

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

ANA LUIZA BECKER SALLES

***A ENFORCED SELF-REGULATION DE BRAITHWAITE NAS
CONCESSÕES DOS PORTOS ORGANIZADOS BRASILEIROS***

*BRAITHWAITE'S ENFORCED SELF-REGULATION IN BRAZILIAN
ORGANIZED PORTS CONCESSIONS*

Brasília, 2024

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**A ENFORCED SELF-REGULATION DE BRAITHWAITE NAS
CONCESSÕES DOS PORTOS ORGANIZADOS BRASILEIROS**

Autor: Ana Luiza Becker Salles

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 2024

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

BECKER SALLES, ANA LUIZA
Ba A ENFORCED SELF-REGULATION DE BRAITHWAITE NAS CONCESSÕES
DOS PORTOS ORGANIZADOS BRASILEIROS / ANA LUIZA BECKER
SALLES; orientador Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha. --
Brasília, 2024.
108 p.

Dissertação(Mestrado em Direito) -- Universidade de
Brasília, 2024.

1. Portos . 2. Concessões. 3. Enforced self-regulation.
4. Regulação responsiva.. I. Iorio Aranha, Prof. Dr. Márcio
, orient. II. Título.



Aos vinte e seis dias do mês de março do ano de dois mil e vinte e quatro, instalou-se a banca examinadora de Dissertação de Mestrado da aluna ANA LUIZA BECKER SALLES, matrícula (221106268). A banca examinadora foi composta pelos professores Drº. RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, professor, FGV-RJ; Drª. ANA CLAUDIA FARRANHA SANTANA, professora, FD-UnB; Drº. ALEXANDRE ARAUJO COSTA, professor, FD-UnB, (Suplente) e Drº. MARCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA, professor, FD-UnB, orientador/presidente. A discente apresentou o trabalho intitulado "A ENFORCED SELF-REGULATION DE BRAITHWAITE NAS CONCESSÕES DOS PORTOS ORGANIZADOS BRASILEIROS". Concluída a exposição, procedeu-se a arguição da candidata, e após as considerações dos examinadores o resultado da avaliação do trabalho foi (X) Pela aprovação do trabalho; () Pela aprovação do trabalho, com revisão de forma, indicando o prazo de até 30 dias para apresentação definitiva do trabalho revisado; () Pela reformulação do trabalho, indicando o prazo de (Nº DE MESES) dias para nova versão; () Pela reprovação do trabalho, conforme as normas vigentes na Universidade de Brasília. Conforme os Artigos 33, 39 e 40 da Resolução 0080/2021 - CEPE, o(a) candidato(a) não terá o título se não cumprir as exigências acima.

Dr. RAFAEL VÉRAS DE FREITAS, FGV RJ

Examinador Externo à Instituição

Dr. ALEXANDRE ARAUJO COSTA, UnB

Examinador Interno

Dra. ANA CLAUDIA FARRANHA SANTANA, UnB

Examinadora Interna

Dr. MARCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA, UnB

Presidente

ANA LUIZA BECKER SALLES

Mestranda



FOLHA DE CORREÇÕES

ATA Nº 176

Autor: ANA LUIZA BECKER SALLES

Título: A ENFORCED SELF-REGULATION DE BRAITHWAITE NAS CONCESSÕES DOS PORTOS ORGANIZADOS BRASILEIROS

Banca examinadora:

Prof. RAFAEL VÉRAS DE FREITAS	Examinador Externo à Instituição	_____
Prof. ALEXANDRE ARAUJO COSTA	Examinador Interno	_____
Prof. ANA CLAUDIA FARRANHA SANTANA	Examinadora Interna	_____
Prof. MARCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA	Presidente	_____

Os itens abaixo deverão ser modificados, conforme sugestão da banca examinadora.

1. INTRODUÇÃO
2. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA
3. METODOLOGIA
4. RESULTADOS OBTIDOS
5. CONCLUSÕES

COMENTÁRIOS GERAIS:

Declaro, para fins de homologação, que as modificações, sugeridas pela banca examinadora, acima mencionada, foram cumpridas integralmente.

Prof. MARCIO NUNES IORIO ARANHA OLIVEIRA

Orientador(a)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, por ser a origem da minha força e a minha base sólida.

Ao meu pai, por ser um exemplo de conduta e dividir comigo o seu amor pelo setor portuário.

Às minhas amigas, por se fazerem presentes, de perto ou de longe, nos bons e nos maus momentos.

Aos colegas de trabalho que tive ao longo da minha carreira profissional, pelas experiências e ensinamentos partilhados.

Ao meu professor orientador, Dr. Márcio Lório Aranha, pelas palavras de encorajamento, revisões e instrução, sem as quais este trabalho não seria possível.

E a mim, por não ter desistido.

RESUMO

A presente pesquisa possui por objetivo identificar quais aspectos da *enforced self-regulation* podem ser verificados ou adotados na regulação das concessões de portos organizados brasileiros e quais pressupostos se relacionam com a regulação a ser estabelecida para as concessões portuárias. Para tanto, a pesquisa se valerá da experiência internacional do contexto institucional do setor portuário e das normas que regulamentam o setor. Abordar-se-ão os elementos caracterizadores da *enforced self-regulation*, em que serão firmados os pressupostos teóricos e elementos essenciais da teoria. Serão identificados os principais entes que participam da regulação do setor, considerando-se as competências atribuídas a cada um desses atores, em especial, será caracterizado o que são os portos organizados, qual o papel da autoridade portuária e como são definidos e cobrados os serviços prestados que serão objeto de concessão. Realizar-se-á a análise da estrutura regulatória de concessão dos portos organizados, buscando-se identificar elementos típicos para a adoção da *enforced self-regulation*. Por fim, buscar-se-á aferir uma possível relação com os pressupostos da *enforced self-regulation* da teoria da regulação responsiva, no sentido de se constatar se é possível adotar esses pressupostos nas concessões de portos organizados; de que forma sua aplicação poderia contribuir ao setor; ou se, considerando o contexto setorial, seria inviável a adoção de *enforced self-regulation* na regulação das concessões do setor portuário.

Palavras-chaves: Portos. Concessões. *Enforced self-regulation*. Regulação responsiva.

ABSTRACT

The present research aims to identify which aspects of enforced self-regulation can be verified or adopted in the regulation of Brazilian organized port concessions and which assumptions thereof relate to the regulation to be established for port concessions. To this end, the research will analyze the international experience, the institutional context of the port sector and the norms that regulate the sector. It will address the characterizing elements of enforced self-regulation, where the theoretical assumptions and essential elements of the theory will be established. Also, the main entities participating in the regulation of the sector will be identified, considering the competencies attributed to each of these actors, particularly the nature of organized ports, the role of the port authority, and how the provided services subject to concession are defined and charged. An analysis of the regulatory structure for the concession of organized ports will be conducted, seeking to identify typical elements for the adoption of enforced self-regulation. Finally, the research will attempt to ascertain a possible relationship with the assumptions of enforced self-regulation from the theory of responsive regulation, to determine whether it is possible to adopt these assumptions in the concessions of organized ports; how their application could contribute to the sector; or whether, considering the sectoral context, the adoption of enforced self-regulation in the regulation of port sector concessions would be unfeasible.

Keywords: Ports. Concession. Enforced self-regulation. Responsive regulation.

LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 1 - Pirâmide Regulatória	17
Figura 2 - Pirâmide de Estratégias Regulatórias	21
Quadro 1 - Grupos tarifários padrão tarifa portuária	68

LISTA DE ACRÔNIMOS

ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
APPA	Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina
APS	Autoridade Portuária de Santos
BNDES	Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social
CAP	Conselho de Autoridade Portuária
CODESA	Companhia Docas do Estado do Espírito Santo
CODESP	Companhia Docas do Estado de São Paulo
CONIT	Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
CPPI	Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos
CRMPG	Counterparty Risk Management Policy Group
DNPVN	Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
ETC	Estações de Transbordo de Cargas
FED	Federal Reserve System
FSA	Financial Services Authority
HSE	Health and Safety Executive
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPCA	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo
IPtur	Instalação Portuária de Turismo
ISDA	International Swaps and Derivatives Association
IMO	International Maritime Organization
MINFRA	Ministério da Infraestrutura
MPOR	Ministério dos Portos e Aeroportos
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento
ONGs	Organizações Não Governamentais
OTC	Over-The-Counter Derivatives
PDZ	Plano de Desenvolvimento e Zoneamento
PND	Programa Nacional de Desestatização
PPI	Programa de Parcerias de Investimentos
Portobrás	Empresa de Portos do Brasil S.A
SNPTA	Secretaria Nacional de Transporte Aquaviário
TCU	Tribunal de Contas da União
TUP	Terminais de Uso Privado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA ENFORCED SELF-REGULATION.....	14
1.1 O modelo de <i>enforced self-regulation</i>	22
1.2 Características da teoria.....	28
1.3 aplicações da <i>enforced self-regulation</i>	37
2 ARRANJO INSTITUCIONAL DO SETOR PORTUÁRIO E O PAPEL DA AUTORIDADE PORTUÁRIA.....	48
2.1 Breve histórico do setor portuário	49
2.1.1 Visão geral da legislação	53
2.2 Principais atores do setor.....	56
2.2.1 Autoridade Portuária.....	62
3 ENFORCED SELF-REGULATION NAS CONCESSÕES DOS PORTOS ORGANIZADOS	72
3.1 A desestatização da CODESA e a concessão pública dos Portos de Vitória e de Barra do Riacho.....	74
3.2 O modelo adotado	75
3.2.1 Principais Mecanismos regulatórios.....	79
3.3 <i>Enforced self-regulation</i> nas concessões dos portos organizados	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
REFERÊNCIAS	100

INTRODUÇÃO

O transporte de mercadorias pela via marítima, realizado através dos portos e instalações portuárias, é considerado um dos principais fatores que impulsionam e proporcionam desenvolvimento para determinado local. A atividade de movimentação de cargas pelo transporte aquaviário constitui a principal via do comércio internacional do país, sendo essencial para as importações e exportações, com repercussões macroeconômicas.¹ Além disso, é por meio das instalações portuárias que ocorre o escoamento de mercadorias e, assim, se estabelecem os fluxos e as redes no espaço, a intermediação entre produtor e mercado, bem como a satisfação das demandas econômicas, sociais e corporativas.

Em decorrência de sua importância, há uma necessidade inerente de buscar eficiência como forma de garantir a competitividade no mercado global. O setor demanda constante aprimoramento, seja na parte física e operacional de infraestrutura, seja na análise, revisão e melhoria do normativo que regulamenta a atividade portuária.

Por outro lado, trata-se de um setor de alta complexidade regulatória, evidenciado pela pluralidade de entes reguladores atuantes –como o Ministério dos Portos e Aeroportos e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e autoridades portuárias – e de agentes econômicos regulados – aqui novamente as autoridades portuárias, assim como autorizatários, arrendatários, operadores portuários, usuários, os quais possuem naturezas jurídicas distintas e interesses que nem sempre convergem.

Nesse sentido, o governo brasileiro tem adotado medidas e iniciado estudos para conceder à iniciativa privada a gestão dos portos organizados brasileiros. Importante apontar que se trata de um modelo inédito no país.²

¹ De acordo com o Relatório de Avaliação Concorrencial da OCDE sobre o Brasil, ainda que o transporte marítimo represente somente 0,16% do PIB, o setor possui papel fundamental no comércio exterior e no desenvolvimento econômico do país, sendo responsável pelo escoamento de mais de 98% das exportações brasileiras e pela recepção de mais de 92% das importações em termos de volume (OCDE, 2022).

² Notícias sobre o assunto disponíveis em: <https://www.tribuna.com.br/noticias/portoemar/o-processo-de-desestatiza%C3%A7%C3%A3o-do-porto-de-santos-est%C3%A1-bem-avan%C3%A7ado-1.70239>; <https://portogente.com.br/noticias/dia-a-dia/108908-o-que-ganha-o-brasil-ao-privatizar-as-administracoes-dos-portos>; <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/08/22/governo-preve-privatizar-porto-de-santos->

Como tradição, o setor portuário brasileiro adotou uma versão do chamado modelo de exploração “*landlord port*”,³ no qual a gestão do Porto Organizado se mantém pública e os terminais localizados no porto são concedidos à iniciativa privada por meio de arrendamentos portuários. O novo modelo pretende, além de conceder a operação portuária, transferir a atividade de administração do porto exercida pela autoridade portuária, possibilidade prevista na legislação em vigor.⁴ Momento ideal para uma reflexão quanto às possibilidades regulatórias aplicáveis ao setor.

Assim, para a presente análise, buscou-se, dentre as teorias da regulação, uma abordagem que se baseia na profunda compreensão do setor que pretende regular e se apoia no emprego de técnicas modernas e alternativas de regulação, que prevê tratamento diferenciado para os agentes regulados de acordo com seu comportamento, e que não consiste na simples aplicação de sanções em caso de descumprimento de regras, mas também na adoção de métodos de dissuasão e persuasão.

Ademais, já se verifica em alguns ensaios práticos a utilização da teoria da regulação responsiva em outros setores de transportes,⁵ assim como estudos no âmbito da academia.⁶

Especialmente a parte da teoria que trata da *enforced self-regulation* é objeto do presente estudo, visto que se propõe como um meio-termo entre a autorregulação e a regulação imposta (comando e controle) e concede autonomia aos agentes para buscar consenso na definição de normas.

[ate-o-final-de-2022-diz-secretaria.ghtml](https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/03/primeira-privatizacao-de-porto-no-pais-vira-vitrine-para-tarcisio.shtml);

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/03/primeira-privatizacao-de-porto-no-pais-vira-vitrine-para-tarcisio.shtml>; <https://www.cnnbrasil.com.br/business/antag-aprova-primeiro-edital-de-desestatizacao-de-portos-da-historia-do-brasil/>. Acesso em: 20 jan. 2024.

³ O modelo de exploração de infraestrutura portuária pública, vigente na maioria dos casos brasileiros, consiste na administração dos complexos portuários e investimentos em infraestrutura por parte do Estado, ao passo que os agentes privados investem em superestrutura e prestam os serviços de movimentação e armazenagem (GALLARDO, 2011, p. 13)

⁴ Vide Lei n. 12.815 de 5 de junho de 2013, art. 2º, IX - concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado.

⁵ A Agência Nacional de Aviação Civil lançou, em agosto de 2020, o Projeto Regulação Responsiva (ANAC, 2023).

⁶ Tem-se como exemplo a pesquisa realizada no Projeto de Pesquisa e Inovação Acadêmica sobre Regulação Responsiva no Setor Aéreo Brasileiro, implementado no ano de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/RRANACUnB_Relatorio_RR_03.pdf. Acesso em: 20 jan. 2024.

