para o desenvolvimento, na medida em que “portos mais eficientes resultam em mais entregas (*outputs*) para dadas quantidade de insumos (*inputs*), favorecendo a competitividade dos produtos nacionais frente ao mercado internacional”¹³².

No Brasil, as cargas gerais provenientes ou destinadas ao comércio internacional têm nos portos os seus destinos prioritários. Assim sendo, é necessário promover a eficiência e a

¹²⁹ BLANCHET, Luiz Alberto, 2011.

¹³⁰ WANKE, Peter Fernandes; HIJJAR, Maria Fernanda. Exportadores brasileiros: estudo exploratório das percepções sobre a qualidade da infraestrutura logística. **Produção**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2009, pp. 143-162.

¹³¹ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Global Competitiveness Report 2020**. Genebra: World Economic Forum, 2019. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2020.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

¹³² HANONES, Fabiane Fernandes; MONTEIRO, Sandro José. Proposta de avaliação de desempenho das autoridades portuárias e de seus arrendatários: uma perspectiva regulatória. **Revista Eletrônica de Estratégia & Negócios**, Florianópolis, v. 10, abr. 2017, pp. 211-246. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/EeN/article/viewFile/4526/pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021

modernização da estrutura logística de escoamento da produção, a fim de garantir mais produtividade e competitividade para os produtos nacionais na exportação, e um custo menor para os produtos importados que chegam ao Brasil através de seus portos.

Conforme será adiante analisado, em razão de questões históricas, econômicas e políticas, o Brasil virou a página do século XX com uma infraestrutura de transportes precária e sem integração, com poucos e deficientes portos e, internamente, muito dependente do modal rodoviário. Trata-se de um ambiente institucional desfavorável à eficiência logística e, conseqüentemente, à competitividade das empresas nacionais e seus produtos no mercado global. Esse diagnóstico será importante para que, em seguida, sejam feitas considerações acerca dos investimentos em infraestrutura.

3.2.1 Infraestrutura de transportes no Brasil

A provisão de infraestrutura é um fator indispensável para o desenvolvimento econômico de uma região. Entretanto, a discussão sobre a importância de investimentos em infraestrutura no Brasil (e na América Latina, de uma forma geral) comumente são afetados por questões políticas e econômicas, de forma que é comum que crises governamentais tendam a reduzir o aporte de recursos para esses setores¹³³.

Crises econômicas, falta de espaço fiscal para puxar investimentos, além da urgência de temas importantes como saúde, educação, segurança (entre outros, que tendem a dominar a pauta da discussão pública), acabem fazendo com que o tema da infraestrutura fique relegado a um segundo plano.

No entanto, um país que almeje uma infraestrutura de transportes que faça frente a aspirações de inserção no comércio global como motor de desenvolvimento econômico, não pode deixar de lado um tema tão importante. Para além das políticas de governo (transitórias), são necessárias políticas de Estado (permanentes), imbuídas de uma visão de longo prazo, para que sejam criadas as condições institucionais necessárias para a melhoria e expansão da infraestrutura de transportes que a sociedade necessita.

¹³³ SANTIAGO, Priscila Braga. **Infraestrutura: experiência na América Latina**. Brasília: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 35).

Conforme aponta Josef Barat¹³⁴ os problemas de déficit de infraestrutura e de falta de integração da logística de transportes no Brasil tem origem histórica.

Entre 1880 e 1930 a economia brasileira era essencialmente exportadora de matérias-primas industriais e alimentos (produtos primários). Esse panorama era constituído pela região Sudeste produzindo café, principal produto de exportação do país; Sul e Centro-Oeste com a atividade de pecuária, extração de madeiras e cultivo de erva-mate; Nordeste com a agroindústria açucareira, produção de algodão, cacau e fumos; e a região Norte com atividades florestais, principalmente a borracha.

Por outro lado, ocorreram processos localizados de crescimento de atividades industriais. Esses fenômenos, no entanto, não tiveram como consequência a integração de cadeias logísticas. As atividades industriais eram incipientes e voltadas para necessidades básicas de consumo regional¹³⁵

Na verdade, o Brasil era constituído por um aglomerado de regiões produtoras de produtos primários voltadas à exportação, com fortes vínculos com os mercados importadores. Essa dependência gerava uma grande vulnerabilidade da economia a fatores internos (fatores climáticos) e externos (oscilações da demanda e preços do mercado internacional)¹³⁶. No entanto, a economia exportadora gerou uma expansão das atividades de transportes e comunicações.

Nas primeiras décadas do século XX, houve um grande aumento da malha ferroviária como forma de atender os fluxos de exportação. Também houve um processo de integração da malha ferroviária com os portos regionais, necessários para fazer a ligação entre os centros produtores e os navios de longo curso que zarpavam para os países industrializados da Europa Ocidental e os Estados Unidos da América. Em relação aos fluxos de importação, cabia ao sistema ferroviário a distribuição de produtos manufaturados nas áreas de influência dos portos regionais. Entre 1900 e 1930 a malha ferroviária mais do que duplicou, atingindo 32,5 quilômetros de extensão¹³⁷.

No entanto, diferentemente dos Estados Unidos, onde as ferrovias foram decisivas para a integração do mercado interno, no Brasil não ocorreu uma articulação entre as diversas malhas

¹³⁴ BARAT, Josef. **Logística, transporte e desenvolvimento econômico: a visão histórica**, v. 1. São Paulo: CLA, 2007, p. 17.

¹³⁵ BARAT, Josef, op. cit., p. 17.

¹³⁶ Ibidem, p. 19.

¹³⁷ Ibidem, p. 24.

ferroviárias. A interligação das regiões exportadoras se fazia predominantemente pela navegação de cabotagem, o que, entretanto, não caracterizava uma integração econômica, já que essas regiões tinham uma ligação mais forte com os destinos das exportações do que entre si. Além disso, os portos existentes eram poucos se considerada a dimensão continental do país e tamanho do seu litoral¹³⁸.

Nas primeiras décadas do século XX o transporte rodoviário ainda era incipiente e não tinha vínculos expressivos com o ciclo de exportações de produtos primários. Em 1929 o país contava com apenas 2 mil caminhões.¹³⁹

A partir de 1930 até 1980, teve lugar o ciclo de industrialização. A economia brasileira passou a apresentar maior integração com os Estados Unidos. Concomitantemente, ocorreu um processo de industrialização suportado pela transferência de renda das exportações de café para a indústria – por meio de mecanismos cambiais e tributários – e por uma nova postura intervencionista do Estado brasileiro, caracterizada pela política de substituição de importações e fechamento da economia.¹⁴⁰ Como resultado, as exportações deram lugar à dinamicidade do setor industrial no comando do desenvolvimento econômico do país.

Esse movimento teve dois importantes efeitos para o sistema de transportes brasileiro. Em primeiro lugar, o declínio dos fluxos de importações e exportações resultou na deterioração dos sistemas ferroviário e portuário. Além disso, a falta de integração dos sistemas ferroviários regionais (diferenças de bitolas, deficiências de traçados e obsolescência de materiais rodantes e de tração) resultou na incapacidade de as ferrovias promoverem a unificação do mercado interno.¹⁴¹

Como decorrência desse cenário, passou a ocorrer uma rápida expansão do transporte rodoviário. Em um primeiro momento, como resposta à necessidade de atendimento de novos fluxos internos de produção manufaturada decorrentes da rápida industrialização e da política de substituição de importações. Em um segundo momento, para incorporar as fronteiras agrícolas em expansão.¹⁴²

Conforme aponta Josef Barat, essa expansão foi fomentada pelo Estado por meio de medidas como a aprovação do Plano de Viação Nacional (1934), Criação do Departamento

¹³⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹³⁹ BARAT, Josef, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 31.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 40.

¹⁴² *Ibidem*, p. 41.

Nacional de Estradas de Rodagem (1937), criação do Conselho Nacional do Petróleo (1938), atribuição de competência privativa à União para tributar combustíveis e lubrificantes líquidos (1940) e a criação do Fundo Rodoviário Nacional (1945)¹⁴³.

Desse cenário inicial do ciclo de industrialização, que vai de 1930 a 1945, Josef Barat destaca fatores importantes ao objeto do presente estudo: o Estado tornou-se gradualmente o “ator principal da cena econômica, com atuação intervencionista e motor do desenvolvimento”, e as autarquias e empresas públicas sucederam as empresas concessionárias privadas como executoras de investimentos e operadoras de serviços¹⁴⁴.

No período pós-guerra, o processo de industrialização foi sustentado por medidas oficiais como: a criação do Conselho Nacional de Economia (1946), criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (1952), criação da Petrobras (1953), expansão do setor siderúrgico por meio da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) nos anos 1950, expansão da indústria de eletricidade a partir de 1950 (com investimentos maciços na construção de usinas hidrelétricas e sistemas de transmissão) e a criação da Eletrobrás (1962).

Nesse contexto de industrialização fomentada por um Estado desenvolvimentista e intervencionista, as atividades de transporte cresceram e passaram a ser objeto de políticas públicas específicas. A ênfase do pós-guerra passa a ser o sistema de transporte rodoviário, especialmente quando o núcleo industrial formado por Rio de Janeiro e São Paulo passou a buscar novas fontes de abastecimento de matérias-primas a partir dos anos 1950, e, posteriormente, novos mercados consumidores.¹⁴⁵

Entre os anos 1950 e 1970 as infraestruturas ferroviária e portuária sofreram com a deterioração física e obsolescência do processo de fechamento da economia, o que levou o Governo Federal a encampar operações privadas nesses modais. No entanto, a ineficiência do Estado na operação de portos e ferrovias acelerou a tendência de aumento da demanda pelo modal rodoviário.

De um modo geral, a estagnação econômica e a crise do setor público decorreram do cenário mundial. A crise do petróleo (1973) interrompeu fluxos de investimento dos países desenvolvidos para os países em desenvolvimento. Por outro lado, o aumento crescente e descontrolado da dívida externa do Brasil (acompanhando os demais países em desenvolvimento) passou a levantar discussões sobre temas como estabilidade e disciplina

¹⁴³ Ibidem, p. 43.

¹⁴⁴ BARAT, Josef, op. cit., p. 48.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 61.

orçamentária, reestruturação do sistema fiscal, racionalização de gastos públicos e abertura externa.¹⁴⁶

A partir dos anos 1980, o país entrou em um ciclo de estagnação do crescimento industrial. As exportações passaram a tomar o lugar de motor do desenvolvimento. Entre 1980 e 2004, as exportações brasileiras cresceram 5 vezes, tanto no seu valor em dólares quanto em volume¹⁴⁷. A partir de 1991, a implementação do MERCOSUL promoveu forte crescimento do comércio entre os países membros, antes de esbarrar nos obstáculos já mencionados anteriormente. No entanto, as atividades de transporte e logística não acompanharam o crescimento das exportações e falharam em dar apoio aos fluxos gerados por essa nova realidade econômica.¹⁴⁸

A crise fiscal instalada a partir dos anos 1980 fez desmoronar o Estado Desenvolvimentista e impôs drástica redução da capacidade de investimentos públicos que se agravou na década seguinte. Além disso, políticas de estabilização econômica de curto prazo diminuíram “a importância do planejamento de longo prazo, das estratégias de crescimento e da formulação de políticas públicas consistentes para as infra-estruturas”¹⁴⁹.

Durante o governo do presidente Fernando Collor de Mello (1990-1992), o Brasil viu nascer seu primeiro grande programa de privatizações, o Programa Nacional de Desestatização (PND), importante instrumento de redução da dívida pública e de redefinição da atuação do Estado. Passaram por esse programa estatais dos setores de siderurgia, bancário, telecomunicações, além de rodovias e aeroportos, já durante os governos do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002).

Além de representar uma das poucas saídas para o Estado para buscar a melhoria da infraestrutura, as privatizações também refletiam uma tendência de abertura econômica estabelecida pelo chamado Consenso de Washington, que pregava o ajustamento macroeconômico dos países em desenvolvimento.

No período entre 1996 e 2001 foram criadas as agências reguladoras federais que, no âmbito dos transportes, ficaram a cargo da supervisão e fiscalização dos transportes terrestres (Agência Nacional de Transportes Terrestres), aviação (Agência Nacional de Aviação Civil) e transportes aquaviários (Agência Nacional de Transportes Aquaviários).

¹⁴⁶ Ibidem, p. 72.

¹⁴⁷ BARAT, Josef, op. cit., p. 83.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 86.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 94.

Nos mandatos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), o foco das privatizações foram as concessões de estradas federais, licitações para novas hidrelétricas e a venda de mais bancos estaduais. Nos governos da presidente Dilma Rousseff (2011-2016) as privatizações continuaram por meio dos Programas de Parcerias Privadas (PPPs).

Já no governo do presidente Jair Bolsonaro, o foco tem sido as concessões rodoviárias, de aeroportos e ferrovias, além de arrendamentos portuários, com o objetivo de incrementar a participação privada nesses setores. De acordo com o atual Ministro da Infraestrutura, Tarcísio Gomes de Freitas, o foco dessas ações não é a arrecadação, mas sim o investimento, de forma a transformar o setor de infraestrutura em alavanca para a criação de empregos.¹⁵⁰

Segundo balanço de 2019 do Ministério da Infraestrutura, no primeiro ano do governo de Jair Bolsonaro foram cedidos 27 ativos à iniciativa privada, contemplando os modais rodoviário (BR-364/365), ferroviário (Ferrovia Norte-Sul), aeroportuário (12 aeroportos) e aquaviário (13 terminais portuários). As concessões resultaram em R\$ 5,9 bilhões em outorgas e R\$ 9,4 bilhões em investimentos¹⁵¹.

Já em 2020, mesmo com as adversidades impostas pela pandemia do Covid-19, o Ministério da Infraestrutura entregou 86 obras, entre as quais, 1.259 km de novas estradas em todas as regiões do país, ampliação dos aeroportos de Foz do Iguaçu (Paraná) e Fortaleza (Ceará), o Cais do Atalaia no porto de Vitória (Espírito Santo) e seis portos de pequeno porte na região amazônica. Além disso, foram realizadas 12 concessões, entre as quais, o arrendamento de dois terminais portuários no porto de Santos (São Paulo).

Não obstante essas importantes ações, a infraestrutura de transportes do país continua sofrendo com a falta de integração e com o desequilíbrio em favor do modal rodoviário que, por sua vez, convive com um expressivo déficit qualitativo.

Segundo Anuário CNT do Transporte 2020¹⁵², elaborado pela Confederação Nacional dos Transportes (CNT), em 2019 somente 12,4% da malha rodoviária do país era pavimentada. Entre 2009 e 2019 houve um aumento de apenas 0,5% da malha pavimentada. Além disso,

¹⁵⁰ **Objetivo com leilões é investimento, não arrecadação, diz ministro da Infraestrutura.** G1. 06 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/06/objetivo-com-leiloes-e-investimento-nao-arrecadacao-diz-ministro-da-infraestrutura.ghtml> Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁵¹ **Ministério da Infraestrutura apresenta balanço de ações realizadas em 2019.** Canal do Servidor. Ministério da Infraestrutura. 13 dez. 2019. Disponível em: <https://canaldoservidor.infraestrutura.gov.br/ultimas-noticias/9372-minist%C3%A9rio-da-infraestrutura-apresenta-balan%C3%A7o-de-a%C3%A7%C3%B5es-realizadas-em-2019.html> Acesso em 21 jan. 2021.

¹⁵² CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES. **Anuário CNT do Transporte 2020: Estatísticas consolidadas.** Brasília: CNT, 2020. Disponível em: <https://anuariodotransporte.cnt.org.br/2020/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

segundo o estudo de 2019, 59,2% das rodovias avaliadas apresentaram algum tipo de problema no estado geral, 47,6% dos trechos avaliados tinham problemas no pavimento, 48,1% apresentavam deficiência na sinalização e 75,7% apresentavam falhas na geometria.

Esses dados mostram-se ainda mais sensíveis quando levada em consideração a dependência da matriz de transportes nacional em relação ao modal rodoviário. Em 2018 a Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), empresa pública vinculada ao Ministério da Infraestrutura publicou o Plano Nacional de Logística 2025, visando “disponibilizar informações e propor soluções para a melhoria do planejamento estratégico do setor de transportes”¹⁵³.

Segundo o estudo, em 2015 o transporte rodoviário respondia por 65% da movimentação de cargas no país. Em relação aos demais modais de transporte, o aeroviário apresenta percentual próximo de zero, enquanto que o transporte dutoviário responde por 4%, o ferroviário por 15% e o aquaviário (cabotagem marítima e hidrovias interiores) por 16%.

Mesmo diante desses problemas históricos, alguns avanços tem sido notados. Conforme nota técnica da EPL, a pavimentação do trecho da BR-163 entre Sinop (Mato Grosso) e Miritituba (Pará), fez com o custo do frete entre o Mato Grosso e a China (maior comprador da soja brasileira) tivesse uma queda de 20%¹⁵⁴.

Além disso, entre 2019 e 2020 o Brasil apresentou progressos no Ranking de Competitividade Global em todos os indicadores relacionados ao transporte: a eficiência dos serviços aeroviários saltou da 85ª para a 67ª posição; a eficiência dos serviços portuários saiu da 104ª para a 91ª posição; a qualidade das rodovias brasileiras foi do 116º para o 108º lugar, enquanto que a eficiência das ferrovias melhorou uma posição, de 86º para 85º¹⁵⁵.

Mesmo assim, a infraestrutura nacional ainda apresenta um péssimo desempenho no Ranking de Competitividade Global: 78º entre 141 países. Portanto, é preciso que o Estado continue a adotar e suportar iniciativas de melhoria e expansão da infraestrutura, especificamente da estrutura de transportes. Somente medidas nesse sentido poderão fazer com

¹⁵³ BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Empresa de Planejamento e Logística. **Plano Nacional de Logística: Relatório Executivo**, jun. 2018. Brasília: EPL, 2018. Disponível em: https://ontl2.epl.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=5835 Acesso em: 20 jan. 2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Empresa de Planejamento e Logística. **O Novo Perfil do Transporte de Grãos Brasileiros**, nov. 2020. Disponível em: <https://ontl.epl.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Artigo-tecnico-n-01.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁵⁵ Fórum Econômico Mundial. **Global Competitiveness Report 2020**. Genebra: World Economic Forum, 2019. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2020.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

que a oferta inadequada de infraestrutura deixe de ser apontada como o principal obstáculo à realização de negócios no país.