A teoria da regulação responsiva de Braithwaite oferece desenhos regulatórios flexíveis e adaptáveis, capazes de estabelecer mecanismos de punição e persuasão através do conhecimento profundo da estrutura do mercado regulado, suas normas internas e motivação dos atores. Por sua vez, a forma regulatória da *enforced self-regulation* fornece liberdade aos agentes de propor determinadas normas, obrigando-lhes a fiscalizá-las internamente por meio de regras de *compliance* com punições severas em caso de descumprimento. A partir desse contexto, acredita-se que pode ser de grande benefício ao setor a adoção de aspectos dessa teoria nos futuros contratos de concessão dos portos organizados.

Assim, questiona-se: quais aspectos da *enforced self-regulation* podem ser verificados ou adotados na regulação das concessões de portos organizados brasileiros? A pesquisa, ao enfrentar a pergunta proposta, se valerá da experiência internacional, do contexto institucional e das normas estruturantes do setor portuário, das normas secundárias produzidas pelo Ministério de Portos e Aeroportos (MPOR) – portarias ministeriais –, pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) – resoluções –, por autoridades portuárias – ordens de serviço e tabelas tarifárias – que regulam e regulamentam o setor.

A partir da análise empírica do setor portuário brasileiro, seja em sua atividade de produção normativa, como na atuação em processos administrativos de outorga ou de organização setorial e da prática regulatória internacional, seja na adoção de mecanismos consensuais para a cobrança de tarifas portuárias, acredita-se que poderão ser identificados elementos que possibilitam a adoção da *enforced self-regulation* nas concessões dos portos organizados, bem como serão identificados elementos da teoria que poderiam contribuir e motivos que justificam a inviabilidade da adoção integral da teoria da regulação responsiva ao setor analisado.

Os passos adotados no presente estudo são iniciados neste capítulo introdutório, que contém a justificativa, as teorias, a pergunta de pesquisa, a hipótese e a estrutura do trabalho.

Na sequência, o primeiro capítulo abordará os elementos caracterizadores da *enforced self-regulation*, em que serão firmados os pressupostos teóricos e elementos essenciais da teoria, os quais balizarão a

pesquisa. Uma breve explanação sobre a forma como a *enforced self-regulation* se localiza na teoria da regulação responsiva, seus principais atributos e as principais críticas ao modelo.

No segundo capítulo, intitulado “Arranjo institucional do setor portuário e o papel das autoridades portuárias”, serão identificados os principais entes que participam da regulação do setor, consideradas as competências atribuídas a cada um desses atores, caracterizando-se, em especial, o que são os portos organizados, qual o papel da autoridade portuária e como são definidos e cobrados os serviços prestados que serão objeto de concessão.

No terceiro e último capítulo, intitulado “*Enforced Self-Regulation* nas Concessões dos Portos Organizados”, realizar-se-á a análise da estrutura regulatória de concessão dos portos organizados, buscando-se identificar elementos típicos para a adoção da *enforced self-regulation*. Nesse sentido, analisar-se-ão mecanismos regulatórios, como o chamado de proposta apoiada, no qual os agentes do porto precisam, em comum acordo, apoiar o aumento da tarifa para que se possibilite a realização de investimentos não previstos contratualmente.

Ao final, na conclusão do trabalho, ao se compreender o arcabouço jurídico-regulatório e as dinâmicas do setor portuário, buscar-se-á aferir uma possível relação com os pressupostos da *enforced self-regulation* da teoria da regulação responsiva, no sentido de se constatar se é possível adotar esses pressupostos nas concessões de portos organizados; de que forma sua aplicação poderia contribuir ao setor; ou se, considerando-se o contexto setorial, seria inviável a adoção de *enforced self-regulation* na regulação das concessões do setor portuário.

Insta apontar que o presente trabalho não pretende exaurir os pressupostos gerais da teoria da regulação responsiva de Braithwaite, mas tão somente abordar com profundidade a *enforced self-regulation*. Tampouco pretende esgotar o arcabouço legal e normativo que regula o setor portuário, e sim tratar dos marcos necessários para a análise da atividade exercida pela autoridade portuária, que será concedida à iniciativa privada, e de que forma a teoria poderia ser melhor empregada no modelo que está sendo proposto.

1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA ENFORCED SELF-REGULATION

O presente capítulo possui como objetivo pontuar os elementos caracterizadores da chamada *enforced self-regulation*, para então se averiguar as possibilidades de utilização desta parte da Teoria da Regulação Responsiva na concessão dos Portos Organizados Brasileiros.

Com a finalidade de contextualizar a *enforced self-regulation*, inicialmente, realizaremos uma breve explicação sobre a Teoria da Regulação Responsiva, proposta por Ayres e Braithwaite (1992), nos anos 1990, como uma alternativa ao debate entre regulação e desregulação da economia.

Segundo Ayres e Braithwaite (1992), uma boa análise política não ocorre na simples escolha entre livre mercado ou regulação governamental. Tampouco na decisão de qual lei deverá ser adotada. Ao se aceitar que a análise política efetiva decorre da compreensão de que há interdependência entre a regulação privada e a regulação pública, realizada pelo Estado, surgirão relevantes possibilidades para uma regulação pública e privada (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 3). Ademais, argumentam que, ao se encarar de forma mais criativa essa interdependência, governos e cidadãos podem elaborar melhores soluções políticas aos problemas enfrentados.

Além de propor como uma alternativa entre os extremos regulação e desregulação, a referida teoria possui como ideia central que, ao conhecerem profundamente o setor regulado, os reguladores devem ser responsivos à atitude daqueles aos quais buscam regular, e assim decidir se uma resposta em maior ou menor grau de intervenção é necessária (PEREZ; GOULARD; SAVIOLI, 2021). Essa resposta não deve ser somente para as ações individuais dos agentes do setor, mas também para o nível de intervenção regulatória que o setor deverá receber (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Neste ponto, importante destacar que, em um primeiro momento, poderia se classificar a Teoria da Regulação Responsiva como uma análise processual da regulação, uma vez que, sem definir previamente os elementos substantivos da atuação regulatória, sugere-se a constante interação entre regulador e regulado para a construção de incentivos efetivos para a

persuasão e, assim, a implementação e/ou reavaliação das políticas regulatórias (ARANHA, 2019, p. 99). Todavia, ao se aprofundar, enxerga-se uma dimensão substantiva da referida teoria, já que o objetivo seria a persuasão do regulado, fazendo uso da responsividade como fio condutor e motivo para a regulação.

Em 2006, Braithwaite, em reflexão sobre a própria teoria, apontou que o modelo proposto apresenta semelhanças com a teoria reflexiva de Teubner (1986), quando compreende a existência dos sistemas de pesos e contrapesos dos processos de associação estrutural entre os sistemas ou nós de redes de governança, como apresentado no trilema da regulação,⁷ sob a ótica de Sociedade Reguladora em contraposição ao Estado Regulador. Contudo, a regulação responsiva se distancia da reflexiva de Teubner e da sistema autopoiesis de Luhmann,⁸ uma vez que não considera os sistemas do direito e do mercado como normativamente fechados e cognitivamente abertos, pois em uma sociedade com uma divisão de trabalho complexa as pessoas ocupam múltiplos papéis em múltiplos sistemas.

Ademais, a noção de sistemas normativos fechados se contrapõe à proposta de desenhos regulatórios flexíveis e adaptativos, que visam estabelecer um equilíbrio entre punição e persuasão, possibilitando o estabelecimento de formas de regulação compatíveis com a realidade vislumbrada e os objetivos buscados, o que é a base da teoria (BRAITHWAITE, 2006).