3.2.2 Eficiência logística

Conforme observa Luiz Alberto Blanchet, o desenvolvimento tem dois pressupostos, um estático e outro dinâmico. O pressuposto estático é a infraestrutura física, enquanto que o pressuposto dinâmico é a logística¹⁵⁶. A simples existência de infraestrutura não é suficiente para garantir a produtividade e a competitividade dos agentes econômicos. A prestação eficiente dos serviços correlatos, com uma logística adequada, é tão determinante quanto a existência de caros, completos e modernos empreendimentos de infraestrutura.

Segundo Josef Barat, no âmbito dos transportes o termo logística se refere ao planejamento de alternativas de redução de custos diante da existência de gargalos físicos, ineficiências operacionais, obstáculos institucionais, legais e burocráticos em cada uma das etapas do escoamento e da distribuição¹⁵⁷.

A diversidade de propósitos estabelecidos pela logística torna muito plural a sua conceituação. Porém, de acordo com os objetivos do presente trabalho, é possível adotar um entre os vários conceitos propostos por José Manoel Cortiñas Lopez e Marilza Gama, segundo o qual, trata-se de “fazer chegar o produto certo na hora certa com a qualidade assegurada e ao menor custo, ou seja, disponibilizar os bens nos mercados e pontos de consumo com a máxima eficiência, rapidez e qualidade, com custos conhecidos e controlados”¹⁵⁸.

Com efeito, a infraestrutura logística portuária do Brasil, de acordo com os diagnósticos de especialistas já mencionados, deixa a desejar em todos esses quesitos. A pontualidade é incerta, a qualidade é insatisfatória, o preço é alto e muitas vezes pode sofrer acréscimos inesperados em virtude de eventos como greves de funcionários da Aduana ou em razão de decisões judiciais carregadas de ativismo político¹⁵⁹.

¹⁵⁶ BLANCHET, Luiz Alberto, 2011.

¹⁵⁷ BARAT, Josef. Planejamento das infraestruturas de logística e transporte. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**, Brasília, n. 1, 13 p., abr. 2009. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5228/1/Radar_n1_Planejamento.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

¹⁵⁸ LOPEZ, José Manoel Cortiñas; GAMA, Marilza. **Comércio exterior competitivo**. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 335.

¹⁵⁹ A esse respeito, veja-se a decisão proferida em 31/01/2018 pelo Desembargador Luiz Fernando Nishi, da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que suspendeu o embarque de cargas vivas no Porto de Santos e impediu temporariamente a exportação para a Turquia de 27 mil bois pela Minerva Foods. A decisão atendeu ao pedido do Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal e foi

Esses fatos geram severos impactos na formação dos preços de nossos produtos e refletem negativamente no nível de competitividade quando comparado com outros países gerando, assim, uma “inversão nos parâmetros de competitividade”, conforme o diagnóstico de José Manoel Cortiñas Lopez e Marilza Gama:

O diferencial entre os custos logísticos brasileiros e os dos demais países, que poderíamos chamar de concorrentes internacionais, é tão evidente que provoca inversão nos parâmetros de competitividade para os preços dos produtos nos mercados consumidores: temos em muitos casos melhores preços de fabricação/elaboração, decorrentes de vantagens naturais (insumos ou mão-de-obra), porém perdemos muitos mercados porque nosso preço final acaba ficando mais elevado, em função de possuímos custos logísticos maiores.¹⁶⁰

No mesmo sentido, a análise de Marcos Mendes:

A área de transportes é outra em que a insuficiência de infraestrutura parece grave. As commodities constituem importante item da pauta de exportações brasileira. Em geral, elas têm baixo valor unitário e são pesadas. Por isso, o frete torna-se um item de custo de alta relevância. A exportação de soja oferece um interessante exemplo. O Brasil é, provavelmente, o mais eficiente produtor do mundo. No entanto, os custos de transporte destroem parte dessa vantagem.¹⁶¹

Nesse contexto, a figura de linguagem “gargalo” parte da metáfora com um gargalo de garrafa, cuja dimensão limita a velocidade de saída do líquido. Egon Bockmann Moreira, utilizando a expressão “ponto de estrangulamento” para designar a mesma situação, explica que se trata de dificuldades estruturais que impedem a fluidez e/ou instalação de atividades econômicas e limitam o incentivo, a produtividade e o resultado econômico da produção.¹⁶²

No Brasil, os custos logísticos em 2017 representaram 12,7% do PIB, equivalente a R\$ 749 bilhões. A logística de transporte contribuiu para a maior parte desse resultado, com 6,8% do PIB, seguido pelo estoque (4,5%), armazenagem (0,9%) e administrativo (0,5%). À título de comparação, nos Estados Unidos os custos logísticos corresponderam a 7,8% do PIB em 2017.¹⁶³

posteriormente revogada pelo Tribunal Regional da 3ª Região, conforme pleiteado pela Advocacia Geral da União.

¹⁶⁰ LOPEZ, José Manoel Cortiñas; GAMA, Marilza, op. cit., p. 336.

¹⁶¹ MENDES, Marcos José. **Por que o Brasil cresce pouco: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 46.

¹⁶² MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestruturas e a lei de parcerias público privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110-137.

¹⁶³ **Custo logístico consome 12,7% do PIB do Brasil**. 11 out 2016. Agência CNT Transportes Atual. Disponível em <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/custo-logistico-consome-12-do-pib-do-brasil> Acesso em 30 jan 2021.

Especificamente a respeito das dificuldades logísticas para a inserção do Brasil no comércio global, Dieter Goebel avalia que, no âmbito das exportações, os principais entraves da cadeia logística estão na área portuária, especialmente porque os portos respondem por 95% do volume de carga exportada. Segundo ele, em 2002 a atividade portuária brasileira ainda se baseava em um modelo ultrapassado, focado na recepção e despacho de cargas. Enquanto isso, em economias industrializadas os portos já se apresentavam como grandes centros de serviços de alto valor agregado¹⁶⁴.

Ainda em 2002, por meio de pesquisa de campo realizada com 460 empresas exportadoras brasileiras, em 13 estados de três regiões do país, verificou-se que os principais problemas de logística enfrentados eram os altos custos portuários, o custo do frete marítimo e a falta de navios com frequência desejada¹⁶⁵.

Quando a competitividade das empresas é afetada negativamente pelos custos logísticos, algumas opções se apresentam. Pode-se recomendar apoio à melhoria da gestão de logística dos exportadores, crédito para a compra de melhores equipamentos, e principalmente, mudanças na regulação e investimentos em infraestrutura¹⁶⁶.

3.3 INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA: INVESTIMENTOS PÚBLICOS E INVESTIMENTOS PRIVADOS

A relação entre investimentos públicos e crescimento econômico já foi amplamente explorada pela literatura empírica. Embora não seja unânime, a maior parte dos estudos, principalmente aqueles que incluem infraestrutura, encontram efeitos positivos significativos.^{167 168 169} Há um reconhecimento consideravelmente generalizado a respeito do

¹⁶⁴ GOEBEL, Dietel. A competitividade externa e a logística doméstica. In: PINHEIRO, Armando Castelar; MARKWALD, Ricardo; PEREIRA, Lia Valls (coords.). **O Desafio das exportações**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002. pp. 284-365.

¹⁶⁵ FERAZ, Galeno T.; RIBEIRO, Fernando J. Um Levantamento de Atividades Relacionadas às Exportações das Empresas Brasileiras: Resultados de Pesquisa de Campo com 460 Empresas Exportadoras. In: PINHEIRO, Armando Castelar; MARKWALD, Ricardo; PEREIRA, Lia Valls (coords.). **O Desafio das exportações**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002. pp. 284-365.

¹⁶⁶ GOEBEL, Dietel, op.cit.

¹⁶⁷ SERVÉN, L. **Fiscal rules, public investment, and growth**. New York: Banco Mundial, 2007.

¹⁶⁸ CÂNDIDO JÚNIOR, J. O. **Efeitos do investimento público sobre o produto e a produtividade: uma análise empírica**. Brasília: Ipea, 2006. (Texto para Discussão, n. 1204).

¹⁶⁹ FERREIRA, P. Investimento em infraestrutura no Brasil: fatos estilizados e relações de longo prazo. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 26, n. 2, 1996.

papel estratégico que os investimentos do setor público podem desempenhar na economia, especialmente quando orientados para segmentos de infraestrutura.

No Brasil, os processos de industrialização e de desenvolvimento dos agronegócios tiveram como motor a criação de novos eixos de transporte ligados à infraestrutura logística portuária, que foi apoiada pelos investimentos públicos¹⁷⁰.

O período lembrado como o “milagre econômico” ocorreu entre o final da década de 1960 e início da década de 1980. Foi nesse período que a economia brasileira teve uma das maiores taxas de crescimento do mundo, o que fez o país ser palco de um acelerado processo de urbanização, deixando de ser predominantemente rural e agrícola. Esse movimento foi acompanhado por um processo de concentração da produção na indústria e no setor de serviços, áreas mais produtivas que a agricultura¹⁷¹.

Com efeito, na década de 1970, o Brasil teve um crescimento de PIB per capita na ordem de 5,9% ao ano. Esse crescimento foi acompanhado pelo aumento da participação da população na força de trabalho no percentual de 1,3% ao ano, taxa que só foi atingida novamente 30 anos depois, na década de 2000.

No entanto, esse movimento perdeu sustentação com a crise econômica e fiscal dos anos 1980. Os resultados mais marcantes foram a uma abrupta queda nos investimentos públicos e a necessidade da realização de reformas no Estado em consideração às exigências de responsabilidade fiscal e atração de investimentos.

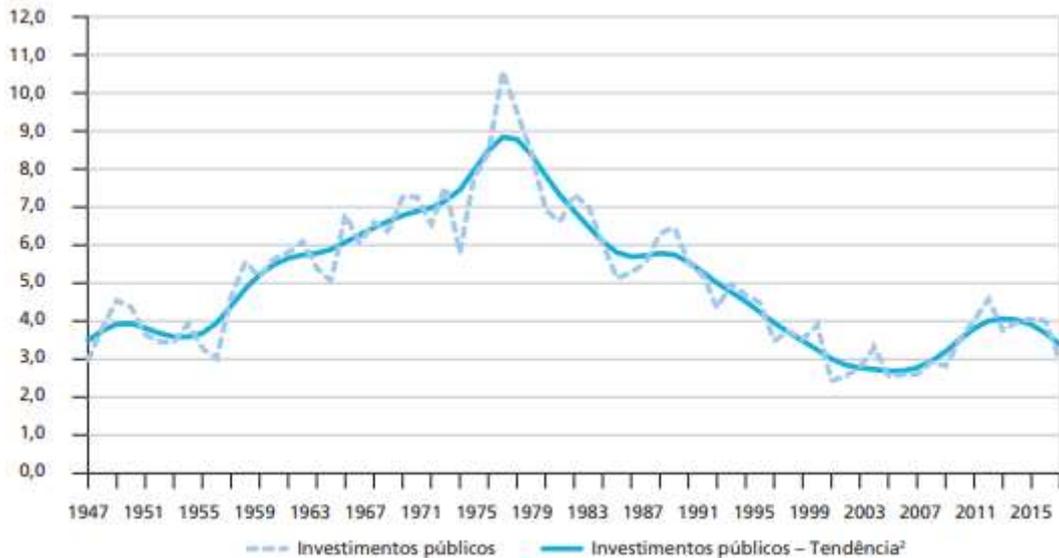
3.3.1 Crise econômica, responsabilidade fiscal e investimentos públicos a partir de dos anos 1980

Na década de 1970, a taxa de investimentos públicos saiu de 7% e chegou a mais de 10% em 1978. No ano seguinte, iniciou um processo de queda gradativa que levou o índice até 3% no ano de 2015¹⁷², conforme o gráfico abaixo.

¹⁷⁰ COUTINHO, Luciano. Prefácio. In BARAT, Josef. **Logística, transporte e desenvolvimento econômico: a visão histórica**, v. 1. São Paulo: CLA, 2007, p. 13.

¹⁷¹ FERREIRA, Pedro Cavalcanti; VELOSO, Fernando. O Desenvolvimento Econômico Brasileiro no Pós-Guerra. In VELOSO, Fernando et al (orgs.). **Desenvolvimento Econômico: Uma Perspectiva Brasileira**. Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2012.

¹⁷² ORAIR, Rodrigo Octávio. **Investimento público no Brasil: trajetória e relações com o regime fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p. 13. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6873/1/TD_2215.PDF Acesso em: 10 jan. 2021.

Gráfico 1 – Histórico de investimentos públicos no Brasil (1947-2015)

Fonte: ORAIR, Rodrigo Octávio, 2016.

Nesse contexto, o processo de desenvolvimento de novos eixos logísticos foi gradativamente bloqueado pela crise de finanças públicas que teve início nos anos 1980 e enfraqueceu a capacidade governamental de investimento¹⁷³. Com efeito, “os investimentos em infraestrutura no Brasil aumentaram vigorosamente até o final dos anos setenta e depois caíram de forma acelerada, sem jamais recuperar os valores mais altos.”¹⁷⁴

A análise do histórico de investimentos públicos em infraestrutura revela que até 1980, o Brasil tinha níveis adequados de investimento, que superavam 5% do PIB. Antes da redemocratização e da crise fiscal vivida no final do regime militar, os investimentos em infraestrutura eram feitos basicamente por empresas públicas federais e estaduais. No entanto, depois de 1980, o nível de investimentos caiu e está, atualmente, em torno de 2% do PIB¹⁷⁵.

Essa situação levou o Estado brasileiro, seguindo a tendência de abertura econômica estabelecida pelo chamado Consenso de Washington, a buscar novas formas de viabilizar investimentos em infraestrutura.

¹⁷³ COUTINHO, Luciano, op. cit., p. 14.

¹⁷⁴ FERREIRA, Pedro Cavalcanti; VELOSO, Fernando, op. cit.

¹⁷⁵ MENDES, Marcos José. Por que o Brasil cresce pouco: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 41.

3.3.2 A participação do setor privado nos investimentos em infraestrutura: crise da Administração Pública e reforma do Estado nos anos 1990

A crise fiscal ocorrida no Brasil a partir dos anos 1980, bem como as pressões de organismos internacionais levou o país a uma encruzilhada: o que fazer quando não há espaço fiscal para a realização de indispensáveis investimento em infraestrutura?

Segundo Luiz Alberto Blanchet, o Estado deve recorrer à utilização de todos os meios juridicamente disponibilizados, em especial pela Constituição, para a busca do efetivo e constante desenvolvimento, destacando-se, entre tais meios, a execução direta das atividades abrangidas por suas competências, e os institutos da concessão, da permissão, da parceria público-privada, da privatização (onde cabível) e da estatização (onde necessária).¹⁷⁶

Para Carlos Ari Sundfled, o desenvolvimento da infraestrutura depende da adoção de mecanismos de associação do público com o privado, que sejam capazes de disponibilizar recursos privados e poupar o Estado do esforço operacional de celebrar e gerenciar muitos contratos.¹⁷⁷

O caminho adotado pelo Brasil a partir dos anos 1990 foi, efetivamente, dar abertura à participação da iniciativa privada no mercado de serviços de infraestrutura. Priscila Braga Santiago, coordenadora de economia da CNT, ressalta que esse movimento, que incluiu a venda de empresas estatais, “permitiu o ingresso de empresas estrangeiras que, em muitos casos, introduziram novas tecnologias e técnicas de organização empresarial que foram determinantes para a modernização da infraestrutura e dos serviços prestados localmente.”¹⁷⁸

Citando o caso das telecomunicações no âmbito da América Latina, ressalta que a abertura à iniciativa privada resultou em uma significativa expansão do acesso aos serviços de telefonia fixa e móvel no período entre 1991 e 2002, com um crescimento anual de 10,4%.

Essa abertura à iniciativa privada partiu das cobranças sociais pelo aumento da qualidade das ações do Estado, diante da baixa qualidade dos serviços públicos e do alto custo do seu financiamento. Em um contexto de crise da Administração Pública baseada no modelo burocrático weberiano, teve lugar a reforma gerencial do Estado, durante o primeiro mandato

¹⁷⁶BLANCHET, Luiz Alberto, 2011.

¹⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Público e Privado no Desenvolvimento de Empreendimentos Estatais**. Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Valmir Pontes Filho, Fabrício Motta e Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Fórum, p. 37-43, ISBN 978-85-450-0157-7, 2017.

¹⁷⁸ SANTIAGO, Priscila Braga, op. cit.

do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998). Reforma essa pautada na atuação de Luis Carlos Bresser-Pereira, que, nas suas palavras, visava, entre outros objetivos, a descentralização dos serviços prestados pelo Estado, buscando sua eficiência e eficácia.¹⁷⁹

O atingimento desse objetivo passaria pela diminuição da atuação direta do Estado no domínio econômico, passando a coordenar e disciplinar a prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas em sentido estrito pela iniciativa privada.

Egon Bockmann Moreira ressalta que a “mão invisível do mercado” nem sempre opera de forma socialmente adequada, de forma que a organização do mercado, por parte do Estado, se mostra imprescindível ao estímulo do desenvolvimento nacional e a promoção da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁰ Diante disso, a intervenção do Estado passou, então, de direta, para regulatória, com delegação de poderes às agências reguladoras, entes da administração pública indireta com competência para regular setores determinados da economia.

3.3.3 Investimentos no setor portuário a partir dos anos 1990

A partir da Reforma Gerencial mencionada, o Estado passou a atuar de forma indireta nos setores de infraestrutura de transportes, mediante a criação de agências reguladoras. Em 5 de junho de 2001 entrou em vigor a Lei nº 10.233, que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). A agência foi criada para regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária.

Importa observar que a criação da ANTAQ foi precedida pela entrada em vigor da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. A chamada “Lei de Modernização dos Portos” teve como um de seus principais objetivos implantar a desmonopolização e o aumento da competitividade no setor portuário.

Conforme apontam Ana Cláudia Farranha, Conrado da Silveira Frezza e Fabiana de Oliveira Barbosa¹⁸¹, a lei estabeleceu uma nova organização administrativa para o setor

¹⁷⁹ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. Gestão do Setor Público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luis Carlos; SPINK, Peter K. (orgs.) **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 28.

¹⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 53-98.

¹⁸¹ FARRANHA, Ana Cláudia; FREZZA, Conrado da Silveira; BARBOSA, Fabiana de Oliveira BARBOSA; Nova Lei dos Portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimento. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 11, n.

portuário, que adotou como principais objetivos da sua gestão os seguintes: conceder a operação portuária e o arrendamento de áreas portuárias, gerando recursos para o governo; incentivar a concorrência entre os portos e terminais, de modo a reduzir custos e obter maior eficiência; e acabar com o monopólio dos trabalhadores portuários.

Com efeito, por meio do artigo 1º, §2º, praticamente todos os serviços e estruturas até então operados pelo Poder Público (seja na esfera federal, estadual ou municipal) tiveram sua prestação delegada à iniciativa privada. O Estado, então, ficou responsável apenas pela gestão e com papel de autoridade portuária, conforme o artigo 33.

Posteriormente, entrou em vigor o Decreto 6.620, de 29 de outubro de 2008, que dispôs sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplinou a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas.

Conforme será demonstrado no próximo capítulo, o tratamento legal dado ao Terminal de Uso Privativo Misto não se mostrou adequado aos objetivos da Lei nº 8.630/1993. Sob o ponto de vista do ambiente institucional, o Decreto trouxe insegurança jurídica para o setor e se mostrou um empecilho à atração de investimentos para a instalação de novos terminais privados, além de ir contra a tendência internacional¹⁸².

Somente em 2012 foi editada a Medida Provisória 595, com o objetivo de facilitar a criação de terminais privados. A medida, que posteriormente foi convertida no novo marco regulatório do setor dos portos, foi recebida como um avanço na legislação, no sentido de reforçar e dinamizar o setor. No entanto, também levantou dúvidas a respeito dos seus efeitos em relação à atração de investimentos para portos organizados.

Diante desse cenário, cabe avaliar, depois de passados oito anos desde a entrada em vigor do novo marco regulatório do setor portuário, quais os efeitos práticos advindos da alteração legal, especialmente no tocante à atração dos investimentos necessários à ampliação e modernização da infraestrutura e dos serviços portuários no Brasil, por meio da remodelada figura do Terminal de Uso Privado. Esse será o objetivo do próximo capítulo.

1, p. 89-116, Jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100089&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2021.

¹⁸² FARRANHA, Ana Cláudia; FREZZA, Conrado da Silveira; BARBOSA, Fabiana de Oliveira BARBOSA, op. cit.

Ainda, cabe frisar que, em 23 de abril de 2020, o ex-secretário do Tesouro, Mansueto Almeida, reafirmou a impossibilidade do governo de fazer os investimentos necessários para a retomada da economia após a crise econômica e sanitária causada pela pandemia do Covid-19. Segundo ele, “o governo não tem força para puxar investimento via recurso público, falta espaço fiscal”. Para o economista, cabe ao país criar um ambiente institucional que gere segurança para que os atores privados possam fazer os investimentos necessários: “quando sairmos da crise, cabe a nós mostrar aos investidores privados que teremos estabilidade de regras para recebermos esses investimentos”¹⁸³.

Portanto, além da análise dos efeitos do novo marco regulatório, mostra-se igualmente importante analisar o papel da ANTAQ na regulação do setor e a sua contribuição para a criação de um ambiente institucional favorável à atração desses investimentos. Esses tópicos serão tratados no próximo capítulo.

¹⁸³ ESTADO DE MINAS. **Falta espaço fiscal para puxar investimentos**. 24 abr 2020. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/04/24/internas_economia,1141483/falta-espaco-fiscal-para-puxar-investimentos.shtml Acesso em: 24 jan. 2021.

4 A LEI Nº 12.815/2013 E A REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO: PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO

No capítulo 2 deste trabalho foi abordada a importância da análise do ambiente institucional (este considerado como o contexto econômico e social formatado pela ordem jurídica) para a aferição da eficiência de uma lei no tocante à relação entre seus meios e fins. No capítulo 3, tratou-se de delinear o ambiente institucional dos setores de infraestrutura de transportes no Brasil, correlacionando infraestrutura de transportes, eficiência logística e desenvolvimento.

No presente capítulo, busca-se analisar: a) como ocorreu a entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013 no ambiente institucional esboçado anteriormente; b) averiguar que tipo de mudança institucional a Nova Lei dos Portos foi capaz de promover; c) quais os efeitos concretos que o novo marco regulatório induziu e se eles estão de acordo com os seus objetivos e diretrizes; e d) se é possível afirmar que logrou promover o desenvolvimento do país.

Com a exposição desses resultados e a realização dessas análises, passou-se a verificar qual deve ser o papel da regulação setorial no cenário de mudança institucional promovido pela Lei nº 12.815/2013.

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

No capítulo 3 da presente dissertação foi delineado o ambiente institucional do setor de transportes nacional e os seus notórios problemas de investimentos, especialmente a partir da crise econômica e fiscal dos anos 1980, e como a Reforma do Estado dos anos 1990 incidiu nesse cenário.

Nesse primeiro momento, é importante tratar especificamente do ambiente institucional do setor portuário anterior à entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013, a fim de ter em mente uma das principais diretrizes do novo marco regulatório: a necessidade de incentivo da participação da iniciativa privada no setor portuário. Com efeito, o cenário institucional de insegurança jurídica para potenciais investidores (especificamente aqueles interessados na exploração de terminais privados localizados fora das áreas de portos organizados e dedicados à movimentação de contêineres), foi um dos principais obstáculos do setor que a lei pretendeu superar. Afinal, trata-se de uma necessidade decorrente das mudanças tecnológicas e

operacionais no âmbito do próprio comércio internacional que necessitavam ser endereçadas, sob pena de o Brasil perder ainda mais competitividade e expressão no mercado global.

Assim sendo, é necessário abordar os antecedentes históricos envolvidos, a fim de que fique clara a mudança institucional promovida pela Lei nº 12.815/2013, e para que os seus resultados sejam melhor compreendidos.

4.1.1 O processo de containerização do transporte marítimo de cargas no comércio internacional

A partir das décadas de 1980 e 1990 observou-se a intensificação dos fluxos de comércio internacional pela via marítima, fato que, em nível global, pressionou pela reforma das infraestruturas portuárias. Esse movimento decorreu da necessidade de se oferecer suporte logístico ao crescente fluxo de comércio entre os países. Importante notar que uma notável inovação tecnológica marcou esse período de aumento da demanda por reformas para a oferta de infraestrutura e serviços portuários adequadas.

Até meados dos anos 1960, o processo de movimentação de cargas gerais era lento, inseguro e não garantia a incolumidade dos bem transportadas. O processo, na maioria das vezes, era feito de forma manual, fato que prejudicava a segurança das cargas, dos trabalhadores envolvidos e a eficiência logística. Esse cenário foi propício para que uma mente visionária e inovadora desse o pontapé para o processo de containerização do transporte marítimo, tão importante para o posterior desenvolvimento do comércio internacional.

Existem registros históricos de formas rudimentares de contêineres desde a antiguidade. Wagner Antônio Coelho¹⁸⁴, citando Miguel Jorge Elias Zogahib, aponta que no Antigo Testamento da Bíblia Sagrada há uma remissão ao fato de que os hebreus utilizavam caixas de carga para transportar armamentos e suprimentos. O mesmo autor, referindo Gijsbertus Van Den Burg, cita um anúncio veiculado pela revista *National Geographic* em 1911, com a foto de um recipiente semelhante a um contêiner, de 18 x 8 x 8 pés, sendo içado para bordo de um navio. Posteriormente, no decorrer da Segunda Guerra Mundial, o exército dos Estado Unidos utilizou uma caixa de metal de 6 x 6 x 8 pés, denominada CONEX (*Container Express Service*), para o transporte de armamentos e outros objetos¹⁸⁵.

¹⁸⁴ COELHO, Wagner Antônio. **Contêiner: aspectos históricos e jurídicos**. Itajaí: Univali, 2011, p. 20.

¹⁸⁵ COELHO, Wagner Antônio, op. cit., p. 21.

No entanto, foi somente na década de 1950 que se verificou o passo inicial para o processo de containerização do transporte internacional de cargas. Curiosamente, esse passo foi dado por um empresário do ramo de transportes rodoviários e não do transporte marítimo. Malcolm Purcell McLean (1913-2001), proprietário de uma empresa de transportes rodoviários, depois de passar horas observando a descarga de um de seus caminhões em um porto americano, resolveu colocar em prática a ideia de utilizar um recipiente de cargas que diminuísse o tempo de carga e descarga, e os custos das operações.

Após adquirir um empréstimo e comprar dois navios T2, utilizados na Segunda Guerra Mundial, McLean conseguiu adaptar um deles para o transporte de contêineres. Segundo Wagner Antonio Coelho, citando Marc Levinson, “instalado sobre o *deck* principal do navio, havia *slots* longitudinais, aos quais estavam presos cinquenta e oito *trailers* de caminhões desprendidos dos seus eixos”¹⁸⁶. Em 26 de abril de 1956, o navio zarpou do porto de Newark, Nova Jérsei, em direção a Houston, no Texas. “Após seis dias de viagem, a embarcação chegou ao destino e os *trailers* foram retirados dos *slots* por meio de guindastes e presos aos eixos de caminhões que efetivaram a entrega das mercadorias aos destinatários”¹⁸⁷.

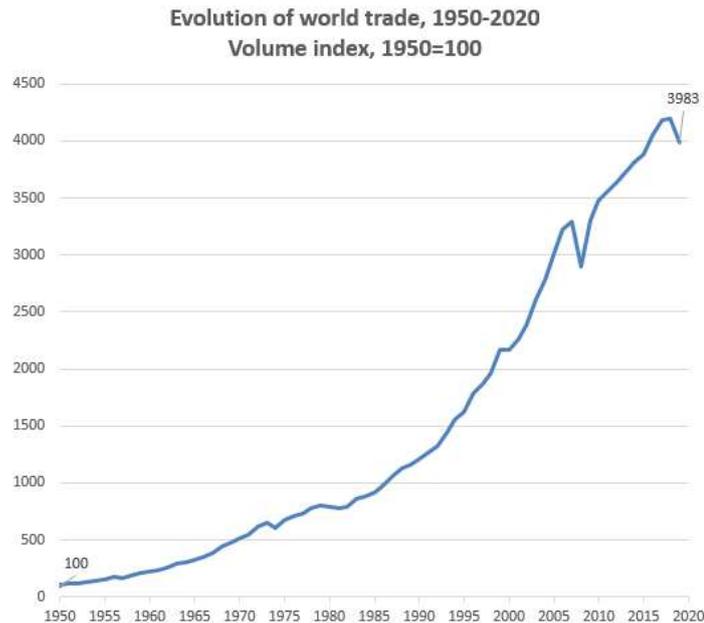
A partir de então, o processo de containerização se desenvolveu de forma gradual, vindo a se firmar na década de 1970, com a oferta do serviço de forma consistente pela companhia de navegação dinamarquesa AP Moller – Maersk Group, atualmente denominada somente Maersk¹⁸⁸. Esse processo, nas palavras de Marc Levinson, tornou o mundo menor e a economia mundial maior¹⁸⁹. Essa afirmação é corroborada pela análise das estatísticas do volume do comércio internacional entre 1950 e 2020:

¹⁸⁶ Ibidem, p. 22.

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 23.

¹⁸⁹ LEVINSON, Marc. **The Box: How the shipping container made de world smaller and the world economy bigger**. Nova Jérsei: Princeton, 2006.

Gráfico 2 – Evolução do Comércio Internacional, 1950-2020

Fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO, 2021.

Percebe-se que, a partir de meados dos anos 1970, logo após a primeira crise do petróleo (1973), o crescimento do comércio internacional foi exponencial. Após uma leve e passageira queda no final dos anos 1980, em decorrência da segunda crise do petróleo (1979), o movimento acelerou-se novamente. Segundo os dados da OMC, o volume de trocas no comércio internacional atualmente é quarenta vezes maior do que aquele registrado no início dos anos 1950.

O contêiner possibilitou a oferta de serviços de transporte multimodal de cargas, ou porta-porta. Além dessa melhoria qualitativa, verifica-se uma melhora também quantitativa. Atualmente, o maior navio porta-contêineres do mundo é o HMM Algeciras, do armador HMM (*Hyundai Merchant Marine*), com capacidade para 24 mil TEU's (*twenty-foot unit*¹⁹⁰). A fim de dimensionar a capacidade de transporte de um porta-contêineres como o HMM Algeciras, um contêiner de 1 TEU pode ser unitizado com 48 mil bananas, de modo que o navio poderia transportar, de um só vez, mais de um bilhão de bananas.

Evidentemente, esse salto de escala gerou a necessidade de adaptação não só dos navios, mas também dos terminais portuários, a fim de possibilitar o manuseio dos contêineres

¹⁹⁰ Unidade de vinte pés: é a medida-padrão utilizada para calcular a capacidade de carga de um contêiner. Um TEU representa a capacidade de carga de um contêiner marítimo normal, de 20 pés de comprimento, por 8 pés de largura e 8 pés de altura.

de forma eficiente. O processo de containerização forçou a modernização dos portos, em razão da necessidade de adquirir equipamentos como guindastes, pórticos, portêineres, transportadores horizontais, entre outros, bem como da indispensável adaptação dos terminais aos novos e cada vez maiores navios porta-contêineres.

É nesse contexto de necessidade de modernização dos terminais portuários que, no ano de 1993, entra em vigor a Lei 8.630, a “Lei de Modernização dos Portos”.

4.1.2 A Lei de Modernização dos Portos (8.630/1993)

A Lei 8.630/1993 esteve dentro do movimento pautado pela reforma da infraestrutura e serviços portuários a fim de atender o crescente aumento do fluxo de comércio internacional e a necessidade de adequação logística decorrente do processo de containerização. Antes disso, a grande maioria dos portos brasileiros era administrado pelo Governo Federal, por meio da PORTOBRAS, nos termos da Lei nº 6.222/1975. Em 1990, por meio da Lei nº 8.029, o Poder Executivo foi autorizado a extinguir, transformar, dissolver ou privatizar diversas entidades da Administração Pública Federal, entre elas a PORTOBRAS. A extinção da empresa pública foi então concretizada por meio do artigo 76 da Lei de Modernização dos Portos.

Ao mesmo tempo, a Lei de Modernização dos Portos também esteve dentro do âmbito da reforma do Estado Brasileiro promovida durante os anos 1990. A entrada em vigor da lei ocorreu concomitantemente ao processo de privatizações iniciado no Governo do Presidente Fernando Collor (1990-1992) com o PND (Lei nº 8.031/1990), bem como à Reforma Gerencial iniciada em 1995, sob os auspícios de Luiz Carlos Bresser Pereira. Segundo ele, o Estado se encontrava em crise. Uma crise fiscal que levou a uma crise de poupança que, por sua vez, levou a uma crise de investimentos. Assim, o Estado se imobilizou.¹⁹¹

Diante desse cenário, para Bresser Pereira, o caminho para contornar a crise do Estado e que levaria ao “Estado Social-Liberal do século vinte-e-um” passaria por quatro etapas: a) a delimitação das funções do Estado e redução do seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e "publicização"; b) a redução do grau de interferência do Estado através de programas de desregulação, transformando-o em um promotor da capacidade de competição do país em nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional; c) o aumento da governança do Estado,

¹⁹¹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógicas e mecanismos de controle. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 12.

da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e d) o aumento da governabilidade, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta¹⁹².

Antes do advento da Lei de Modernização dos Portos, o sistema portuário brasileiro era composto pelos terminais públicos, operados mediante concessão do Estado, e os terminais privados, que só movimentavam carga própria. Segundo Giovanna Mayer, citando Wesley Collyer, naquela época “os portos brasileiros tinham odor de mofo e de burocracia”.¹⁹³

A lei previu em seu artigo 1º que “Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado”. O §2º prevê também a possibilidade de exploração do porto organizado por meio da permissão. No entanto, a lei não dispensou tratamento abrangente a essas modalidades de exploração do porto organizado por particulares. O dispositivo citado apenas faz remissão à “lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos”.

Em oposição aos terminais portuários públicos (localizados dentro do porto organizado), a lei previu a figura do “terminal de uso privativo”. Segundo o artigo 1º, §1º, inciso V, em sua redação original, trata-se da instalação portuária “explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação e ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário”. Conforme o artigo 4º, *caput*, e inciso II, o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar esse tipo de instalação portuária, depende de autorização. Por sua vez, o artigo 6º conceitua a autorização como “a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”.

Posteriormente, no ano de 2001 foi editada a Lei nº 10.233, que dispôs sobre a reestruturação do transporte aquaviário e criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários. O artigo 12, *caput*, e inciso I, previu que constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviários, descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de

¹⁹² BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, op. cit., loc. cit.

¹⁹³ MAYER, Giovanna. Regulação Portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 160 p. 2009.

delegação, ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do artigo 21 da Constituição Federal. Por sua vez, o artigo 13, inciso I, previu que as referidas outorgas serão realizadas sob a forma de concessão, quando se tratar de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura. Por seu turno, o inciso V, alínea “c”, do mesmo dispositivo, dispôs que, no caso de exploração de infraestrutura de uso privativo, caberia a outorga por meio de autorização.

Esse era o panorama inicial da reforma do setor portuário brasileiro. No entanto, longe de resolver todos os problemas do setor, as medidas acima citadas criaram um novo problema envolvendo a concorrência entre os terminais portuários públicos e os terminais privativos, especificamente aqueles de uso misto que se dedicaram à movimentação de contêineres.

No ano de 2008 foi editado o Decreto nº 6.620, que dispôs sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários, de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplinou a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, entre outras diretrizes.

Tendo em vista que a presente dissertação tem foco na exploração, por particulares, de instalações portuárias localizadas fora da área de porto organizado e dedicadas à movimentação de contêineres, cabe voltar a atenção para o terminal de uso privativo – nomenclatura utilizada pelas leis nº 8.630/1993 e 10.233, além do Decreto nº 6.620/2008 –, a fim de que adiante possam ser esmiuçadas as alterações promovidas pelo Lei 12.815/2013.

4.1.2.1 O Terminal de Uso Privativo Misto

Conforme mencionado, o artigo 4º, inciso II, da Lei 8.630/1993 (mesmo antes da alteração em sua redação, promovida pela Lei nº 11.518/2007) previu a necessidade de autorização para a construção, reforma, ampliação, melhoria, arrendamento e exploração de instalação portuária de uso privativo. No gênero “terminal de uso privativo”, estão incluídas, além da instalação de turismo para movimentação de passageiros (incluída pela Lei nº 11.314/2006) e a estação de transbordo de cargas (incluído pela Lei nº 11.518/2007), as instalações de uso privativo exclusivo (para movimentação de carga própria) e de uso privativo misto (para movimentação de carga própria e de terceiros).

Os conceitos legais previstos respectivamente pelas alíneas “a” e “b” do artigo 4º, §2º, inciso II, são auto explicativos. O terminal de uso privativo exclusivo deveria servir como uma estrutura complementar da cadeia logística do autorizado. Ou seja, uma instalação portuária

auxiliar de sua atividade principal, utilizada para movimentar unicamente “carga própria”, nos termos legais. É um terminal verticalizado, integrado na cadeia de produção de um agente econômico específico.