Importante frisar que a responsividade proposta por Ayres e Braithwaite não pretende somente apresentar novas formas de intervenção

⁷ Em síntese, Teubner (1986) defende que o sistema social é composto por distintos subsistemas autorreferenciados (economia, educação, direito, religião, política, ciência, sociedade), que se autorreproduzem em si próprios. Entretanto, em virtude dos pontos de interseção entres os subsistemas, chamados pelo autor de acoplamentos, ocorrem interferências mútuas no processo reprodutivo gerando modificações nos subsistemas. Assim, o trilema regulatório se caracteriza pela incapacidade da regulação em alcançar um acoplamento adequado entre Direito, Política e Sociedade, ensejando três falhas regulatórias, quais sejam: incongruência entre o Direito, Política e Sociedade; demasiada legalização da Sociedade; e demasiada socialização do Direito.

⁸ Em síntese, para Luhmann (1990), os sistemas sociais como sociedade, organizações, grupos e até mesmo indivíduos, são sistemas autopoieticos, portanto são autônomos e capazes de se reproduzir continuamente por meio de sua interação com o ambiente. Esses sistemas são autorreferenciais e, por isso, operam com base em suas próprias regras internas e se comunicam com base nesses padrões internos.

estatal regulatória, mas noções inovadoras do como as respostas dos reguladores devem ocorrer. A regulação estatal pode promover melhores níveis de governança aos mercados privados regulados por intermédio da delegação de funções regulatórias, seja por meio da delegação a grupos de interesse, da desregulação de empresas ou da autorregulação imposta (aqui tratada como *enforced self-regulation*), esta que se abordará mais profundamente no presente capítulo. Entretanto, tais delegações de competência regulatória não devem ocorrer de forma integral ou incondicional. Central à ideia de responsividade está a noção de que é necessário existir um escalonamento de formas de intervenção estatal para que seja possível a adoção de uma regulação menos centralizada e intrusiva nos mercados regulados (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 4)

Nesse sentido, a pirâmide regulatória concebida por Ayres e Braithwaite (1992) estabelece medidas crescentes de intervenção estatal – a depender do comportamento dos regulados – e pode ser adotada sob a perspectiva das punições (ou ausência de) frente as ações do regulado ou a partir das estratégias regulatórias que deverão ser abordadas.

Sob a perspectiva da aplicação de penalidades ao agente regulado, a base da pirâmide é formada pelos atores denominados virtuosos, cujas condutas se dão voluntariamente em conformidade, onde deve ocorrer pouca ou nenhuma ingerência governamental.

Assim, quando identificadas irregularidades, sem a devida correção pelos infratores, o ator escala a pirâmide, passando a se enquadrar em um estágio intermediário de intervenção. Nesse estágio se encontram os atores denominados racionais, onde é preciso buscar um equilíbrio entre a persuasão e a punição. Persistindo as irregularidades, escala-se a pirâmide, podendo-se chegar até as punições extremas, com altos valores de multa ou mesmo a incapacitação do regulado (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 35).



Figura 1 - Pirâmide Regulatória

Como se observa da Figura 1, colacionada acima, a base da pirâmide é o momento aberto e flexível da regulação, no qual o regulador deve persuadir o regulado, onde a solução para as irregularidades do setor é deliberada pelas partes interessadas. A chamada justiça restaurativa está localizada nessa etapa da pirâmide. Eis que a persuasão deve sempre ser o ponto de partida, independentemente da matéria que se está abordando, as respostas mais interventivas somente nas situações em que aquela não obtiver êxito, exceto nos casos graves, em que seja aconselhável aplicar-se desde logo medidas mais severas (BRAITHWAITE, 2006).

Escalando-se a pirâmide, aumentam as medidas mais assertivas de intervenção, que já abrangem sanções administrativas e civis, além de, eventualmente, as criminais não privativas de liberdade. Trata-se do patamar da correspondente à “dissuasão”. Porém, se a dissuasão falhar, chega-se ao cume da pirâmide regulatória, a “incapacitação”, que, dependendo da esfera de regulação, abrange medidas como a prisão (penal) e a revogação de licenças (administrativa) (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Assim, ao propor a teoria abordada, pretende-se que seja primeiramente aplicada a justiça restaurativa, seguindo-se pela dissuasão, quando aquela falhar e, por último, a incapacitação, quando nenhuma das soluções precedentes for eficaz. Uma forma de regulação complementa a outra.

A regulação responsiva se alinha com a discricionariedade conferida ao Estado para modular sua atuação de acordo com a resposta mais ou menos interventiva para a coibição da conduta indesejável no caso concreto. Como já apontado, a ideia central da regulação responsiva é a de que os reguladores devem ser responsivos à atitude daqueles aos quais buscam regular ao decidir se uma resposta em maior ou menor grau de intervenção é necessária (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

A regulação responsiva está na discricionariedade de decisão quanto à resposta a ser dada a determinadas condutas, de forma flexível e ajustável à realidade, contrária ao formalismo regulatório, que determina antecipadamente as respostas cabíveis em cada situação, sem atenção às circunstâncias concretas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

A teoria parte do pressuposto de que diferentes entes regulados possuem diferentes motivações para cumprir as normas e de que uma mesma pessoa ou empresa pode ter variadas motivações para o cumprimento. Ao compreender melhor o setor regulado e adaptar os tipos de resposta que serão dadas para as condutas, a regulação responsiva parte da hipótese de que uma pessoa sujeita a essa modalidade de controle terá uma relação melhor com o regulador e se tornará mais aderente ao processo de cumprimento da regulação do que uma pessoa que não vivenciar a regulação responsiva. Dessa forma, a regulação responsiva busca oferecer uma solução para o cumprimento da regulação, propondo uma teoria sobre a maneira como as motivações múltiplas para esse cumprimento interagem e respondem às estratégias de regulação baseadas na punição e na cooperação (SCHOLZE, 2016).

A regulação responsiva trabalha sempre com a ideia de que o ator ou agente é racional. Ou seja, as vantagens obtidas com a violação de determinadas regras não podem exceder as desvantagens impostas pela resposta legal. Escala-se a pirâmide até que a obediência seja a escolha mais racional. Dessa forma, a coerção, os recursos necessários para uma resposta mais interventiva, e mais custosa, ficam restritos a uma minoria de casos, em que seja inevitável sua utilização. Ademais, a intervenção torna-se mais legítima pela oportunidade de participação na definição da solução mais

adequada. Eis que a regulação responsiva trabalha com a ideia de uma sociedade reguladora e da autorregulação em contraposição ao Estado Regulador, como já mencionado (BRAITHWAITE, 2006).

A pirâmide regulatória busca ativar motivações distintas e contraditórias nos agentes regulados. A intenção é que essas motivações incentivem o cumprimento das normas e desestimulem a resistência. A aplicação da pirâmide pretende tornar benéfico aos regulados racionalmente calculistas serem virtuosos ou que busquem a virtuosidade. Para Braithwaite (2006), é mais razoável que um agente cumpra voluntariamente a norma quando motivado por seu próprio benefício, sob pena de escalar a pirâmide.

O uso da dissuasão está posicionado acima da persuasão na pirâmide, a fim de que não haja quebra do compromisso moral para cumprir a lei. De acordo com a teoria, somente se deve recorrer a formas mais dominantes de controle quando as formas mais dialógicas não forem bem-sucedidas, sendo que, assim, a própria coerção é legitimada (BRAITHWAITE, 2006). Braithwaite defende a argumentação como recurso, e que dominação e controle social devem ocorrer apenas quando as formas de diálogo forem tentadas antes. Tal estratégia confere maior legitimidade ao *enforcement*, que será considerado justo pelo regulado. Dessa forma, ao privilegiar a justiça restaurativa e aplicá-la na base da pirâmide, cria-se uma legitimidade para futuramente se utilizar a força, caso necessário, na resolução do caso.