Por outro lado, o terminal de uso privativo misto, segundo o texto legal, estaria aberto para “para movimentação de carga própria e de terceiros”. Na prática, entretanto, o conceito de terminal de uso privativo misto não teve uma instrumentação tão simples quanto o texto da sua previsão legal.

Conforme aponta Giovanna Mayer¹⁹⁴, a Lei de Modernização dos Portos não previu qualquer proporção de quantidade de carga própria em detrimento de carga de terceiros. No entanto, a Resolução nº 517/1005 da ANTAQ previu em seu artigo 12, inciso XV, como obrigação do autorizado, “realizar a movimentação mínima anual de carga própria” em conformidade do especificado na habilitação técnica necessária a obtenção da autorização (art. 5º, inciso II, alínea c). Indo além, o artigo 13, inciso XIV, previu como infração “deixar de efetuar, injustificadamente, a movimentação mínima anual de carga própria, ou, para o caso dos terminais já em operação, a movimentação de carga própria de acordo com o objeto do terminal”, sujeita a multa de até R\$ 50 mil.

Posteriormente, a edição do Decreto nº 6.620/2008 instaurou grande celeuma no setor portuário brasileiro. Ao abordar conceitos legais objetos de tratamento pelo Decreto, estabeleceu como carga própria “aquela pertencente ao autorizado, a sua controladora ou a sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária” (artigo 2º, inciso IX). Por sua vez, carga de terceiro foi conceituada como “aquela compatível com as características técnicas da infra-estrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária”.

O problema originou-se especificamente com o artigo 35 do Decreto, que trata das atividades portuárias a serem realizadas pelas instalações portuárias de uso privativo. Nada mudou em relação ao terminal de uso privativo exclusivo, sobre o qual o Decreto repetiu a previsão da Lei nº 8.630/1993, a respeito da “movimentação de carga própria”. Já em relação ao terminal de uso privativo misto, o Decreto previu que deveria realizar “movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros”. A novidade

¹⁹⁴ MAYER, Giovanna, op. cit., p. 100.

estava na previsão acerca do caráter “eventual e subsidiário” da movimentação de carga de terceiros.

Conforme aponta Giovanna Mayer, “até outubro de 2008 não havia qualquer indicativo legal de que a movimentação das cargas de terceiros consubstanciaria atividade excepcional e subsidiária dos terminais privativos”¹⁹⁵, pois conforme a Lei nº 8.630/1993 e Resolução nº 517/2005 da ANTAQ, “bastava a movimentação do mínimo de carga própria declarada do momento do pedido de autorização”¹⁹⁶, não havendo qualquer restrição à movimentação de cargas de terceiros para além da exigência da demonstração da movimentação de quantidade mínima de carga própria.

A justificativa para essa previsão seria a de preservar a concorrência entre terminais privativos e terminais públicos, em razão dos diferentes regimes de exploração entre eles. Afinal, os terminais públicos estavam sujeitos ao recolhimento de tarifa à Administração (artigo 33, §1º, inciso IV, da Lei nº 8.630/1993), bem como à contratação de mão-de-obra segundo os ditames da Lei de Modernização dos Portos e do Decreto nº 6.620/2008. Esse último previa em seu artigo 9º, que “o trabalho portuário avulso deve observar as condições de aplicação da mão-de-obra portuária de competência do órgão gestor de mão-de-obra do trabalho portuário avulso, de acordo com as respectivas convenções coletivas de trabalho celebradas pelas entidades representativas dos operadores portuários e dos trabalhadores portuários avulsos, que atuam na área do porto organizado”.

Essa lógica baseava-se no pensamento (defendido pelos terminais públicos) de que os terminais de uso privativo misto foram legalmente previstos apenas para tratar/enfrentar o problema da ociosidade na operação dos terminais de uso privativo exclusivo. Estes últimos, como estruturas integrantes das cadeias logísticas dos autorizados, eram caracterizados pela sazonalidade. Normalmente utilizados para a movimentação de produtos agrícolas, em determinadas épocas do ano ficavam ociosos. Essa situação poderia então ser parcialmente solucionada por meio da autorização para que movimentassem cargas de terceiros em caráter eventual e subsidiário, nos termos da previsão legal que efetivamente se concretizou por meio do Decreto nº 6.620/2008.

¹⁹⁵ MAYER, Giovanna, op. cit., loc. cit.

¹⁹⁶ Ibidem.

Assim, segundo a ótica dos defensores dos terminais públicos, não seria a intenção do legislador inserir o terminal de uso privativo misto em um processo competitivo com os terminais públicos.

Para justificar essa restrição aos terminais de uso privativo misto, utilizava-se o raciocínio de que os terminais de uso público, efetivos prestados de serviço público, seriam os instrumentos primordiais para a prestação dos serviços públicos portuários, especialmente os terminais de contêineres (em razão da própria natureza das cargas containerizadas). Por esse motivo, deveriam ser protegidos da concorrência com os terminais privativos, que não se sujeitavam às obrigações contratuais e aos encargos mais limitadores de sua autonomia, como os terminais de uso público.

Outra razão levantada pelos detratores dos terminais de uso privativo misto era a questão da soberania nacional. A possibilidade de concorrência com os terminais públicos possibilitaria, ao longo do tempo uma tomada de controle por parte de investidores internacionais, sem qualquer controle do Estado brasileiro, diante da sua integral sujeição ao regime de direito privado. No entanto, há que se observar, conforme aponta Egon Bockmann Moreira, que “com o passar dos séculos, de assunto sobrecarregado de atenção quanto à segurança nacional e preservação da soberania, os portos passaram a ser tratados como específica atividade econômica, de titularidade da União”.¹⁹⁷

Não obstante, foi essa lógica – sob determinado ponto de vista – anacrônica, fundamentada no artigo 35 do Decreto nº 6.620, que embasou o ajuizamento, em abril de 2008, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 139, pela Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC). A Associação argumentava que a ANTAQ vinha permitindo a instalação de terminais privativos de uso misto sem carga própria relevante, situação que representava inobservância dos limites constitucionais para a criação e operação de terminais de uso privativo misto, e a suposta destruição do regime constitucional de consagração da titularidade e do controle estatais sobre os serviços públicos portuários.

A ADPF acabou sendo julgada prejudicada em 2014, por decisão do relator, Ministro Gilmar Mendes, que entendeu que a ação perdeu o seu objeto em razão da superveniência da Lei 12.815/2013, que alterou profundamente as normas legais de regência da matéria.

¹⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann, 2014, p. 33.

Independentemente do mérito decorrente da análise estritamente jurídica da questão envolvendo os terminais de uso privativo misto e os terminais de uso público, é preciso observar os efeitos práticos que recaíram sobre o ambiente institucional do setor portuário em razão da restrição positivada pelo Decreto 6.620/2008, na linha da proposta da NEI, explicitada no segundo capítulo da presente dissertação. Nesse sentido, observa-se que a restrição à movimentação de cargas de terceiros nos terminais de uso privativo, além de trazer insegurança jurídica aos terminais já em operação, impunha severo impeditivo aos interessados no estabelecimento de novos terminais privativos destinados precipuamente à movimentação de carga de terceiros.

Afinal, qualquer interessado na instalação de um novo terminal com esse fim tinha diante de si a restrição em comento, bem como a natural limitação da oferta de outorgas de concessão ou arrendamento de portos ou terminais públicos.

Essa situação paradigmática acabou motivando a edição da Medida Provisória nº 595/2012, que será adiante analisada.

4.1.3 A Medida Provisória nº 595/2012

A Medida Provisória 595 de 6 de dezembro de 2012 foi o passo inicial para o estabelecimento de um novo marco regulatório para o setor portuário brasileiro, após quase vinte anos de vigência da Lei 8.630/1993.

A agora antiga Lei de Modernização dos Portos, de fato, trouxe melhorias ao setor, como a previsão dos arrendamentos portuários e o avanço na direção da impessoalidade e eficiência (pelo menos formalmente). Entretanto, o longo lapso temporal decorrido desde a sua entrada em vigor, as inovações tecnológicas, operacionais e comerciais havidas desde então, bem como as demandas dos agentes econômicos – relativas à necessidade de liberalização da exploração do setor, atração de investimentos e modernização da infraestrutura portuária – impunham a busca de novas alternativas.

A medida provisória, porém, não foi poupada de críticas. De fato, o ato normativo possui fragilidades e pontos que poderiam ter sido discutidos de forma mais ampla com a sociedade e os agentes econômicos envolvidos, em contraposição à peculiar condução do trâmite legislativo originado pela edição da Medida Provisória 595, que culminou na Lei nº 12.815/2013.

Sem adentrar no mérito das críticas à Lei nº 12.815/2013, e de acordo com o escopo da presente dissertação, é útil analisar os méritos da legislação em comento, especificamente o

endereço da controvérsia no âmbito da movimentação de contêineres envolvendo os terminais públicos e os terminais de uso privativo misto.

Note-se que, no início dos anos 1990 o processo de containerização ainda estava em curso no Brasil. Parte considerável da carga geral ainda não era unitizada em contêineres, mas transportada de forma pulverizada, por vezes objeto de amarrações, ou em embalagens como os *pallets*. No entanto, com o avanço do processo de containerização, os terminais passaram a ter a necessidade de se adequar às exigências impostas pela revolução no transporte marítimo de cargas iniciada por Malcom McLean. Nesse cenário, com a promulgação da Lei nº 8.630/1993, estabeleceram as controvérsias acerca da suposta incompatibilidade da figura do terminal de uso privativo misto com a prestação de serviços portuário dedicado exclusivamente à movimentação de contêineres.

É que esse tipo de terminal, em razão da própria natureza do contêiner, pressupõe uma heterogeneidade das cargas movimentadas, tanto em relação à sua natureza, quanto à sua propriedade. Assim, sua própria vocação natural (de servir aos usuários em geral) estaria em desacordo com a previsão legal do terminal de uso privativo misto, em razão da necessidade de movimentação de carga própria mínima.

Era necessário, portanto, lidar com esse paradoxo, buscando um caminho para fomentar a segurança jurídica e um ambiente institucional propício, sob pena de frustração de qualquer projeto nacional de atração de investimentos, modernização e expansão da infraestrutura portuária nacional.

4.2 A LEI Nº 12.815/2013 E SEUS OBJETIVOS

A Medida Provisória nº 595/2012 foi aprovada pelo Congresso Nacional em 16 de maio de 2013. Em 5 de junho de 2013 foi convertida na Lei nº 12.815/2013, comumente referida como a “Nova Lei dos Portos”.

Em seu artigo 1º, a lei trata de definir o seu escopo: regular a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. O mesmo artigo prevê que a exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público (§1º). Além disso, dispõe que a exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização (§2º).

O artigo 3º, prevê em seu *caput*, como principais objetivos da exploração dos portos organizados e instalações portuárias, aumentar a competitividade e fomentar o desenvolvimento

do país. Esses objetivos devem ser perseguidos com a observância das diretrizes arroladas nos incisos do dispositivo: a) expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias (inciso I); b) garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários (inciso II); c) estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas (inciso III); d) promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos (inciso IV); e) estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias (inciso V, conforme a redação dada pela Lei nº 14.047/2020) e; f) liberdade de preços nas operações portuárias, reprimidos qualquer prática prejudicial à competição e o abuso do poder econômico (inciso VI).

Para os fins da presente dissertação, cumpre analisar, além dos objetivos previstos no *caput* do artigo 3º, as diretrizes constantes dos incisos I e V, que serão adiante abordados.

4.2.1 Aumento da competitividade

Conforme foi abordado no capítulo 3, o déficit de infraestrutura de transportes, e, em especial, da infraestrutura portuária é um grande obstáculo para que o Brasil obtenha prosperidade no comércio internacional e melhore seus índices de desenvolvimento econômico e social. Um dos entraves para um melhor desempenho no comércio internacional é que esse déficit de infraestrutura se apresenta como um fator que diminui a competitividade do Brasil frente a outros países que contam com uma infraestrutura de transportes com mais opções e mais moderna, e que, conseqüentemente, oferece serviços de menor preço e maior qualidade.

Conforme apontam José Manoel Cortiñas Lopez e Marilza Gama¹⁹⁸, a questão da competitividade das empresas nacionais no comércio internacional não está diretamente ligada à capacidade individual de atuação, mas “dependem de políticas de governo, de disponibilidade de infra-estrutura adequada e de oferta de serviços complementares à produção eficientes”. Não se trata de uma questão de gestão empresarial, mas sim, de atuação estatal no sentido de criar um ambiente institucional propício à atração dos investimentos necessários para a criação de

¹⁹⁸ LOPEZ, José Manoel Cortiñas; GAMA, Marilza, op.cit., p. 337.

opções empresariais (especificamente de infraestrutura de transportes) que possam se traduzir, em médio e longo prazo, em melhorias dos índices de competitividade. Atuação essa que é inarredável, especialmente diante dos preceitos constitucionais envolvidos e das inescapáveis restrições fiscais.

Um ambiente institucional atrativo é indispensável, especialmente em uma época de contenção de gastos, falta de espaço fiscal para os investimentos públicos em infraestrutura portuária (que são necessariamente maciços), e do direcionamento de recursos públicos para áreas consideradas mais prioritárias, como a saúde, educação e segurança pública.

A fim de ilustrar o nível de competitividade do país, especificamente diante do mencionado cenário de déficit de infraestrutura portuária mencionado, foi utilizado o Ranking de Competitividade editado pelo Fórum Econômico Mundial. Para demonstrar o cenário em que entrou em vigor a Lei nº 12.815/2013, e no intuito de possibilitar uma comparação com o cenário atual, foram utilizados os dados referentes ao ano de 2013, exatamente quando foi sancionada a Nova Lei dos Portos.

Desde 1979, o Fórum Econômico Mundial divulga anualmente o *Global Competitiveness Report*, ranking de competitividade global que avalia o desempenho de 144 economias. O estudo fundamenta seus resultados em estatísticas do banco de dados *Global Competitiveness Index* e pesquisas realizados com empresários dos 144 países que atualmente participam da pesquisa.

Segundo o próprio Fórum Econômico Mundial, o ranking:

(...) avalia os fatores e instituições identificados por pesquisas empíricas e teóricas como fatores determinantes de melhorias na produtividade que, por sua vez, são as principais determinantes do crescimento em longo prazo e fatores essenciais do crescimento econômico e da prosperidade. O ranking de competitividade global, portanto, procura ajudar os tomadores de decisão a compreenderem a complexa e multifacetada natureza do desafio do desenvolvimento; conceberem melhores políticas, com base em colaboração público-privado; e tomar medidas para restaurar a confiança na possibilidade de progresso econômico contínuo.¹⁹⁹

Em razão da natureza e da quantidade de dados coletados na edição do ranking, refletidos nos diversos critérios e subcritérios eleitos pelo Fórum Econômico Mundial, é possível apontar a credibilidade do estudo na avaliação da competitividade dos países participantes. Nesse sentido é a análise de que “(...) os indicadores ainda são bons instrumentos

¹⁹⁹ FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Ranking de Competitividade Global**. 2017. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/>. Acesso em: 13 mai. 2021.

de medida das mudanças ocorridas em um país, a favor ou contra a melhoria do ambiente competitivo”.²⁰⁰

Os dados levantados referem-se a doze temas centrais, dentro dos quais são avaliados diversos fatores de competitividade. Um dos doze principais temas avaliados é a infraestrutura.

Na edição que cobre o ano de 2013, o Brasil ocupava o 9º lugar no critério "tamanho de mercado", o 48º lugar no ranking geral de competitividade e o 76º lugar no critério "infraestrutura". Desses dados, conclui-se que o Brasil – o 5º maior do mundo em extensão territorial e 6º em população – é um país imenso, com uma economia pujante, mas que conta com uma infraestrutura extremamente deficitária e que, há tempos e cada vez mais, demanda atitudes e medidas que contribuam para um desenvolvimento contínuo e prolongado, conforme já abordado do capítulo 2 da presente dissertação.

Indo mais além, o setor de infraestrutura portuária é simbólico. No critério "qualidade da infraestrutura portuária" o Brasil ocupava a 135ª posição entre os 144 países participantes.

Portanto, verifica-se que, para além do diagnóstico nacional a respeito do déficit de infraestrutura portuária, os próprios *players* do comércio internacional apontam os baixíssimos níveis da qualidade da infraestrutura e a ineficiência dos serviços portuários como o principal obstáculo à realização de negócios no país.

Foi diante desse cenário que entrou em vigor a Lei nº 12.8152/2013, de modo que se mostra plenamente cabível a previsão legal do objetivo de aumento da competitividade do país no novo marco regulatório dos portos.

4.2.2 Desenvolvimento do país

Conforme já abordado no capítulo 3, o comércio internacional teve papel fundamento no desenvolvimento da civilização desde a antiguidade, passando pelo período medieval, até a modernidade. Posteriormente, conforme o pensamento de Niall Ferguson e Daniel Cohen, a competição entre os Estados nacionais modernos teve papel fundamental para o desenvolvimento do mecanismo de mercado na Europa.

Desde então, fatores como os avanços tecnológicos, industriais e de transportes, a globalização, o desenvolvimento das corporações multinacionais e o *outsourcing*, entre outros,

²⁰⁰ ARRUDA, Carlos Alberto, et al. A relação entre crescimento econômico e competitividade: um estudo sobre a capacidade de previsão do global competitiveness report. **BASE – Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos**, v. 6, p. 285-298, nov./dez. 2009.

impactaram sobremaneira a dinâmica e o desenvolvimento do comércio internacional. Contribuíram, assim, para a manutenção e o aumento da percepção de que o comércio internacional é um fator importante na busca pelo desenvolvimento econômico.

A própria teoria econômica moderna, desde os seminais estudos realizados por Adam Smith e David Ricardo, entre outros, colocou o comércio internacional no centro de suas preocupações.

Afinal, a participação no mercado globalizado representa um fator importante para a geração de renda e empregos em qualquer dos lados da corrente comercial, e uma balança comercial positiva abre portas para a internacionalização de divisas e ampliação de mercados, situação essa que abre portas para oportunidades de desenvolvimento local, regional e nacional.

O legislador ordinário captou essa perspectiva, evidentemente, com a ajuda do *lobby* dos setores produtivos, positivando como objetivos do novo marco regulatório do setor portuário a competitividade e o desenvolvimento do país. A redação do *caput* do artigo 3º da Lei 12.815/2013 deixa clara a percepção de que, ao menos no setor portuário, competitividade e desenvolvimento estão umbilicalmente ligados. Assim, coube ao legislador positivar o objetivo de desenvolvimento do país, uma verdadeira exigência constitucional, conforme estabelece o artigo 3º, inciso II, da Constituição.