Caso os atores deixem de cooperar e o diálogo e as formas mais modestas de punição não gerem resultado, o regulador deve escalar para um nível mais interventivo e punitivo, avançando para abordagens mais rigorosas. Da mesma forma, quando o regulado se tornar disposto a cooperar, ou voltar a cooperar, o regulador deve perdoar o histórico de irregularidade e recuar para a base da pirâmide, para execuções menos severas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992). A ideia é de que os atores regulados busquem sempre estar na base da pirâmide.

Dessa forma, a regulação responsiva propõe que não sejam somente adotadas medidas impeditivas, nem somente a cooperação. De acordo com Sholze (2016, p. 78), a regulação responsiva é uma forma "socialmente inteligente" e efetiva para o regulador reagir de maneira

sintonizada com o comportamento do ente regulado. Busca-se assim que os reguladores sejam compreensivos/responsivos à conduta daqueles que procuram regular quando decidirem se uma intervenção menor ou maior é necessária.

A teoria também propõe a aplicação de estratégias regulatórias em uma segunda pirâmide. As abordagens mais cooperativas e negociais estão situadas na base da pirâmide e abordagens mais punitivas são utilizadas quando as estratégias mais brandas falham. A regulação responsiva prevê que se deve começar a aplicação da pirâmide a partir de uma presunção de cooperação voluntária, na qual os atores envolvidos que mostrem a intenção e a capacidade de reparar eventuais danos que tenham causado, além de reformar seu comportamento futuro, devem ser recompensados com a incidência de sanções mais brandas (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Trata-se de um modelo dinâmico, que não se preocupa em especificar os tipos de matéria que devem ser tratadas na base, no meio ou no topo da pirâmide. Essa definição somente será possível diante de um amplo conhecimento do setor que está sendo regulado, partindo-se sempre da premissa de que, por mais séria que seja a infração, a resposta imediata deve ser a do diálogo para resolver a questão.

Ao introduzir um conceito de pirâmide de estratégias regulatórias, propõe que existem variadas formas de alcançar os mesmos resultados. Ao atrair a vontade do regulado em cumprir as regras, a regulação responsiva consegue canalizar as transações comerciais de forma a necessitar de intervenções governamentais menos intrusivas e centralizadas. Veja-se a Figura 2 a seguir.

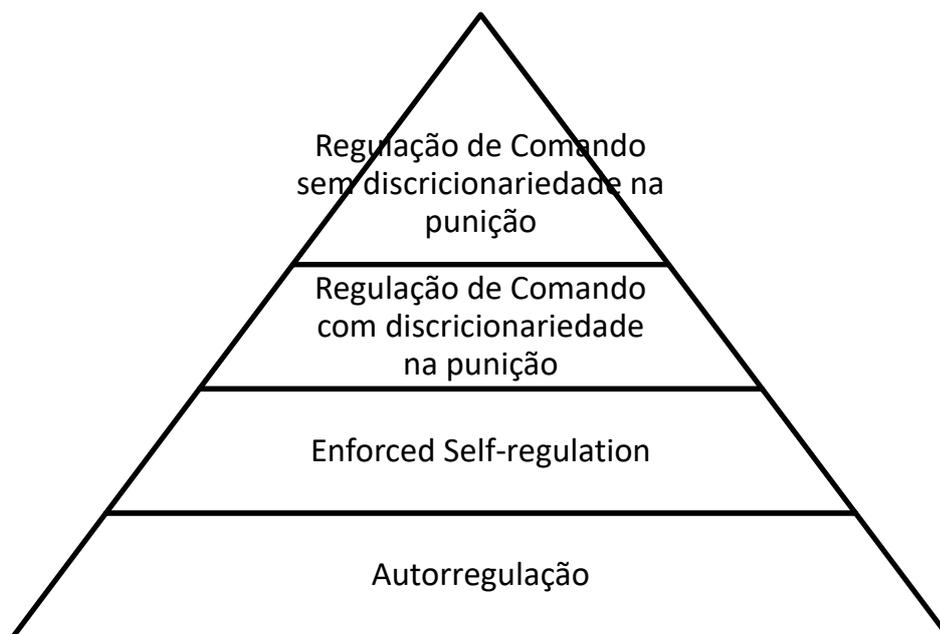


Figura 2 - Pirâmide de Estratégias Regulatórias

Como uma proposta para a utilização da pirâmide de estratégias regulatórias, Ayres e Braithwaite (1992, p. 39) indicam a adoção da autorregulação na base. Eis que, quando a autorregulação funciona, é a abordagem menos onerosa para o Estado. Quando o Estado negocia uma meta regulatória com a indústria, deixando com o próprio setor a responsabilidade de definir os meios para alcançá-la, há uma tendência de que a estratégia adotada busque a consecução mais eficiente da meta.

Entretanto, como são atores racionais, sem os devidos incentivos, é provável que o privilégio da autorregulação seja extrapolado e não se obtenha o nível ideal de cumprimento das políticas regulatórias perseguidas pelo Estado. De forma a evitar tal situação, o regulador deve expor que, caso ocorra descumprimento da autorregulação, existe a disposição de se escalar a pirâmide, adotando-se uma estratégia reguladora mais interventiva. Assim, como na primeira pirâmide, escala-se da autorregulação para a *enforced self-regulation*, que é a auto regulação proposta pelo regulado, autorregulação mas imposta pelo Estado. Não sendo suficiente, escala-se para uma regulação de comando, com discricionariedade para aplicação da sanção e, não sendo suficiente, para uma regulação de comando sem qualquer discricionariedade (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

A escalada dessa pirâmide oferece ao Estado maior capacidade de impor determinada política pública, mas à custa de uma regulamentação cada vez mais inflexível e antagônica. A comunicação clara, antes da disposição do Estado de escalar a pirâmide, incentiva o setor regulado e seus agentes reguladores a fazer a regulamentação funcionar em níveis mais baixos de intervencionismo. A principal argumentação dessa teoria regulatória é de que a existência dos gradientes e picos das duas pirâmides de aplicação canaliza a maior parte da ação regulatória para a base da pirâmide – nos domínios da persuasão e da autorregulação.

De acordo com os autores, a sinalização da existência da possibilidade de se aumentar a resistência e o intervencionismo pode levar a um clima regulatório mais voluntarista do que quando não existe a punição como uma opção. Caso o topo das pirâmides de aplicação seja removido, há menos perspectivas de autorregulação, menos perspectivas de persuasão como alternativa à punição.

É no segundo patamar da pirâmide de estratégias regulatórias que se pode localizar a *enforced self-regulation*, uma das opções criativas disponíveis para escalar o intervencionismo da estratégia regulatória para um caminho intermediário entre a autorregulação e a regulamentação governamental de comando e controle. Como se adiantou, trata-se de uma autorregulação mandatória, proposta pelo regulado, mas imposta pelo Estado.

Propõe-se assim que as empresas ou atores regulados escrevam seu próprio conjunto de regras, que serão ratificadas posteriormente pelo poder público. Entretanto, caso ocorra uma falha na imposição privada dessas regras, as sanções serão impostas pelo poder público, como se observará a seguir.

1.1 O modelo de enforced self-regulation

Ao propor o modelo, Ayres e Braithwaite (1992) apontam que a proposta do seu trabalho, que busca uma solução que se afaste do debate entre regulação e desregulação, seria a inovação de desenhos regulatórios flexíveis e aplicáveis ao setor regulado. Tais inovações não se encontram nos

extremos da pirâmide de estratégias regulatórias,⁹ onde há punições conhecidas no topo e a ausência de intervenção na base, mas em suas etapas intermediárias. Nessas etapas que se encontra a estratégia regulatória denominada *enforced self-regulation*.

É preciso considerar que, conforme reiterado ao longo da teoria regulatória responsiva, não se trata de uma estratégia indene de falhas, mas que pode ser satisfatoriamente aplicada em determinadas situações, dado o seu contexto.

A estratégia propõe uma negociação individual entre governo e empresas privadas para estabelecer regramentos particulares para cada uma delas. Cada empresa propõe suas próprias regras, evitando ser submetida às regras padrão, pré-estabelecidas pelo governo. Após aprovadas, essas regras passam a ser impostas, por isso o nome *enforced self-regulation*, pois se trata de uma autorregulação que se torna obrigatória. De acordo com Ayres e Braithwaite (1992, p. 102), apesar de ser considerada uma extensão da correção, que se configura como uma autorregulação proposta por entidades de classe ou representantes setoriais, em muitos casos com a participação da sociedade civil, na *enforced self-regulation* os regramentos serão acordados e impostos de forma singular.

Hutter (2001) explica a *enforced self-regulation* como o aproveitamento dos esforços de uma empresa ao direcioná-la para ocupar o espaço regulatório. O modelo busca persuadir a empresa a conceder aos objetivos regulatórios um lugar de destaque no ordenamento interno e dar-lhes alguma prioridade em face de outras demandas concorrentes. Portanto, neste modelo a empresa deixa de ser uma receptora passiva da atividade do estado, para assumir a responsabilidade na persecução dos objetivos regulatórios estabelecidos.

⁹ Vide Figura 2, mencionada no início do capítulo.

Para a autora:

O estado, portanto, usa a empresa em seus esforços para estabelecer a ordem. Idealmente, o Estado poderia estar ausente e os objetivos regulatórios tornarem-se parte constitutiva da empresa e da vida econômica sem a orientação da lei. (HUTTER, 2001, p. 393)¹⁰

Utilizando-se da lógica de alocação mais vantajosa dos custos de transação, proposta por Ronald Coase em “The Nature of The Firm”,¹¹ a *enforced self-regulation* é idealizada como uma subcontratação ou terceirização de parte das funções regulatórias do Estado, que seriam menos onerosas ao privado do que ao setor público, portanto, mais eficaz. Entretanto, para que seja possível a autorregulação é necessário que as empresas se estruturam para além da produção normativa – regulamentação proposta, mas também com equipes de *compliance* interno que analisaria e, caso ocorram, julgaria e corrigiria eventuais irregularidades. Não sendo sanadas, o *compliance* interno também reportaria a infração ao Poder Público (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Paralelamente, a teoria também aponta que as funções regulatórias devem ser delegadas de acordo com a estrutura e desempenho histórico do setor e que ao se delegar a função de estabelecer às regras, não necessariamente implicar na função executiva ou adjudicativa do Estado (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 103).

Nesse sentido, é importante frisar que a *enforced self-regulation* está inserida no âmbito da teoria da regulação responsiva e na pirâmide de estratégias de persuasão, mantendo-se com o Estado o nível acima da pirâmide de comando e controle. Uma vez que a estratégia não atinja as respostas desejadas por parte dos regulados, o agente escala a pirâmide regulatória para uma resposta mais dura quanto às suas ações e,

¹⁰ Tradução livre de: “The state therefore uses the company in its efforts to constitute order. Ideally the state could be absent and regulatory objectives become a constitutive part of company and economic life without the guidance of the law”.

¹¹ Precursor da Teoria dos Custos da Transação, em breve síntese, Robert Coase definiu os custos de transação como aqueles que necessários incorrer ao adentrar-se em um mercado e que as organizações surgem como soluções que visam minimizar os custos de se obter produtos e serviços diretamente no mercado, através da internalização desses processos numa estrutura hierárquica. (COASE, 1993).

particularmente, no caso de uma aplicação sem sucesso da *enforced self-regulation*, pode perder essa autonomia autorregulatória.

Para Mendes (2022), o *enforced self-regulation* é mais perfeita utilização da regulação responsiva, que por sua vez é a forma mais eficiente de se levar em consideração os custos regulatórios e de compliance, ao mesmo tempo que permite que as empresas continuem realizando suas atividades econômicas relevantes para a sociedade como um todo.

Retornando-se à questão da alocação mais vantajosa dos recursos, a autorregulação é uma alternativa interessante ao Estado, visto que por razões de limites orçamentários e fiscais, o Estado não consegue fiscalizar de forma extensiva todos os setores regulados. Nesse sentido, Ayres e Braithwaite (1992) apontam que, mesmo em setores que por motivos de seguridade deveriam ser fiscalizados regularmente, há um déficit nessa execução. Veja-se a seguir:

As pressões fiscais invariavelmente impedem que os inspetores governamentais verifiquem regularmente todos os locais de trabalho em busca de ofensas à segurança ocupacional, lapsos de qualidade ambiental, contabilidade distorcida ou projeto defeituoso do produto. A cobertura fiscalizadora uniformemente abismal nestas áreas e em outras pode e deve ser melhorada, mas nunca atingirá um nível satisfatório. Mesmo em um domínio onde os riscos de desastres são tão profundos que os cidadãos podem esperar uma inspeção detalhada do governo – por exemplo, regulamentação nuclear – os fatos da vida são que o estado mais rico do mundo monitora apenas 1 ou 2 por cento dos gastos “relacionados à segurança” atividades em usinas nucleares anualmente (MANNING, 1989 apud AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 103).¹²

Contudo, mister diferenciar eficácia de liquidez como um motivador para a autorregulação. A redução de custos não pode ser o único fator determinante para adoção da teoria, precisa estar relacionado com a adequação ao mercado regulado e à situação fática.

¹² Tradução livre de: “Fiscal pressures invariably prevent governmental inspectors from regularly checking every workplace for occupational safety offenses, environmental quality lapses, crooked bookkeeping, or faulty product design. The uniformly abysmal inspection coverage in these areas and others can and should be improved, but they will never reach a satisfactory level. Even in a domain where the risks of disaster are so profound that citizens might expect detailed government inspection—for example, nuclear regulation—the facts of life are that the wealthiest state in the world monitors only 1 or 2 percent of “safety- related” activities at nuclear plants annually”.)

Além de aumentar a frequência da fiscalização, a autorregulação também pode melhorar sua qualidade, preparando melhor seus fiscais corporativos, em conhecimentos específicos do setor e possibilitando a realização de fiscalizações surpresas. De acordo com os autores a atuação do *compliance* corporativo tende a ser mais hábil em localizar possíveis encobrimentos de irregularidades. Por outro lado, apesar de serem mais capazes, não necessariamente a autorregulação será mais efetiva. Em um cenário que a regulação aumente os custos da indústria ou a fiscalização interna identifique descumprimentos de determinações, é provável que suas recomendações sejam desconsideradas. Sendo essa a principal falha da autorregulação voluntária.

Por isso a *enforced self-regulation* impõe o cumprimento das determinações indicadas pelos auditores internos. Caso contrário, o responsável pelo *compliance* deve relatar à agência reguladora a impropriedade, sendo responsabilizado criminalmente em caso de desobediência. Em caso de reiterados descumprimentos, a empresa será submetida sob o escrutínio da agência reguladora que, em decorrência da melhor alocação dos recursos, pode concentrar seus esforços naqueles que são continuamente irresponsáveis. Assim, a *enforced self-regulation* combina a versatilidade e a flexibilidade da autorregulação voluntária, mas evita muitas de suas fraquezas.