As características específicas do setor, bem como o histórico de atuação estatal nele, e os efeitos concretos daí decorrentes, justificam essa correlação entre competitividade e desenvolvimento. Além disso, a competitividade pressupõe concorrência (*intra e inter* portos), como forma de fomento à competitividade, sob o prisma da eficiência econômica. Afinal, a concorrência impõe os imperativos de modernização, melhoria da qualidade dos serviços e diminuição do preço, elementos necessários à melhoria dos índices de competitividade do setor, conforme bem reconheceu a Lei nº 12.815/2013.

Nesse sentido, é possível afirmar que, com o aumento da competitividade do setor portuário, beneficia-se o próprio desenvolvimento do país, eis que a modernização dos portos pode melhor atender a eficiência econômica²⁰¹, pressuposto do desenvolvimento, especialmente diante da inexorável escassez de recursos. Note-se que, essa correlação entre competitividade, desenvolvimento, eficiência econômica e escassez de recursos, insere-se na perspectiva e exigências da AED, já expostas no capítulo 2 da presente dissertação.

²⁰¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, et al. Análise econômica normativa e Nova Lei dos Portos: a questão da política portuária. **RJLB**, Ano 5 (2019), nº 6. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_0221_0247.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

É possível, portanto, concluir que o legislador captou a relação entre o Direito e o cenário econômico, e atendeu as demandas dos setores produtivos. Entre elas, destaca-se a intenção de resolver o imbróglio envolvendo os terminais de uso privativo misto e os terminais públicos, estabelecido sob a égide da Lei nº 8.630/1993, tema tratado a seguir.

4.2.3 O Terminal de Uso Privado

Conforme mencionado anteriormente no presente capítulo, a Lei 8.630/1993 constituiu uma tentativa de arejar os ares dos portos brasileiros e afastar o “odor de mofo e burocracia” que lhes assolava. Uma investida tendente a modernizar o setor portuário nacional por meio da abertura à iniciativa privada, na esteira do movimento de Reforma do Estado que pautou as discussões públicas nos anos 1990.

No entanto, conforme já abordado, a edição do Decreto nº 6.620/2008 estabeleceu relevante controvérsia entre terminais de uso privativo misto e os terminais públicos. No centro desse imbróglio estava a possibilidade ou não da exploração da infraestrutura portuária por particulares, sob regime privado, para a movimentação de carga geral majoritária ou exclusivamente de titularidade de terceiros.

Esse cenário impunha evidente insegurança jurídica ao setor portuário nacional e, conseqüentemente, constituiu uma barreira aos investimentos privados, indispensáveis à necessária modernização e expansão da infraestrutura dos portos brasileiros. Demonstrava, ainda, a existência de uma discussão pautada em uma racionalidade ultrapassada, incompatível com as necessidades nacionais, o déficit de infraestrutura do país e a necessidade de adequação do setor portuário nacional aos avanços tecnológicos ocorridos no setor de transporte marítimo desde o início do processo de containerização do transporte marítimo de cargas.

Nesse ponto, Egon Bockmann Moreira salienta que “o Estado pode desenvolver atividades no setor privado e as pessoas privadas pode fazê-lo no setor público”²⁰², e os limites para tanto foram determinados pela Constituição Federal. Desse modo, “o legislador infraconstitucional brasileiro tem a mais ampla liberdade para configurar a intensidade desses relacionamentos intersetoriais”²⁰³.

²⁰² MOREIRA, Egon Bockmann, 2014, p. 46.

²⁰³ Ibidem, p. 48.

É com essa racionalidade em pauta que a alteração do regime de exploração do setor portuário promovida pela Lei nº 12.815/2013 pode ser melhor compreendida. Especialmente porque, conforme já mencionado, o próprio marco legal estabeleceu como diretriz do setor portuário o “estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias” (artigo 3º, inciso V).

A Nova Lei dos Portos incorporou vantagens da legislação revogada à experiência dos tribunais e, assim, consolidou uma nova alternativa: o Terminal de Uso Privado (TUP).

Modificou, assim, o ambiente institucional de um setor historicamente hostil à livre concorrência. O embate setorial entretanto, não teve fim, conforme será adiante abordado. No entanto, é preciso ter em mente que essas questões precisam ser enfrentadas sempre tendo em mente o objetivo maior de concretização dos objetivos republicanos (com a observância dos ditames constitucionais), entre eles o desenvolvimento econômico e social.

Nesse ponto, é de se levar em conta o entendimento demonstrado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, no julgamento da apelação nº 5013397-37.2011.404.7201/SC, decidiu que "a abertura dos serviços portuários à livre iniciativa, ao invés de solapar a concorrência, a acirra" e que “parece bom para o usuário (...) do serviço, que pode ter menor custo para seus produtos, no comércio interno ou externo, trazendo assim benefícios em vários espectros”²⁰⁴.

Com efeito, o TUP é a principal inovação da Lei 12.815/2013. Foi eleito como um dos principais, senão o principal meio/instrumento para o atingimento dos fins do novo marco regulatório. Trata-se de uma mudança institucional de relevante impacto.

Conforme já mencionado, sob a égide da Lei de Modernização dos Portos e do Decreto nº 6.620/2008, o ambiente institucional do setor apresentava insegurança jurídica para potenciais investidores (especificamente aqueles interessados na exploração de terminais privados localizados fora das áreas de portos organizados e dedicados à movimentação de contêineres). O ambiente institucional prévio à entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013 apresentava, assim, um considerável entrave aos investimentos necessários para a expansão e modernização do setor.

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Apelação cível nº 5013397-37.2011.404.7201/SC**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Agência Nacional de Transportes Aquaviários e outro. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 13 de junho de 2012.

Atualmente, o artigo 8º, inciso I, da Lei nº 12.815/2013 prevê que serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, entre elas o TUP. Este foi conceituado pelo artigo 2º, inciso IV, como a “instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado”.

Diante disso, e de acordo com a proposta da presente dissertação, cabe analisar, sob a ótica da eficiência entre meios e fins, quais os efeitos práticos obtidos até o momento em decorrência da mudança do ambiente institucional do setor portuário brasileiro por meio da inserção da figura do TUP.

4.3 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Conforme estabelecido no capítulo 1, a presente dissertação tem entre seus objetivos a análise de eficiência da Lei nº 12.815/2013 no tocante ao atingimento dos objetivos estabelecidos no artigo 3º, *caput*, e incisos I e V, mediante a inserção, no ambiente institucional do setor portuário, da figura do TUP.

O TUP foi eleito como um dos meios para o atingimento dos fins de aumento de competitividade e desenvolvimento do país, com base na expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias, e no estímulo à concorrência, por meio do incentivo à participação do setor privado e da garantia de amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias.

O conceito de eficiência empregado no presente trabalho é o da análise positiva entre meios e fins²⁰⁵, segundo o qual uma lei é eficiente quando atinge os fins pretendidos.

Portanto, passados oito anos desde a entrada em vigor do novo marco regulatório, já é possível avaliar alguns efeitos observados na realidade do setor portuário, especialmente no tocante à participação do setor privado, expansão e otimização da infraestrutura portuária e aumento da competitividade do país. Por outro lado, avaliar se a Lei nº 12.815/2013 logrou induzir o desenvolvimento país mostra-se uma tarefa mais complicada, quiçá, inviável.

Em primeiro lugar, porque em menos de dois anos de vigência da Nova Lei dos Portos, o Brasil vivenciou desdobramentos da assim chamada “Operação Lava-Jato”, bem como do processo de Impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, ocorrido entre os anos de 2015 e

²⁰⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof, op. cit., p. 25.

2016. São fatos que influenciaram negativamente nas estatísticas relacionados ao desempenho da economia nacional.

Frisa-se que, aqui não se fará qualquer análise de mérito desses fatos, mas, tão somente, um pequeno esboço dos efeitos imediatos em estatísticas como o PIB, o volume de importações e exportações, e a corrente de comércio.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o PIB²⁰⁶, soma de todos os bens e serviços produzidos no país, teve queda de 3,5% em 2015 em relação ao ano anterior. Segundo o mesmo relatório²⁰⁷, enquanto as exportações de bens e serviços registraram aumento de 6,8% em 2015 (mormente em razão da desvalorização cambial do real frente ao dólar), as importações caíram 14,2% em relação a 2014. E, de acordo com dados do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, a corrente de comércio (soma das exportações e das importações) variou negativamente no percentual de 20% de 2015 para 2016²⁰⁸, o que demonstra a ausência de recuperação da crise econômica até então.

Assim, percebe-se que a entrada em vigor da Nova Lei dos Portos não se deu em um cenário político, econômico e institucional de normalidade.

Em segundo lugar, a partir do final do ano de 2019 e início de 2020, o Brasil (e o mundo) foi assolado pela pandemia do Covid-19. Antes da disponibilização de meios de imunização contra o vírus, as medidas de distanciamento e isolamento social ocuparam papel central na atuação das autoridades públicas. No Brasil, essas políticas importaram em fechamento temporário de escolas e universidades, restrição ao desenvolvimento de atividades econômicas não essenciais, adoção do regime de teletrabalho, redução e suspensão de contratos de trabalho, entre outros.

Os principais efeitos sociais e econômicos dessas medidas foram grandes choques nas cadeias de produção e de consumo (em nível mundial, inclusive), o aumento do desemprego, a diminuição da renda e, conseqüentemente, a diminuição da arrecadação tributária e o aumento dos gastos públicos.

Obviamente, não é possível supor um cenário controlado no longo prazo para analisar os efeitos concretos de uma lei. No entanto, diante dos desdobramentos da “Operação Lava-

²⁰⁶ IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Contas Nacionais**. n. 56. p. 1. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101289_informativo.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 3.

Jato”, do processo de Impeachment da ex-presidente Dilma Roussef e da pandemia do Covid-19, todos ocorridos desde a entrada em vigor de Lei nº 12.815/2013, é possível inferir as dificuldades para dimensionar a contribuição do novo marco regulatório para o desenvolvimento do país.

Por esses motivos, a análise a seguir realizada terá como objeto tão somente o estímulo à participação do setor privado, expansão e otimização da infraestrutura portuária e aumento da competitividade do país.

4.3.1 Estímulo à participação do setor privado e expansão da infraestrutura portuária

Conforme abordado no capítulo 3, até 1980 o Brasil tinha níveis adequados de investimento em infraestrutura, que superavam 5% do PIB. Até então, antes da crise fiscal vivida no final do regime militar e do processo de redemocratização que culminou da Constituição Federal de 1988, os investimentos em infraestrutura eram feitos basicamente por empresas públicas federais e estaduais. No entanto, a partir de então, o nível de investimentos caiu gradativamente e, segundo análise de Marcos Mendes, em 2014 chegou a patamar de 2% do PIB, insuficiente para manutenção da infraestrutura existente, e menos ainda para a sua expansão e modernização²⁰⁹.

A entrada em vigor da Nova Lei dos Portos conseguiu contornar esse grave problema da escassez do estoque de capital para a infraestrutura portuária. Conforme abordado anteriormente, sob a égide da revogada Lei de Modernização dos Portos, eram grandes os empecilhos à maciça expansão dos investimentos privados no setor portuário. Por outro lado, em uma época de contenção e falta de espaço fiscal para os investimentos públicos, as perspectivas para a concretização da necessária expansão e modernização da infraestrutura portuária eram distantes, senão inexistentes.

Com a mudança institucional promovida pela mudança nas características do regime de exploração da atividade portuária por particulares, na modalidade de TUP, esse cenário mudou drasticamente.

²⁰⁹ MENDES, Marcos José, op. cit., p. 41.

Segundo dados do Ministério da Infraestrutura²¹⁰, somente nos três primeiros anos de vigência da lei, foram autorizadas 67 novas Instalações Portuárias Privadas, dentre novas autorizações e ampliações de terminais já existentes, totalizando uma previsão de investimento de R\$ 16,2 bilhões. Enquanto isso, já estavam em análise no sistema SEP/ANTAQ mais 67 processos, com previsão em investimentos de R\$ 6,25 bilhões.

Esses investimentos representavam uma previsão de acréscimo de movimentação de cargas assim distribuído: a) carga geral: 83,66 milhões de toneladas/ano; b) granel sólido: 155,95 milhões de toneladas/ano; c) granel líquido: 23,72 milhões de m³/ano; d) passageiros: 0,5 milhões/ano.

Esses dados corroboram a conclusão de que a Lei nº 12.815/ logrou atingir o fim de fomentar a participação da iniciativa privada no setor portuário. Além disso, essa captação de recursos resultou na expansão da infraestrutura portuária, identificada por meio dos dados que confirmam o crescimento exponencial do número de Terminais de Uso Privado instalados, bem como no aumento nos níveis de movimentação.

Nesse sentido, vejam-se os dados extraídos do Painel de monitoramento de instalações privadas²¹¹, elaborado e mantido pela ANTAQ.

Entre 1993 e 2012, foram autorizadas 114 Terminais de Uso Privativo, uma média de 5,7 autorizações por ano.

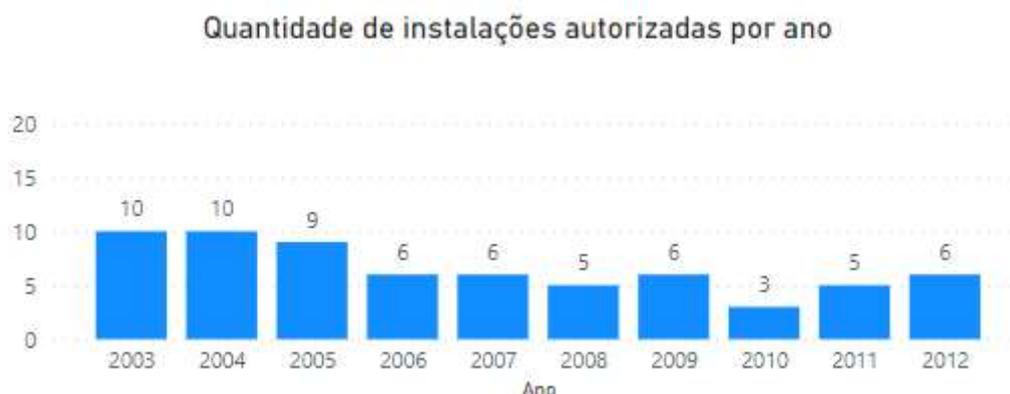
Gráfico 3 – Quantidade de Terminais de Uso Privativo autorizados por ano (1993-2002)



Fonte: AGÊNCIA DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2021.

²¹⁰ MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. Terminais de Uso Privado. 23 out. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-aquaviario/snpta/terminais-de-uso-privado>. Acesso em: 14 mai. 2021.

²¹¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Painel de Monitoramento de instalações privadas. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/antag/pt-br/assuntos/instalacoes-portuarias/instalacoes-privadas/painel-de-instalacoes-privadas>. Acesso em 05 jul. 2021.

Figura 4 – Quantidade de Terminais de Uso Privativo autorizados por ano (2003-2012)

Fonte: AGÊNCIA DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2021.

A partir da entrada em vigor da Lei nº 12.815, em 2013, o número de autorizações aumentou de forma significativa. Entre 2013 e 2021, foram autorizadas 87 Terminais de Uso Privado. Uma média de 8,7 autorizações por ano, o que representa um aumento de aproximadamente 52% em relação ao período de vigência da Lei de Modernização dos Portos (1993-2013)

Gráfico 5 – Quantidade de Terminais de Uso Privado autorizados por ano (2013-2021)

Fonte: AGÊNCIA DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2021.

Esses dados corroboram o diagnóstico de que a Nova Lei dos Portos, até o momento, vem logrando atingir seus fins de incentivo à participação da iniciativa privada, atração de investimentos e a expansão da infraestrutura portuária nacional.

4.3.2 Aumento da competitividade e otimização da infraestrutura portuária

Conforme abordado no item 3.2.1, os dados do Ranking de Competitividade Global do Fórum Econômico Mundial, edição de 2013, apontavam que o Brasil apresentava um índice geral de competitividade no mínimo decepcionante. Isso porque, a posição de 48º lugar se mostra incompatível com a sua colocação no critério "tamanho de mercado" (9ª posição). Diagnóstico ainda pior decorre da análise dos critérios "infraestrutura" (76º posição) e "qualidade da infraestrutura portuária" (135ª posição).

Ainda mais alarmante é o diagnóstico de dados mais atuais. No capítulo 3 da presente dissertação foram apresentados os dados da edição de 2019 do Ranking de Competitividade Global. De acordo com essas estatísticas, o Brasil caiu para a 71ª posição no índice geral de competitividade e 78ª no critério "infraestrutura".

Essa queda considerável entre os anos de 2013 e 2019 pode ser explicada, pelo menos parcialmente, pela crise política e institucional deflagrada pelos desdobramentos da "Operação Lava-jato" e o processo de Impeachment da ex-presidente Dilma Roussef, fatos já ressaltados anteriormente.

No entanto, no tocante ao objeto da presente dissertação, é preciso observar especificamente os dados referentes ao critério de infraestrutura portuária do Ranking de Competitividade Global.

Se no ano de 2013 o Brasil ocupava a 135ª posição nesse critério, no ano de 2019 o país pulou para a 104ª posição no critério "eficiência de serviços portuários", que substituiu o critério "qualidade da infraestrutura portuária".

Essa escalada de 31 posições é um fato muito significativo, na medida em que a "oferta inadequada de infraestrutura" foi classificada como o principal obstáculo à realização de negócios no Brasil, na edição de 2013 do Ranking de Competitividade Global, conforme exposto no capítulo 3.

Apesar de não expor detalhadamente os dados coletados que levaram a esse movimento de melhoria, é inevitável concluir que a Nova Lei dos Portos, propiciando a captação de investimentos e a instalação de um número expressivo de novos TUPs, contribuiu em larga medida para o aumento da competitividade, pelo menos nesse critério da pesquisa.

Importante ainda notar o papel dos investimentos atraídos, que resultaram no aumento expressivo de autorizações para Terminais de Uso Privado (objeto do item anterior), para o aumento da competitividade.

Em 2007 o Banco Mundial publicou a segunda edição do documento intitulado *Port Reform Toolkit*²¹², que em tradução livre poder ser referido como um “conjunto de ferramentas para uma reforma portuária”. O módulo 6 trata da regulação portuária e aponta aspectos indispensáveis para a construção de uma estratégia de reforma portuária: opção de transporte, desempenho operacional, comparações tarifárias e desempenho financeiro.