Em uma aplicação prática, sob *enforced self-regulation*, o governo transferiria para cada empresa o dever de descrever o conjunto de individual de regras que serão aplicadas. A agência reguladora recepcionaria e aprova essas regras, ou devolve para revisão, caso elas não sejam satisfatoriamente rigorosas. É possível contar com a participação de grupos de interesse público (como ONGs) no momento de definição das regras, ou no momento de estabelecimento de padrões referenciais para o normativo. Ao invés do governo exigir o cumprimento das regras pré-estabelecidas por meio da fiscalização, as empresas devem se organizar para possuir grupos internos independentes, que realizarão a fiscalização - *compliance* corporativo. A função primordial do governo é garantir a independência desses grupos internos, assim como sua eficácia e resistência. Contudo, é preciso considerar que empresas menores não serão capazes de arcar com os custos do

estabelecimento de regras e manutenção de um *compliance* interno independente. Portanto, necessária a manutenção do estabelecimento de regras padrão para a regulação e fiscalização (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Também importante apontar que para o modelo funcionar é necessário um alinhamento das regras propostas pela empresa com a legislação vigente para a aprovação. Entretanto, tal alinhamento não significa a padronização, as regras devem se adequar a realidade das empresas e suas atividades realizadas.

Conforme apontam os autores, a *enforced self-regulation* possibilita a definição de regras não uniformes, que concedem maior proteção do que regras gerais ou leis de aplicação universal, mais ou menos rigorosas. Veja-se:

Teoricamente, a *enforced self-regulation* possibilita o estabelecimento de padrões ótimos não uniformes que concedem mais proteção do que qualquer padrão uniforme (mais rígido ou mais brando). Há uma série de maneiras pelas quais uma legislatura poderia enquadrar declarações amplas do que é exigido de regulamentos particulares que não fossem ao mesmo tempo banais (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 107).¹³

Segundo a teoria, normas mais rigorosas não são necessariamente mais eficazes do que normas brandas, em virtude de demandarem mais fiscalização por parte do governo e como o agente regulado é racional e determinada regra implique em aumento de custos, diante da dificuldade do governo em constatar infrações, pode-se optar por correr o risco de descumpri-las (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

A eficácia dessa abordagem também depende crucialmente do sistema de ratificação da agência – o que, de certa forma, determinaria as condições necessárias e suficientes para a contratação em torno do padrão regulatório. Especialmente quando as regras padrão são definidas com o intuito de proteger os usuários, nesse caso, seria apropriado que as agências apliquem um nível mais alto de escrutínio na análise das justificativas das propostas de mutação individual (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 108).

¹³ Tradução livre de: "Theoretically, enforced self-regulation makes possible nonuniform optimal standards that would give greater protection than any (stricter or more lenient) uniform standard. There are a number of ways that a legislature could frame broad statements of what is required of privately written regulations that were not at the same time platitudinous".

Contudo, considerando que nem todas as empresas possuem capacidade financeira para adotar os custos envolvidos da *enforced self-regulation*, ao invés de impor a autorregulação, as agências reguladoras podem também propor regras padrão como forma alternativa às regras já existentes. A manutenção de ambos os regimes, o pré-estabelecido e autorregulado, permite que o regulador esteja em constante evolução, aprendendo com as normas propostas pelos regulados e aperfeiçoando as regras padrão (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Assim, após compreender como se dá a proposta de adoção do modelo de *enforced self-regulation*, importante identificar suas principais características positivas e negativas.

1.2 Características da teoria

Ayres e Braithwaite, 1992, identificam as seguintes características como pontos fortes da adoção da *enforced self-regulation*, quais sejam: (i) as regras podem ser estabelecidas sob medida para as empresas reguladas; (ii) as regras se adaptam rapidamente à evolução do setor regulado; (iii) fomenta-se a inovação regulatória; (iv) as regras tendem a ser mais abrangentes em sua cobertura; (v) as empresas são mais comprometidas com o cumprimento das próprias regras; (vi) possível redução nas confusões que decorrem da existência de um regulamento interno e normas estabelecidas pelos reguladores; (vii) transferência de custos para o setor privado, que arcaria com a elaboração da própria regulação; (viii) infrações seriam identificadas com mais frequência; (ix) infratores seriam penalizados com mais frequência; (x) mais fácil obter condenações dos infratores; e, por fim, (xi) o *compliance* pode se tornar o caminho de menor resistência corporativa à adoção dos objetivos regulatórios.

A primeira característica é inerente à *enforced self-regulation*, trata-se de um estreitamento da lógica abordada na teoria da regulação responsiva quanto à necessidade de um amplo conhecimento setorial, aqui aplicado à realidade dos regulados individualmente. Há um ganho inequívoco na produção de uma regulação sob medida, que observa não só o setor regulado, mas as características peculiares de cada empresa. Uma regulação puramente

governamental não consegue alcançar as especificidades e se adaptar aos diferentes tamanhos e tipos de empreendimentos.

Sobre esse ponto, Ayres e Braithwaite descrevem as consequências da referida dificuldade:

O governo respondeu a esse problema de duas maneiras radicalmente diferentes: ou tentou obter especificidade gerando regras que são gigantescas em extensão e complexidade, ou escreveu regras para o menor denominador comum de comportamento proscrito, como exemplificado pelas platitudes insípidas de corporações corporativas. normas contábeis. As regras universalistas resultantes muitas vezes impõem restrições desnecessárias a algumas empresas e restrições excessivamente frouxas a outras (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 110).¹⁴

Ademais, para que se tenha segurança jurídica, o ordenamento jurídico possui por predicado a estabilidade e a previsibilidade, o que vai de encontro com a dinamicidade da atividade econômica, que está em constante transformação. As leis universalistas não podem ser alteradas rapidamente, sob pena de alguma circunstância crítica ser ignorada entre o conjunto infinito de condições possíveis às quais as regras podem ser aplicadas.

Por sua vez, a *enforced self-regulation* é prescrita conforme as necessidades particulares de cada empresa. Assim, suas regras precisam apenas tratar de um conjunto limitado de circunstâncias econômicas e estruturais. Por isso, sob a *enforced self-regulation*, as regras podem ser mais simples ao mesmo tempo que possuem denso significado. Os perigos da complexidade e da insipidez podem ser evitados quando as regras se referem a um conjunto finito e conhecido de circunstâncias, e não a uma gama infinita e desconhecida de atividades empresariais.

Por esse mesmo motivo, as regras também são mais facilmente adaptáveis às mudanças e mais suscetíveis às inovações regulatórias, uma vez que não é preciso considerar um contexto universal de impacto da

¹⁴ Tradução livre de: "Government has responded to this problem in two radically different ways: it has either tried to obtain specificity by generating rules that are gargantuan in length and complexity, or written rules for the lowest common denominator of proscribed behavior, as exemplified by the bland platitudes of corporate accounting standards. The resulting universalistic rules often impose unnecessary strictures on some companies and overly lax restrictions on others".

alteração normativa, somente particular da realidade de cada empreendimento.