Entre eles, o aspecto apontado como mais importante é justamente “opção de transporte”. Segundo o documento, as opções disponíveis para um agente atuante no comércio internacional determinam em grande parte a extensão da competição no setor portuário. A lógica envolvida é de fácil entendimento: quanto mais opções, maior é a competição; quanto maior a competição, maiores são os benefícios aos usuários, como preços menores e serviços mais eficientes; que, por sua vez, são elementos chave para o aumento da competitividade do país no mercado global.

Desse modo, é possível afirmar que a expansão do setor portuário, com a instalação de novos terminais privados, tem papel fundamental na indução da melhoria dos índices de competitividade.

Portanto, os diagnósticos acima tratados corroboram a conclusão de que a Lei nº 12.815/2013 vem logrando atingir seus fins de aumento da competitividade e otimização da infraestrutura portuária.

4.4 A REGULAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO

Os contornos da regulação econômica já foram expostos anteriormente no capítulo 2. Especificamente a respeito da regulação do setor portuário, sob a égide da Lei nº 12.815/2013 e de seus objetivos e diretrizes, cabe ressaltar a advertência feita por Leonardo Coelho Ribeiro, a respeito de dificuldades e armadilhas que devem ser evitadas, especialmente aquelas criadas pela profusão de disposições regulatórias:

Esses grandes objetivos e diretrizes, além de funcionarem como importantes vetores interpretativos do novo arcabouço jurídico, fornecem os parâmetros a serem seguidos na elaboração dos incentivos e desincentivos do marco regulatório dos portos, formado pela própria Lei nº 12.815/2013, seu Decreto regulamentador nº 8.033/2013, e demais normas regulatórias e arranjos contratuais que venham a ser editados. Já a esta altura da conformação do novo marco regulatório, se apresenta notória a

²¹² BANCO MUNDIAL. *Port Reform Toolkit. Module 6: Port regulation module*. Washington: Banco Mundial, 2007. Disponível em: https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/pdf/modules/06_TOOLKIT_Module6.pdf. Acesso em 02 jul. 2021.

necessidade de analisar certas disposições que, a despeito do exposto acima, colocam-se na contramão do caminho indicado como norte, revelando contrassenso e incoerência que burocratizam, desestimulam e afastam investimentos e práticas favoráveis aos grandes objetivos que se pretende efetivar.²¹³

Com efeito, a Nova Lei dos Portos, na condição de marco regulatório – e, de acordo com a definição desse conceito feita por Alexandre Santos de Aragão²¹⁴ – prevê “parâmetros normativos mínimos”, sobre os quais outros atos normativos serão editados. Atos normativos estes, que, por interferirem no domínio econômico – no caso, a exploração da atividade portuária por particulares – são classificadas como normas de direito econômico e, conforme abordado no capítulo 2, têm o poder de modificar a realidade do setor em que estão inseridas e promover uma realocação de recursos. Ou seja, uma mudança no ambiente institucional.

No Brasil, a atividade regulatória e fiscalizatória dos entes da administração pública indireta não raro tende a gerar um emaranhado de normas que dificulta o cumprimento de todas as exigências legais, gera barreiras para a realização de negócios e, como consequência, desestimula os investimentos privados.

Além disso, no que se refere à regulação setorial, há que se levar em conta que os arranjos institucionais promovidos pelo Estado nem sempre visam atender às demandas econômicas e sociais, mas sim, aos interesses político-partidários necessários à manutenção do "estamento burocrático", no dizer de Raymundo Faoro²¹⁵.

No mesmo sentido, de acordo com a teoria da captura²¹⁶, a regulação demasiada tem a tendência de criar relações entre a Administração Pública e os grupos protegidos pela regulação que visam impedir o acesso de novos *players* aos setores que contam com essa "proteção" estatal e livra estes da preocupação com a eficiência, a despeito do interesse público. Essas relações já foram abordadas no capítulo 2, especialmente de acordo com o pensamento de Luigi Zingales e Sérgio Lazzarini.

Nesse cenário, criam-se dificuldades para o atendimento das necessidades técnicas essenciais à eficiência de setores da economia complexos como o de transportes, que necessitam

²¹³ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Novo Marco Regulatório dos Portos – entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei no 12.815/2013 e seus desafios**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 121.

²¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O Marco Regulatório dos Serviços Públicos**. Interesse Público – IP., v. 06, n. 27, p. 72-90, set./out. 2004.

²¹⁵ FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo, 1958. p. 261.

²¹⁶ BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem o Estado**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000. p. 24-25.

não de políticas de governo circunscritas ao curto tempo dos mandatos de representantes políticos, mas sim, políticas de Estado, de longo prazo e atentas às especificidades técnicas do setor. Em razão de sua importância econômica e social, o setor portuário demanda ser regulado por uma racionalidade própria do século XXI, atenta ao sistema de economia industrial de logística internacional, em que os portos são peça-chave.²¹⁷

Na mesma linha de pensamento, "devemos desenvolver a prática de analisar tanto os benefícios quanto os custos das propostas de intervenção do governo e exigir justificativa muito clara a favor dos benefícios em vista dos custos antes de adotá-las"²¹⁸.

Além disso, levando-se em consideração que a legislação é o principal instrumento de mudança intencional na sociedade moderna²¹⁹ é preciso que se leve em consideração, de um lado, o tratamento legal e constitucional conferido ao TUP, e de outro, qual racionalidade regulatória irá ao encontro da eficiência, competitividade e grau de desenvolvimento almejado. Desse modo, cabe a advertência do autor acima citado, no sentido de que "o "design regulatório (...) precisa adotar os mecanismos mais adequados aos fins que a reformulação do marco pretende realizar"²²⁰.

Conforme já alertava Orlando Gomes, as consequências negativas da mudança de paradigma do Direito introduzida pela proliferação do Direito Econômico como instrumento de concretização de uma política econômica e social, conforme já abordado no capítulo 2, pode causar o engessamento por meio da burocracia:

No Estado de Direito somente o Poder Legislativo ditava leis. Era a fonte única de produção legal, a matriz por excelência do direito objetivo. A cada dia que passa, o Poder Executivo apropria-se, ostensiva ou disfarçadamente, dessa atribuição. Sob os mais diversos pretextos, numerosas disposições normativas são baixadas por número cada vez maior de órgãos da Administração Pública na forma de instruções, resoluções, circulares, pareceres normativos e assim por diante.²²¹

O presente estudo não pretende entrar na discussão a respeito dos méritos e deméritos do papel do Estado Regulador em paralelo com o princípio da separação dos poderes. O que se pretende ressaltar, entretanto, é uma necessidade imposta não só aos juristas, mas, especialmente, aos agentes econômicos envolvidos na exploração da atividade portuária por

²¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann, 2014, p. 73-74.

²¹⁸ FRIEDMAN, Milton. FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher**. Rio de Janeiro: Record, 2015. p. 62.

²¹⁹ HAYEK, Friedrich August von, op. cit., loc. cit.

²²⁰ RIBEIRO, Leonardo Coelho, op. cit., p. 140.

²²¹ GOMES, Orlando; VARELA, Antunes, op. cit., p. 21.

meio do TUP. A necessidade de que estejam atentos aos diversos atos oriundos do Poder Executivo, da ANTAQ e também do Poder Legislativo, a fim de que possam balizar a atividade regulatória por meio de processos participativos, de acordo com a necessidade de eficiência das atividades portuárias, aliadas a uma racionalidade regulatória pautada no objetivo republicano de desenvolvimento nacional sustentável e nos objetivos e diretrizes da Lei nº 12.815/2013.

Esse trabalho colaborativo entre Estado Regulador, agentes econômicos e sociedade mostra-se essencial para propiciar a manutenção, e mais, a melhoria dos resultados obtidos pelo setor portuário brasileiro sob a égide da Nova Lei dos Portos.

4.4.1 A Lei Geral das Agências Reguladoras

No decorrer dos anos 1980, ainda durante o regime militar, o Brasil foi palco de diversas reformas institucionais que culminaram no reestabelecimento de eleições diretas e na promulgação da Constituição de Federal de 1988. Situada na “terceira onda de democratização”²²², a Constituição foi responsável por estruturar um sistema federativo descentralizado, baseado na “abertura para a participação popular e societal e o compromisso com a descentralização tributária para estados e municípios”²²³.

Em seguida, nos anos 1990, o Brasil passou pelo já mencionado processo de reforma administrativa do Estado, centrada na privatização de empresas e de serviços públicos, que passariam a ser organizados e coordenados, mas não mais prestados diretamente pelo Estado.²²⁴ No entanto, conforme aponta Luís Roberto Barroso, mesmo que empresas privadas concessionárias passem a prestar serviços públicos, esse fato não modifica a sua natureza pública, de modo que o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada.²²⁵

²²² HUNTINGTON, Samuel P. Democracy's Third Wave. **Journal of Democracy**, v.2. n. 2, Spring 1991, 12-34. Disponível em: <https://www.ned.org/docs/Samuel-P-Huntington-Democracy-Third-Wave.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

²²³ SOUZA, Celina. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, 2001, p. 513-560. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27 jun. 2020.

²²⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. Brasília: Editora 34, 2011. p. 227.

²²⁵ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 1, fev./mar./abr. 2005, Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=13>. Acesso em: 28 jun. 2020.

Esse cenário levou à introdução no ordenamento jurídico brasileira das agências reguladoras, constituídas sob a forma jurídica de autarquias de regime especial, diferentemente das antigas agências estatais. As agências reguladoras são dotadas de autonomia político-administrativa e econômico-financeira, incumbidas da condução das políticas incidentes sobre determinados serviços públicos e outras atividades econômicas que o Estado julgue necessário regular.

No entanto, conforme aponta Diogo Rosenthal Coutinho, a forma como se procedeu a introdução das agências reguladoras no Brasil sofreu muitas críticas, eis que, em muitos casos foi simultânea ou posterior às respectivas privatizações. Segundo ele, “é preciso que haja um verdadeiro planejamento de objetivos regulatórios como condição para uma regulação subsequente eficaz”²²⁶, de modo que as regras do jogo para os mercados em questão deveriam ser definidas antes das empresas ou serviços passarem às mãos da iniciativa privada.

Além disso, as diversas agências reguladoras federais que foram sendo criadas no decorrer dos anos não possuíam um núcleo normativo e institucional comum. A par da necessidade de observância das especificidades do âmbito de atuação de cada agência, a inexistência de uma lei geral que tratasse, de forma homogênea, de aspectos relativos à organização, governança, processo decisório, participação social e controle interno e externo, criava certo embaraço para a evolução do direito regulatório brasileiro, bem como para a definição de uma agenda regulatória nacional. No entanto, em 25 de junho de 2019 foi promulgada a Lei nº 13.848, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras.

Conforme observa Luis Gustavo Faria Guimarães Correio, depois de mais de 16 anos de tramitação legislativa, a proposta inicial sofreu um processo de desidratação que acabou afastando iniciativas bastante positivas. Mesmo assim, tendo sido fruto de um longo e rico debate que congregou múltiplos interesses, entre eles governo e oposição, servidores das agências, técnicos do poder executivo, agentes dos setores regulados, órgãos de fiscalização como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, além de órgãos de defesa da concorrência e dos consumidores, o processo legislativo em torno da proposta original abarcou “os consensos mínimos que possibilitaram a sua aprovação e transformação em lei”²²⁷.

²²⁶ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. p. 74.

²²⁷ CORREIO, Luis Gustavo Faria Guimarães. Comentários sobre a lei geral de agências reguladoras. **Revista de direito da administração pública**, a. 4, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019, p. 77-111. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/191/124>. Acesso em: 30 jun. 2020.

Agregando esse espírito de construção coletiva e transparente da regulação setorial, a Lei Geral das Agências Reguladoras tem entre seus principais pontos positivos a previsão da necessidade de realização de Análise de Impacto Regulatório acerca da adoção e das propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados. Segundo Alexandre Santos de Aragão²²⁸, trata-se de uma análise prévia da proporcionalidade da regulação, com a necessária participação dos administrados, em linha com o consequencialismo positivado pelo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²²⁹.

4.4.2 A Análise de Impacto Regulatório

Conforme já mencionado no capítulo 2, o Estado exerce a regulação por meio da competência normativa primária ou por meio de competências normativas de cunho administrativo. A competência normativa primária consubstancia-se no processo legislativo previsto pelo artigo 59 da Constituição, fundamento do Estado democrático de direito e, por conseguinte, pautado pelo princípio da legalidade.

Por outro lado, as competências normativas de cunho administrativo, no que se refere à intervenção no domínio econômico, são exercidas por entes da administração pública indireta, como os bancos centrais e as agências reguladoras. É nessa seara que surgem discussões a respeito do déficit democrático que envolve a atuação dessas entidades, e no que toca ao objeto da presente dissertação, especificamente, das Agências Reguladoras.

A fim de enfrentar o paradigma do déficit democrático, o Estado tende a estabelecer canais de representação dos interesses envolvidos na regulação, a sociedade em geral e os entes regulados. Nesse sentido, visando promover o controle social das agências reguladoras, foi promulgado em 2014 o Decreto 8.243²³⁰, que instituiu a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS.

²²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. **Revista de direito da administração pública**, a. 5, v. 1, n. 1, jan/jun, 2020, p. 7-23. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/209/157>. Acesso em: 2 jul. 2020

²²⁹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A PNPS, em tese, tinha como objetivo aprofundar e aperfeiçoar a participação social como método de gestão, incentivar a participação da sociedade na elaboração, na implementação e no acompanhamento das políticas públicas e garantir instâncias permanentes de diálogo, entre eles conselhos, comissões de políticas públicas, fóruns interconselhos, conferências, ouvidorias, mesas de diálogos, audiências e consultas públicas e ambientes virtuais de participação²³¹.

No entanto, a iniciativa teve vida curta, eis que o governo federal, já no primeiro semestre do mandato do Presidente Jair Bolsonaro, e cumprindo suas promessas de campanha, passou a editar diversos decretos com o fim de alterar o ambiente institucional da administração pública direta e indireta.

Primeiramente, em 11 de abril de 2019 foi promulgado o decreto 9.759²³², que revogou integralmente o decreto 8.243/2014, extinguindo e estabelecendo diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Conforme a respectiva exposição de motivos, a iniciativa tem como intuito controlar a proliferação de colegiados no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional por meio da extinção em massa de colegiados cuja recriação não fosse proposta de imediato e segundo regras rígidas destinadas a evitar colegiados supérfluos, desnecessários, de resultados práticos desconhecidos e com superposição de atribuições com as de autoridades singulares ou de outros colegiados.

Em seguida, no dia 30 de abril de 2019, foi editada a Medida Provisória 881, a chamada MP da Liberdade Econômica. De acordo com a respectiva exposição de motivos, a iniciativa foi motivada por estudos que identificaram a liberdade econômica como um requisito essencial ao desenvolvimento, à frente de características regionais e demográficas de um país, bem como da realização de políticas públicas de educação, tecnologia, produtividade e inovação, para as quais seria um requisito de eficácia.

Os estudos citados (rankings de Liberdade Econômica da *Heritage Foundation/Wall Street Journal*, *Fraser Institute* e *CatoInstitute*) apontaram os baixos índices de liberdade econômica no Brasil e o diagnóstico de que o empresário brasileiro, em contraposição ao resto do mundo desenvolvido e emergente, não se sente seguro para empreender e, assim, produzir, gerar emprego e renda. Diante disso, o objetivo da Medida Provisória seria a de propor a adoção

²³¹ Presidência da República. Secretaria de Governo. Política Nacional de Participação Social. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/participacao-social/politica>. Acesso em: 02 jun. 2021.

de instrumentos e medidas de controle e diminuição do aparelho burocrático, visando expandir a proteção do particular contra a intervenção estatal e aproximar o Brasil do ambiente de negócios dos países desenvolvidos.

Um desses instrumentos é a AIR, prevista no artigo 5º da Medida Provisória e conceituada como um processo sistemático baseado em evidências, que busca avaliar, a partir da definição de um problema, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos.

Conforme Juarez Freitas²³³, é um procedimento administrativo participativo que, por meio de análises consequencialistas de dados empíricos, visa conferir racionalidade aos motivos dos atos administrativos produzidos pelo regulador. Assim, se por um lado a AIR é um instrumento destinado a melhorar a qualidade regulatória, não deixa de lado a já mencionada questão do déficit democrático, tendo em vista que busca também promover a participação da sociedade e dos entes regulados.

Em complemento aos decretos presidenciais acima citados, o Congresso Nacional aprovou, e o Presidente Jair Bolsonaro sancionou, a Lei 13.848 de 25 de junho de 2019²³⁴, que dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. A leitura do texto legal revela a preocupação em prevenir instrumentalização político-partidária das Agências Reguladoras e a captura da regulação por meio da institucionalização da eficiência, do planejamento e da participação social.

Esses três elementos, eficiência, planejamento e participação social, são diretrizes da AIR, conforme se deduz da leitura dos artigos 4º, 5º e 6º da Lei Geral das Agências Reguladoras, que preveem a necessidade da sua realização previamente à adoção e às propostas de alteração de atos normativos, com a observância da devida adequação entre meios e fins e a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram suas decisões.

A AIR surgiu no contexto mundial de reformas regulatórias e reformulação do paradigma da administração pública, por meio do qual foi substituído o modelo burocrático, com foco em processos, pelo modelo gerencial, com foco na eficiência e na qualidade da regulação estatal. Foi no início da década de 90 que o Comitê de Política Regulatória da

²³³ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115>. Acesso em: 02 ago. 2019.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) passou a recomendar a sua adoção pelos países membros e não-membros, com base em experiências positivas obtidas nos Estados Unidos durante os governos dos presidentes Jimmy Carter (1977 a 1981) e Ronald Reagan (1981 a 1989).

De acordo com a OCDE, a AIR é uma abordagem sistêmica para avaliar criticamente os efeitos positivos e negativos dos regulamentos propostos e existentes e das alternativas pela não regulação²³⁵. Percebe-se, assim, que o conceito adotado no Brasil pela legislação acima citada vai ao encontro do conceito difundido pela OCDE e que vem sendo amplamente adotado pelos seus países membros.

Os números divulgados pela OCDE revelam que a adesão ao uso da AIR passou de um país em 1975 para 35 países em 2014, de modo que se trata de uma tendência crescente e que vem atingindo também os países em desenvolvimento, ainda que estes enfrentem maiores dificuldades para a sua implantação do que os países desenvolvidos.

Um estudo realizado pela OCDE em 2016 a respeito do ambiente regulatório no Brasil concluiu que, apesar de algumas agências reguladoras terem adotado a utilização da AIR *ex ante* e *ex post*, não se verificou uma uniformização metodológica. Diante disso, seria importante a adoção do instituto pela administração pública como um todo, a realização de um processo de harmonização entre as agências e a expansão de seu foco para regulações de maior impacto, tudo a fim de extrair de maneira mais assertiva os benefícios da AIR.²³⁶

Em que pese a sugestão feita pela OCDE acerca da harmonização metodológica, a própria Lei Geral das Agências Reguladoras relegou a operacionalização da Análise de Impacto Regulatório para o Regimento Interno de cada Agência. Tal fato pode ser justificado pelas exigências específicas de cada setor regulado.

4.4.3 Assimetria Regulatória no setor portuário

A Lei nº 12.815/2013 introduziu o TUP no Direito Portuário brasileiro como instrumento para o atingimento dos objetivos do novo marco regulatório. Por meio dessa mudança, pretendeu também encerrar o imbróglio envolvendo os Terminais de Uso Privativo

²³⁵ OCDE. **Regulatory Impact Analysis**. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

²³⁶ OCDE. **Indicators of Regulatory Policy and Governance, Latin America 2016, Brazil**. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Brazil-regulatory-policy-ireg-2016.pdf>. Acesso em 04 jun. 2021.

Misto e os Terminais Públicos, questão que chegou a ser judicializada, sendo objeto da ADPF 139.

O critério definidor do regime jurídico aplicável (público ou privado), deixou de ser a titularidade da carga movimentado, e passou ser um critério de natureza geográfica. Assim, a instalação localizada dentro da poligonal do porto organizado será submetida ao regime público, enquanto que aquela localizada fora da poligonal estará submetida ao regime privado.²³⁷

No entanto, ainda subsiste em cenário de relativo desequilíbrio concorrencial, eis que os Terminais de Uso Público estão sujeitos a obrigações contratuais e encargos mais limitadores de sua autonomia da vontade do que os Terminais de Uso Privativo. Tal situação remete a um cenário de assimetria regulatória.

Cabe ressaltar, entretanto, que essa assimetria não decorre diretamente da Lei nº 12.815/2013, mas sim, da própria Constituição Federal. Com efeito, o seu artigo 21, inciso XII, alínea “f”, prevê as formas de exploração dos portos: em regime público, por meio da concessão, ou em regime privado, por meio da autorização.

A opção do poder constituinte originário por esse modelo de regulação assume contornos de instrumento de fomento da concorrência, conforme aponta Paulo Renato Jucá²³⁸.

Se por um lado é visível que os terminais privados não se sujeitam às obrigações contratuais e aos encargos mais limitadores de sua autonomia da vontade, como os terminais de uso público, essa competição em assimetria de regimes não é uma garantia de benefícios exclusivos dos terminais privados. Nesse sentido, veja-se o depoimento de Fábio Siccherino, Diretor Comercial e de Relações Institucionais da DP World Santos (antiga Embraport), terminal privado multiuso. Para ele “os terminais arrendados (...) ainda podem buscar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, enquanto os privados têm que se virar”²³⁹.

Percebe-se, portanto, que ambos os modos de exploração da infraestrutura portuária apresentam seus ônus e seus bônus. Se por um lado o regime privado é mais flexível e apresenta menores ônus em relação ao Estado, o regime público ostenta maiores garantias frente ao poder

²³⁷ RIBEIRO, Leonardo Coelho, op. cit., p. 120.

²³⁸ JUCÁ, Paulo Renato. **A concorrência em regime assimétrico no marco regulatório dos portos: o caso dos terminais de contêineres de Itajaí e Navegantes**. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação). Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 164 p. 2018.

²³⁹ MERLIN, Bruno. Líderes de terminais de contêineres pedem ambiente menos regulado e analisam futuro do mercado. 25 jun. 2021. Disponível em: <https://portogente.com.br/noticias/transporte-logistica/112674-lideres-de-terminais-de-containers-pedem-ambiente-menos-regulado-e-analisam-futuro-do-mercado>. Acesso em 26 jun. 2021.

concedente, como a possibilidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e o apoio direito do Estado na construção da infraestrutura principal e acessória.²⁴⁰

Analisando um caso concreto entre terminais de contêineres localizados no estado de Santa Catarina – Portonave (privado, localizado em Navegantes) e APM Terminals (público, localizado em Itajaí), Paulo Roberto Jucá concluiu que o ambiente institucional de assimetria regulatória “permitiu, no Estado de Santa Catarina, a satisfação da política pública fixada pela Lei nº 12.815/2013 — consistente na expansão do investimento privado, aumento da movimentação de cargas e incentivo à concorrência”.²⁴¹

No entanto, no âmbito específico do mercado de contêineres, o terminal privado apresentou vantagens competitivas, especialmente diante da gestão politizada, burocratizada e ineficiente do terminal público, e da “submissão às regras e condicionantes que tornam decisões relacionadas ao uso do bem público lentas, sem a presteza exigida pela demanda de mercado”²⁴²

São questões que colocam em evidências discussões a respeito da necessidade ou não do estabelecimento de obrigações adicionais aos terminais privados. Especialmente em razão de fatores que contribuem para a diminuição do *marketshare* de terminais públicos em benefício dos privados, como por exemplo o efeito *free rider* decorrente da utilização, sem contrapartidas dos terminais privados, de acessos aquaviários compartilhados com os terminais públicos.²⁴³

Entretanto, tendo em vista que os terminais portuários não se resumem aos serviços de movimentação de cargas, as vantagens competitivas podem ser extraídas, por exemplo, de outros serviços prestados na retroárea e que tem sido explorador por terminais portuários mundo afora, transformando-os em centros de serviços de altor valor agregado.

Diante do cenário do setor portuário brasileiro, bem como da missão constitucional imposta ao Estado Regulador frente aos objetivos e diretrizes da Nova Lei dos Portos, o importante é que não se perca de vista os parâmetros normativos mínimos impostos à ANTAQ no exercício de seus poderes, sempre tendo em vista a preocupação com o equilíbrio sistêmico do setor portuário e o atingimento dos objetivos e diretrizes da Nova Lei dos Portos.

²⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 322.

²⁴¹ JUCÁ, Paulo Roberto, op. cit., p. 125.

²⁴² Ibidem, p. 126.

²⁴³ Ibidem, p. 129.

5 CONCLUSÃO

A ascensão das Constituições Econômicas importou na consolidação do Direito Econômico como instrumento de conformação dos quadros da economia aos desígnios do Estado. No Brasil, a Constituição de 1988 acolheu essa perspectiva.

Somado a isso, a crise fiscal e administrativa do Estado Brasileiro nos anos 1980, abriu caminho para a eleição da Regulação da Economia como uma das prioridades da reforma do Estado. Procurou-se aliviar o poder público dos ônus financeiros da exploração direta de determinadas atividades econômicas e, ao mesmo tempo, promover a eficiência dos mercados regulados. Tudo isso sem descuidar da missão estatal de garantir a prestação e a qualidade dos serviços, buscando a sua universalização.

Assim, iniciou-se o processo de criação das respectivas agências reguladoras. O raciocínio envolvido era que a garantia de um regime jurídico pautado na independência financeira e administrativa, e autonomia hierárquica, garantiria o suprimento de quadros técnicos adequados às especificidades de cada setor, livres da influência política sobre suas atividades.

Conforme apontado no capítulo 2, o presente trabalho pautou-se no entendimento de que a Regulação da Economia representa importante fator de garantia do papel dos mercados, sob a crença estes são importantes e necessários para geração de oportunidades sociais e de promoção do desenvolvimento. Ao atuar frente às falhas de mercado e buscar o equilíbrio dos sistemas regulados, os agentes reguladores assumem um caráter inclusivo, no sentido de que fomentam a atividade econômica, o aumento da produtividade, a prosperidade da economia, e o desenvolvimento econômico e social do país.

Seguindo essa linha de raciocínio, o setor portuário assume elevada relevância, em razão da sua importância logística no âmbito do comércio internacional. Diante do processo de globalização da economia, a participação no comércio global representa fator indispensável de indução ao desenvolvimento. No entanto, apesar do Brasil ser uma das maiores economias do mundo, ainda engatinha nesse cenário.

Diversos são os fatores que levaram a essa situação. Os elementos que compõem o chamado Custo Brasil, assim como as suas causas, são diversos. Eles obstaculizam a realização de negócios no país e afastam investimentos que seriam importantíssimos para o enfrentamento de tantos problemas que afligem o país.

Entre esses obstáculos, a infraestrutura portuária é destacada como um dos mais relevantes. Heranças históricas e problemas estruturais levaram o setor portuário a uma situação de calamidade que se mostrou em diversos momentos da história recente, totalmente insuficiente para manter a normalidade dos fluxos da corrente de comércio nacional, tampouco para acompanhar um eventual crescimento da participação do Brasil no comércio global. Isso decorreu da redução dos níveis de investimento público a partir dos anos 1980 e da incapacidade de atração de investimentos privados suficientes.

A situação se mostrou ainda mais grave no tocante à movimentação de contêineres. A instalação de novos terminais dedicados à movimentação de contêineres sofreu grave impacto com edição do Decreto 6.620/2008, que trouxe extrema insegurança jurídica para potenciais investidores. A gravidade daquela situação decorria da necessidade de existir uma verdadeira concorrência com os terminais de uso público, a fim de oferecer opções aos usuários, aumentar a eficiência dos serviços portuários e, assim, aumentar a competitividade das empresas e produtos nacionais no mercado global. Ainda mais diante do movimento de containerização do comércio internacional e das conseqüentes necessidades de adequações às inovações tecnológicas decorrentes dessa nova realidade

De fato, anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013, o ambiente institucional do setor portuário era marcado pela insegurança jurídica em relação à movimentação de contêineres por terminais privados. No entanto, a mudança institucional promovida pela Nova Lei dos Portos, com a introdução do Terminal de Uso Privado, alterou esse ambiente.

Conforme os resultados apresentados na presente dissertação, após a entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013, verificou-se: a) o aumento da participação da iniciativa privada, representado pelo nível de investimentos atraídos; b) a expansão da infraestrutura portuária nacional, representada pelo incremento no número de Terminais de Uso Privado autorizados; c) o aumento da competitividade do setor e otimização da infraestrutura portuária, representados pelas melhoras em critérios componentes do índice geral de competitividade medido pelo Fórum Econômico Mundial (qualidade da infraestrutura portuária e eficiência dos serviços portuários).

Quanto ao objetivo de “desenvolvimento do país”, não foi possível aferir se a Lei nº 12.815/2013 foi eficiente no sentido de promovê-lo. Tal fato se deve ao cenário de extrema turbulência política, econômica e social entre os anos de 2014 e 2017, bem como à pandemia do Covid-19. Essa conjuntura importou, inclusive, na queda de diversos índices macroeconômicos, de modo que essa análise restou prejudicada.

Entretanto, é preciso observar que, ao mesmo tempo que o Brasil regrediu em diversos índices, inclusive de competitividade, obteve avanços consideráveis nos índices de qualidade da infraestrutura e serviços portuários, bem como logrou atrair investimentos ao setor e expandir sua infraestrutura. Portanto, se não é possível afirmar que a Nova Lei dos Portos logrou induzir o desenvolvimento, é crível concluir que, sob esse ambiente institucional existem, sim, perspectivas de desenvolvimento.

No entanto, é preciso frisar o papel dos agentes reguladores na missão de sustentar e, se possível, impulsionar esses resultados. É preciso evitar as falhas da regulação, bem como contornar o déficit democrático inerente à atividade do Estado Regulador. Para isso, instrumentos como a Análise de Impacto Regulatório podem ser mostrar ferramentas valiosas.

Parece claro que após os eventos políticos, econômicos, sociais e sanitários ocorridos desde a entrada em vigor nº 12.815/2013, o Estado não terá condições de suprir os setores de infraestrutura com investimentos, de modo que, cada vez mais, será necessário criar um ambiente institucional atrativo para o setor privado investir. Assim, esses avanços poderão propulsionar a retomada econômica e a aceleração do desenvolvimento em um futuro de esperada normalidade.

Evidentemente, o setor portuário não terá condições de, por si só, sustentar o desenvolvimento necessário para que o país supere todos os seus problemas econômicos e sociais. Outras providências são necessárias em relação aos outros diversos obstáculos à realização de negócios no Brasil. No entanto, a Lei nº 12.815/2013 representa uma mudança institucional de sucesso, na medida em que elegeu meios adequados para o atingimento dos seus fins, conforme os resultados apresentados na presente dissertação.

Além das conclusões referentes à eficiência da Lei nº 12.815/2013, os resultados obtidos validam a utilização da Análise Econômica do Direito, sob o foco da Nova Economia Institucional, para a realização de análises dessa natureza no âmbito do Direito Econômico e da Regulação da Economia. Espera-se que sirva como exemplo para outras iniciativas tendentes a endereçar e enfrentar os outros obstáculos à realização de negócios no país e à criação de um ambiente institucional atrativo aos investimentos privados, inclusive sob o foco da Análise Econômica do Direito normativa.

REFERÊNCIAS

A crise econômica da COVID-19: fatos, perspectivas, desafios e respostas. EY-Parthenon. 24 abr. 2020. Disponível em: https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey-com/pt_pt/topics/covid-19/ey-caderno-de-notas-a-crise-economica-da-covid-19-v1-edicao.pdf. Acesso em 19 jan 2020.

ACEMOGLU, Daren; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Painel de Monitoramento de instalações privadas.** 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/antq/pt-br/assuntos/instalacoes-portuarias/instalacoes-privadas/painel-de-instalacoes-privadas>. Acesso em 05 jul. 2021.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Uma história do Mercosul (1): do nascimento à crise. **Revista Espaço Acadêmico**, 10(119), 106-114. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/13086/6864>. Acesso em: 16 jan. 2021.

ANTUNES, Catharina Morschbacher de Almeida; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. **Reforma trabalhista e geração de emprego.** Relatório de Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC. Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, p. 12. 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Marco Regulatório dos Serviços Públicos. **Interesse Público – IP.**, v. 06, n. 27, p. 72-90, set./out. 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos. Considerações iniciais sobre a lei geral das agências reguladoras. **Revista de direito da administração pública**, a. 5, v. 1, n. 1, jan/jun, 2020, p. 7-23. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/209/157>. Acesso em: 2 jul. 2020

ARRUDA, Carlos Alberto, et al. A relação entre crescimento econômico e competitividade: um estudo sobre a capacidade de previsão do global competitiveness report. **BASE – Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos**, v. 6, p. 285-298, nov./dez. 2009.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, p. 337-355, jan./dez. 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67809/70417/0>. Acesso em 20 mai. 2021.

BACHA, Edmar. Integrar para crescer: o Brasil na economia mundial. In: VELOSSO, João Paulo dos Reis (coord.). **Visão do Brasil: Estratégia de Desenvolvimento Industrial com Maior Inserção Internacional e Fortalecimento da Competitividade.** Rio de Janeiro: Fórum Nacional, 2013.

BANCO MUNDIAL. **Doing Business 2020.** Washington: Banco Mundial, 2021. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>. Acesso em 12 jan 2021.

BANCO MUNDIAL. **Port Reform Toolkit. Module 6: Port regulation module.** Washington: Banco Mundial, 2007. Disponível em: https://ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/Portoolkit/Toolkit/pdf/modules/06_T OOLKIT_Module6.pdf. Acesso em 02 jul. 2021.

BARAT, Josef. **Logística, transporte e desenvolvimento econômico: a visão histórica**, v. 1. São Paulo: CLA, 2007, p. 17.

BARAT, Josef. Planejamento das infraestruturas de logística e transporte. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior**, Brasília, n. 1, 13 p., abr. 2009. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5228/1/Radar_n1_Planejamento.pdf. Acesso em: 27 jan. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: MORAES, Alexandre de Moraes de (Org.). **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 1, fev./mar./abr. 2005, Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=13>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BELTRÃO, Hélio. **Descentralização e liberdade**. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, 2002.

BLANCHET, Luiz Alberto. Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável. In DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil**. Curitiba: Negócios Públicos, 2011.

BLANCHET, Luiz Alberto; AZOIA, Viviane Taís. A transparência na administração pública, o combate à corrupção e os impactos no desenvolvimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 1, n. 51, p. 157-175, jan. 2017. ISSN 1982-9957. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/8897>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BLUNDELL, John; ROBINSON, Colin. **Regulação sem o Estado**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Edipro, 2001.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Empresa de Planejamento e Logística. **Plano Nacional de Logística: Relatório Executivo**, jun. 2018. Brasília: EPL, 2018. Disponível em: https://ontl2.epl.gov.br/html/objects/_downloadblob.php?cod_blob=5835 Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. Empresa de Planejamento e Logística. **O Novo Perfil do Transporte de Grãos Brasileiros**, nov. 2020. Disponível em: <https://ontl.epl.gov.br/wp-content/uploads/2020/12/Artigo-tecnico-n-01.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. **Ministério da Infraestrutura apresenta balanço de ações realizadas em 2019**. Canal do Servidor.13 dez. 2019. Disponível em: <https://canaldoservidor.infraestrutura.gov.br/ultimas-noticias/9372-minist%C3%A9rio-da->

infraestrutura-apresenta-balanço-de-ações-realizadas-em-2019.html
Acesso em 21 jan. 2021.

BRASIL. Ministério da Infraestrutura. **Terminais de Uso Privado**. 23 out. 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/transporte-aquaviario/snpta/terminais-de-uso-privado>. Acesso em: 14 mai. 2021.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Acordo de associação Mercosul-União Européia**. Brasília, 2019. Disponível em http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf Acesso em: 17 jan. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Governo. **Política Nacional de Participação Social**. Disponível em: <http://www.secretariadegoverno.gov.br/participacao-social/politica>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Apelação cível nº 5013397-37.2011.404.7201/SC**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Agência Nacional de Transportes Aquaviários e outro. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 13 de junho de 2012.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. Gestão do Setor Público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luis Carlos; SPINK, Peter K. (orgs.) **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a Cidadania**. Brasília: Editora 34, 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado nos anos 90: lógicas e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 12.

BUSINESSEUROPE. **Strengthening Economic Relations between EU and Mercosur Countries: Declaration from Business Confederations of Mercosur and Europe**. Bruxelas: BusinessEurope, 2020. Disponível em https://www.buinessurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/rex/2020-11-26_business_declaration_eu_mercosur.pdf Acesso em 17 jan 2021.

CAMPOS, Francisco de Assis Oliveira; PEREIRA, Ricardo A. de Castro. Corrupção e ineficiência no Brasil: Uma análise de equilíbrio geral. **Estud. Econ.**, São Paulo, v. 46, n. 2, p. 373-408, Jun. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612016000200373&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jan. 2021.

CAMPOS, Humberto Alves de. Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 281-303, jul./dez. 2008. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/prisma/article/download/702/572>. Acesso em: 14 jul 2021.

CÂNDIDO JÚNIOR, J. O. **Efeitos do investimento público sobre o produto e a produtividade: uma análise empírica**. Brasília: Ipea, 2006. (Texto para Discussão, n. 1204).

CIGANA, Caio. **Maioria das empresas "campeãs nacionais" fracassou, mesmo com ajuda do BNDES**. Gaúcha Zero Hora, Porto Alegre, 26 mai 2017. Economia. Disponível em <https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/noticia/2017/05/maioria-das-empresas-campeas-nacionais-fracassou-mesmo-com-ajuda-do-bndes-9801547.html>. Acesso em 28 mai 2021.

COELHO, Wagner Antônio. **Contêiner: aspectos históricos e jurídicos**. Itajaí: Univali, 2011, p. 20.

COHEN, Daniel. **A prosperidade do vício: uma viagem (inquieta) pela economia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES. **Anuário CNT do Transporte 2020: Estatísticas consolidadas**. Brasília: CNT, 2020. Disponível em: <https://anuariodotransporte.cnt.org.br/2020/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

CONTINI, Elisio; ARAGÃO, Adalberto. **O Agro Brasileiro alimenta 800 milhões de pessoas**. Brasília: EMBRAPA, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/agricultura-e-pecuaria/2021/03/participacao-brasileira-saltou-de-us-20-6-bilhoes-para-us-100-bilhoes/populacao-alimentada-pelo-brasil.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 23.

CORREIO, Luis Gustavo Faria Guimarães. Comentários sobre a lei geral de agências reguladoras. **Revista de direito da administração pública**, a. 4, v. 1, n. 2, jul./dez. 2019, p. 77-111. Disponível em: <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/191/124>. Acesso em: 30 jun. 2020.

COSTA, Sandra Bueno Cardoso da; GAMEIRO, Augusto Hauber. Custo Brasil: suas causas e efeitos. In: **Competitividade do agronegócio brasileiro: textos selecionados**. Santa Cruz do Rio Pardo: Viena, 2006. Disponível em <https://repositorio.usp.br/item/001516511> Acesso em 08 jan 2021.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Direito e Economia na Regulação de Serviços Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, Regulação e o Desafio da Universalização. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Regulação, Direito e Democracia**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

COUTINHO, Eduardo Senra et al. De Smith a Porter: Um ensaio sobre as teorias de comércio exterior. **Revista de Gestão USP**, São Paulo, v. 12, n. 4, p. 101-113, out / dez 2005. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rege/article/download/36536/39257/43073> Acesso em: 03 fev. 2021.

COUTINHO, Luciano. Prefácio. In BARAT, Josef. **Logística, transporte e desenvolvimento econômico: a visão histórica**, v. 1. São Paulo: CLA, 2007.

CRASWELL, Richard. **Passing on the costs of legal rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships**. Stanford Law Review, v. 361. 1991.

Custo logístico consome 12,7% do PIB do Brasil. 11 out 2016. Agência CNT Transportes Atual. Disponível em <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/custo-logistico-consome-12-do-pib-do-brasil> Acesso em 30 jan 2021.

Desburocratização e modernização do Estado. Governo Federal, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2-anos/2-anos-1/desenvolvimento-economico-desburocratizacao-e-modernizacao-do-estado>. Acesso em: 18 jan. 2021.

EMBRAPA. **Geopolítica de Alimentos - Brasil como fonte estratégica de alimentos para a Humanidade.** Brasília: EMBRAPA, 2019.

ESTADO DE MINAS. **Falta espaço fiscal para puxar investimentos.** 24 abr 2020. Disponível em https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/04/24/internas_economia,1141483/falta-espaco-fiscal-para-puxar-investimentos.shtml Acesso em: 24 jan. 2021.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro.** Rio de Janeiro: Globo, 1958.

FARRANHA, Ana Cláudia; FREZZA, Conrado da Silveira; BARBOSA, Fabiana de Oliveira BARBOSA; Nova Lei dos Portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimento. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 1, p. 89-116, Jun. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322015000100089&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2021.

FERGUSON, Niall. **Civilização: Ocidente x Oriente.** 1ª ed. São Paulo: Planeta, 2012.

FERRAZ, Galeno T.; RIBEIRO, Fernando J. Um Levantamento de Atividades Relacionadas às Exportações das Empresas Brasileiras: Resultados de Pesquisa de Campo com 460 Empresas Exportadoras. In: PINHEIRO, Armando Castelar; MARKWALD, Ricardo; PEREIRA, Lia Valls (coords.). **O Desafio das exportações.** Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

FERREIRA, P. Investimento em infraestrutura no Brasil: fatos estilizados e relações de longo prazo. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 26, n. 2, 1996.

FERREIRA, Pedro Cavalcanti; VELOSO, Fernando. O Desenvolvimento Econômico Brasileiro no Pós-Guerra. In VELOSO, Fernando et al (orgs.). **Desenvolvimento Econômico: Uma Perspectiva Brasileira.** Rio de Janeiro: Elsevier-Campus, 2012.

FERRETTI, Renata Cardoso; FUNCHAL, Bruno. O efeito da regulação trabalhista e tributária nos investimentos no Brasil. **RAM, Rev. Adm. Mackenzie** (Online), São Paulo, v. 12, n. 4, p. 127-154, Ago. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-69712011000400006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 jan 2021.

FIGUEIRADO, Leonardo Vizeu de. **Direito Econômico.** São Paulo: MP Edições, 2006.

FOLLONI, André; PITASI, Andrea. Epistemologia Sistêmica em Pierre Delattre e a Construção de uma Ciência Jurídica Complexa. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112, p. 339-373, jan./jun. 2016. Disponível em

<https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/P.0034-7191.2016V112P339/349>. Acesso em 17 mai. 2021.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Global Competitiveness Report 2019**. Genebra: World Economic Forum, 2019. Disponível em http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2019.pdf Acesso em 14 jan 2021.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Global Competitiveness Report 2020**. Genebra: World Economic Forum, 2019. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_TheGlobalCompetitivenessReport2020.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **Ranking de Competitividade Global 2017**. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/>. Acesso em: 13 mai. 2021.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 36, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2015v36n70p115>. Acesso em: 02 ago. 2019.

FRIEDMAN, Milton. FRIEDMAN, Rose. **Livre para escolher**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política: da revolução industrial à globalização da democracia**. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World Economic Outlook 2021**. Washington: FMI, 2021. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update>. Acesso em: 05 abr. 2021.

GANDRA, Alana. **Entidades empresariais comemoram entrada em vigor da reforma trabalhista**. 10 nov. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-11/entidades-empresariais-comemoram-entrada-em-vigor-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 21 jan. 2021.

GOEBEL, Dietel. A competitividade externa e a logística doméstica. In: PINHEIRO, Armando Castelar; MARKWALD, Ricardo; PEREIRA, Lia Valls (coords.). **O Desafio das exportações**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 409, 1997. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>. Acesso em: 21 mai. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Márcia Luisa da. A importância da disciplina de análise econômica do Direito para o desenvolvimento da interdisciplinidade indispensável aos cursos de direito no Brasil. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento**

Sustentável, v. 2, n. 2, p. 107-128, Jul./Dez. 2016. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/import%C3%A2ncia-da-disciplina-de-an%C3%A1lise-econ%C3%B4mica-do-direito-para-o-desenvolvimento-da>. Acesso em 18 mai 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELTZER, Joana. O Direito e Law and Economics: possibilidade interdisciplinar na contemporânea análise econômico-jurídica internacional. **JURIS**, Rio Grande, v. 11, p. 199-222, 2005. Disponível em: <https://www.seer.furg.br/juris/article/download/595/138/1087>. Acesso em 18 mai. 2021.

GONÇALVES, Oksandro. **Análise Econômica do Direito**. Curitiba: IESDE, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **A economia na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. Malheiros: São Paulo, 2008.

HABERLER, Gottfried. Comércio Internacional e Desenvolvimento Econômico. **Revista Brasileira de Economia**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 5-52, 1959. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/1846>. Acesso em: 04 jan. 2021.

HANONES, Fabiane Fernandes; MONTEIRO, Sandro José. Proposta de avaliação de desempenho das autoridades portuárias e de seus arrendatários: uma perspectiva regulatória. **Revista Eletrônica de Estratégia & Negócios**, Florianópolis, v. 10, abr. 2017, pp. 211-246. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/EeN/article/viewFile/4526/pdf>. Acesso em: 16 jan. 2021

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. São Paulo: Visão, 1985.

HÉNNAF, Marcel. Gift, Market and Social Justice. In: GOTOH, Reiko; DUMOUCHEL, Paul (eds.). **Against Injustice: The New Economics of Amartya Sen**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. Democracy's Third Wave. **Journal of Democracy**, v.2. n. 2, Spring 1991, 12-34. Disponível em: <https://www.ned.org/docs/Samuel-P-Huntington-Democracy-Third-Wave.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Contas Nacionais**. n. 56. p. 1. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101289_informativo.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.

IFI. **Relatório de Acompanhamento Fiscal: dezembro de 2018**. Brasília: Senado Federal, 2018. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/551026/RAF23_DEZ2018_TopicEspecial_CargaTributaria.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

JUCÁ, Paulo Renato. **A concorrência em regime assimétrico no marco regulatório dos portos: o caso dos terminais de contêineres de Itajaí e Navegantes**. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação). Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 164 p. 2018.

KEGEL, Patrícia Luiza; AMAL, Mohamed. A política comercial brasileira entre a crise do MERCOSUL e as negociações com a União Europeia. **Boletim Meridiano**, 47 vol. 16, n. 152,

nov.-dez 2015 [p. 13 a 20]. Disponível em <https://periodicos.unb.br/index.php/MED/article/view/5218/4742> Acesso em 15 jan 2021.

LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. **Capitalismo de Laços: os donos do Brasil e suas conexões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LEVINSON, Marc. **The Box: How the shipping container made de world smaller and the world economy bigger**. Nova Jérsei: Princeton, 2006.

LEWIS, Bernard. **O que deu errado no Oriente Médio**. 1ª ed. São Paulo: Zahar, 2002.

LOPEZ, José Manoel Cortiñas; GAMA, Marilza. **Comércio exterior competitivo**. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

MARRARA, Thiago. Regulação sustentável de infraestruturas. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil**. Curitiba: Negócios Públicos, 2011.

MAYER, Giovanna. **Regulação Portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 160 p. 2009.

MENDES, Marcos José. **Por que o Brasil cresce pouco: desigualdade, democracia e baixo crescimento no país do futuro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MENEGUIN, Fernando Boarato; BUGARIN, Tomás T. S. O Dilema entre a Eficiência de Curto e de Longo Prazo no Ordenamento Jurídico e o Impacto no Crescimento Econômico. **RDU**, Porto Alegre, Volume 13, n. 74, 2017, 9-29, mar-abr 2017

MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. 26 mar. 1991. Disponível em: <https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>. Acesso em: 14 jan. 2021.

MERLIN, Bruno. **Líderes de terminais de contêineres pedem ambiente menos regulado e analisam futuro do mercado**. 25 jun. 2021. Disponível em: <https://portogente.com.br/noticias/transporte-logistica/112674-lideres-de-terminais-de-containers-pedem-ambiente-menos-regulado-e-analisam-futuro-do-mercado>. Acesso em 26 jun. 2021.

MONCADA, Luis Solano Cabral de. **Direito Económico**. Coimbra: Coimbra, 2003.

MOREIRA, Benedicto Fonseca. **Barreiras internas à exportação**. Fórum Nacional do Instituto Nacional de Altos Estudos (INAE), 17, 2004, Rio de Janeiro.

MOREIRA, Egon Bockmann. A experiência das licitações para obras de infraestruturas e a lei de parcerias público privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias Público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências Reguladoras Independentes, Déficit Democrático e Elaboração Processual de Normas*. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. *O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata*. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei no 12.815/2013 e seus desafios**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança Institucional e Desempenho Econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NORTH, Douglass C. **Desempenho econômico en el transcurso de los años**. Disponível em: <https://hecomex1.files.wordpress.com/2013/01/north-1994.pdf>. Acesso em: 4 ago 2020.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Objetivo com leilões é investimento, não arrecadação, diz ministro da Infraestrutura. G1. 06 abr. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/06/objetivo-com-leiloes-e-investimento-nao-arrecadacao-diz-ministro-da-infraestrutura.ghtml> Acesso em: 20 abr. 2021.

OCDE. **Indicators of Regulatory Policy and Governance, Latin America 2016, Brazil**. Disponível em: <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Brazil-regulatory-policy-ireg-2016.pdf>. Acesso em 04 jun. 2021.

OCDE. **Regulatory Impact Analysis**. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em: 05 jun. 2021.

OCDE. **Revenue Statistics in Latin America and the Caribbean: 1990-2018**. Paris: OCDE, 2020. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/68739b9b-es.pdf?expires=1617943487&id=id&accname=guest&checksum=FB27BA95C178FAEF1631AD20BF80F8C1>. Acesso em: 08 jan. 2021.

OLIVEIRA, Raymundo de. **Furlan sugere cesta de moedas para driblar apreciação do real**. 23 nov 2004. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/493254/noticia.htm?sequence=1> Acesso em 13 jan 2021.

ORAIR, Rodrigo Octávio. **Investimento público no Brasil: trajetória e relações com o regime fiscal**. Rio de Janeiro: IPEA, 2016, p 13. Disponível em http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/6873/1/TD_2215.PDF Acesso em: 10 jan. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **World Trade Statistical Review 2020**. Genebra: OMC, 2020, p. 10. Disponível em:

https://www.wto.org/english/res_e/statis_e/wts2020_e/wts2020_e.pdf. Acesso em: 07 mar. 2020.

PETTIT, Philip. Neorepublicanism and Sen's economic, legal, and ethical desiderata. In: GOTOH, Reiko; DUMOUCHEL, Paul (eds.). **Against Injustice: The New Economics of Amartya Sen**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. Princípios e Conceitos Fundamentais da Análise Econômica do Direito. In: MARÇAL; Antônio Cota; PIMENTA; Eduardo Goulart; NUNES, Maria Emília Naves; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). **Os Princípios na Construção do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

POSNER, Richard A. **The Economic Approach to Law**. Texas Law Review, v. 53, n. 4, 1975.

REIS, Luciano Elias e; BACKES, Camila. A licitação pública e sua finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-19, ago-dez. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>. Acesso em 25 mai 2021.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Novo Marco Regulatório dos Portos – entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei no 12.815/2013 e seus desafios**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, et al. Análise econômica normativa e Nova Lei dos Portos: a questão da política portuária. **RJLB**, Ano 5 (2019), nº 6. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_0221_0247.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (orgs.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 64.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.456-471. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5218/3760>. Acesso em 19 mai. 2021.

ROCHA, Fernando Vinicius da; SAES, Maria Sylvia Macchione. Desenvolvimento Econômico e Social por Meio de Investimentos em Infraestrutura: O Caso da BR-163. **Desenvolvimento Em Questão**, 16(42), 99–123. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/6248>. Acesso em 18 mai. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 4-58, 2008, p. 9. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: Último acesso em 23 mai. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: VILHENA, Oscar. DIMOULIS Dimitri (Orgs.). **Desenvolvimento e Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALGADO, Lucia Helena. **Caos aéreo e tragédia dos comuns: falhas de mercado e de governo**. Texto para Discussão, nº 1388, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Brasília, 2009.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTIAGO, Priscila Braga. **Infraestrutura: experiência na América Latina**. Brasília: CEPAL. Escritório no Brasil/IPEA, 2011. (Textos para Discussão CEPAL-IPEA, 35).

SEBRAE. **As micro e pequenas empresas nas exportações brasileiras: 2009-2017**. Brasília: SEBRAE, 2018.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. Economics, Law, and Ethics. In: GOTOH, Reiko; DUMOUCHEL, Paul (eds). **Against injustice: the new Economics of Amartya Sen**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 39-54.

SERVÉN, L. **Fiscal rules, public investment, and growth**. New York: Banco Mundial, 2007.

SEVERO, Luciano Wexell. **Para economista, Mercosul chega aos 30 anos com Brasil distante e comércio enfraquecido**. Entrevista concedida a Ricardo Westin. Agência Senado. 26 mar 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/para-economista-mercosul-chega-aos-30-anos-com-brasil-distante-e-comercio-enfraquecido>. Acesso em: 4 abr. 2021.

SHIKIDA, Pery Franciso Assis et al. Agronegócio brasileiro no comércio internacional. **Revista de Ciências Agrárias**, vol.39, no.1, Lisboa, p. 54-69, mar 2016. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S0871-018X2016000100007&script=sci_arttext&tlng=en#q5. Acesso em: 07 jan. 2021.

SIQUEIRA, Tagora Villarim de Siqueira. Comércio Internacional: Oportunidades para o Desenvolvimento Regional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 115-154, jun 2006. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/12137>. Acesso em: 05 jan. 2021.

SOUZA, Celina. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, 2001, p. 513-560. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000300003&lng=en&nrm=iso. Acesso em 27 jun. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Público e Privado no Desenvolvimento de Empreendimentos Estatais. Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento**. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Valmir Pontes Filho, Fabrício Motta e Emerson Gabardo. Belo Horizonte: Fórum, p. 37-43, ISBN 978-85-450-0157-7, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; et al; **Para uma reforma nacional em favor da liberdade econômica e das finalidades da regulação**. São Paulo: FGV, 2019. Disponível em: https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/proposta_de_lei_nacional_de_liberdade_economica_-_sbdp_fgv_direito_sp.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Orgs.). **Direito Portuário Brasileiro**. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 322.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia: Análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2005.

THALER, Richard, H. 2000. **From Homo Economicus to Homo Sapiens**. Journal of Economic Perspectives, 14 (1): 133-141. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.14.1.133>. Acesso em: 19 mai. 2021.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **Índice de Percepção da Corrupção 2020**. Berlim: Transparência Internacional, 2021. Disponível em <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/bra> Acesso em 11 jan. 2021.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

WANKE, Peter Fernandes; HIJJAR, Maria Fernanda. Exportadores brasileiros: estudo exploratório das percepções sobre a qualidade da infraestrutura logística. **Produção**, v. 19, n. 1, jan./abr. 2009, pp. 143-162.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo. Reencontrando a chave da prosperidade americana**. São Paulo: BEI Comunicações, 2015.