Da mesma forma, as normas são mais abrangentes em sua cobertura, já que quanto mais específicas mais profundas podem ser, quando se trata de da regulação de uma determinada atividade. Além disso, as empresas possuem mais conhecimento sobre os riscos e potenciais abusos que podem ser praticados, enquanto o governo não possui tempo ou recursos para a pesquisa aprofundar nos casos específicos, afora a necessidade de consenso para a aprovação de regras (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Nesse mesmo sentido, tem-se que, quando há uma participação ativa das empresas em delimitar as normas, mais difícil será racionalizar o seu descumprimento, aumentando sua aceitação e melhorando a execução (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Quanto à redução das dificuldades de seguir dois regulamentos, sendo um interno (estatuto, código de conduta e afins) e outro estabelecido pelo governo (regulação tradicional), em acréscimo à redução de burocracia, Ayres e Braithwaite (1992) compreendem que a *enforced self-regulation* pode proporcionar um ganho com as experiências das empresas. Por exemplo, empresas multinacionais possuem um estatuto interno alinhado com as diretrizes da matriz e se submetem à regulação do país no qual estão instaladas suas filiais. Em um cenário em que as normas internas passam a ser a própria regulação, é possível aproveitar níveis de exigência alcançados em regulamentos internos e adequá-los à realidade onde estão operando.

Nesse sentido, Ayres e Braithwaite apontam o caso de uma farmacêutica japonesa que atua nos Estados Unidos, mas que, de acordo com as regras de sua matriz, possui protocolos de segurança diferentes daqueles adotados no país. Veja-se:

Por exemplo, as empresas farmacêuticas japonesas adotaram uma abordagem em testes toxicológicos para efeitos colaterais perigosos de drogas, que difere radicalmente da tradição toxicológica ocidental. A *enforced self-regulation* pode permitir que uma empresa japonesa operando nos Estados Unidos siga seus padrões mundiais de segurança de medicamentos, em vez dos requisitos ocidentais que são incompatíveis com suas regras corporativas. (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 114).¹⁵

Em uma regulação tradicionalmente generalista, não é possível adotar a abordagem da matriz japonesa sem passar por todo o processo burocrático de alteração ou aprovação normativa, mesmo sendo ela mais benéfica ao usuário.

Já relativamente à característica de os custos da regulação serem majoritariamente suportados pelo privado, Ayres e Braithwaite (1992) argumentam que tal característica, em acréscimo ao benefício orçamentário para o governo, proporciona equidade para a sociedade com um todo. Explica-se: a indústria se beneficia com a atividade e, por isso, também deve suportar os custos de sua regulação. Uma vez que produtos ou serviços não refletem todos os custos sociais inerentes a sua produção, eles estão sendo subsidiados e, conseqüentemente, a demanda excederá a sua utilidade social ótima.

Outrossim, pondera-se que os grupos de *compliance* interno possuem mais conhecimento e experiência em comparação aos reguladores. Em virtude de estarem mais inseridos no setor, esses deteriam mais capacidade de identificar as infrações. Com a utilização da *enforced self-regulation*, há incentivo para que as empresas sejam transparentes e disciplinem internamente as infrações e não acobertem para evitar a coerção governamental. Em caso de acobertamento, corre-se o risco de sofrer maior escrutínio governamental e punição. Como as normas são mais claras e específicas, também se identificam mais infrações, com menos possibilidade de evitar punições se utilizando de interpretações dúbias – diferentes do objetivo almejado pela política pública, que podem decorrer de normativos muito amplos e complexos. Ademais, em caso de infrações que transpassem

¹⁵ Tradução livre de: "For example, Japanese pharmaceutical companies have adopted an approach to toxicology testing for dangerous side effects of drugs that differs radically from the Western toxicology tradition. Enforced self-regulation might permit a Japanese company operating in the United States to follow its worldwide drug safety standards instead of Western requirements that are thoroughly incompatible with its corporate rules"..

as competências disciplinares das empresas, os relatórios de *compliance* podem facilitar a instrução de eventual processo judicial (ou regulatório), cuja intervenção governamental seja necessária (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Por fim, Ayres e Braithwaite (1992) defendem que o dever dos grupos internos de *compliance* de relatar descumprimentos de suas recomendações, por parte das empresas, pressionaria os executivos a cumpri-las, já que o custo de ceder ao diretor de conformidade seria menor do que os custos de combater uma investigação governamental, de ser submetido a um processo judicial, de obter publicidade negativa e de exposição a litígios civis que decorreriam da rejeição das recomendações.

Em contrapartida, os seguintes pontos são apontados como aspectos frágeis em uma possível aplicação da *enforced self-regulation*, quais sejam: i) aumento do custo regulatório das agências, já que seriam responsáveis por aprovar os regulamentos individuais das empresas; ii) em alguns aspectos, a fiscalização estatal pode ser mais eficiente; iii) pode haver uma piora na captura pelo mercado do processo regulatório; iv) aumento de custos para as empresas aprovarem os regulamentos; v) o sistema legal pode não estar preparado para recepcionar regras privadas que possuem coercibilidade; vi) normas individualizadas podem enfraquecer a força moral de leis que deveriam ser universais; vii) o modelo pode favorecer o “absolutismo industrial”; viii) as empresas podem redigir as regras de maneira a descumprir com o objetivo legal; ix) as empresas não conseguem comandar os grupos de *compliance* da mesma forma que o governo; e x) não é possível garantir a total independência dos grupos de *compliance* interno.

De acordo com o modelo proposto, as regras propostas precisam ser individualizadas para cada empresa. Por isso, poderia ocorrer um aumento no custo regulatório das agências, diante da necessidade de ratificar tantos regulamentos diferentes, em oposição a um único regramento geral. Entretanto, como se trataria de uma ratificação e não da elaboração das normas, Ayres e Braithwaite (1992) defendem que o trabalho seria mais simples e poderia ser realizado por reguladores menos experientes. Ademais, também se aponta que eventual aumento no custo de revisão das normas seria inferior quando comparado à economia que resultará da fiscalização realizada pelo *compliance* interno das empresas.

Para além da eficiência econômica, questiona-se se o modelo proposto traria também uma eficiência social. Ayres e Braithwaite (1992) ponderam que quando o problema regulatório alcançar pequenas empresas, que não possuem capacidade de autoprover bons reguladores, a experiência do governo, que atuará em uma multiplicidade de empresas e situações, pode ser mais eficiente. Contudo, não se pode descartar que, com profundo conhecimento do funcionamento da empresa e suas tecnologias, os autorreguladores ainda seriam mais eficientes em detectar infrações e preveni-las, além de se verificar uma eficiência decorrente do fato de as normas se adequarem à realidade de cada empresa individualmente.

Outro ponto que precisa ser observado é se o modelo proposto pode apresentar um maior risco de captura¹⁶ do processo regulatório pelo mercado. Quando uma regra universal é aprovada, pode haver mais resistência às imposições do mercado, do que se verifica em um processo particular. O impacto de uma norma universal é maior do que o regulamento de uma única empresa, sendo mais fácil mobilizar potenciais atingidos. Por outro lado, quando se trata de um assunto muito específico ou que atinge somente determinada comunidade, há necessidade de um conhecimento intrínseco para interesse, compreensão e debate, o que só ocorre em menor escala. Ou seja, a amplitude do debate não garante que uma norma atingirá o resultado esperado.

Nesse sentido, para Ayres e Braithwaite (1992), a cooptação que poderia decorrer da particularidade das normas internas pode ser evitada com o estabelecimento de princípios gerais, os quais continuariam a ser submetidos ao processo público legislativo ou administrativo. O regulamento interno das empresas autorreguladas ainda precisaria estar de acordo com o ordenamento jurídico, responsável por evitar que a tolerância com situações seja prejudicial à sociedade.

Quanto ao aumento do dispêndio para aprovação de regulamentos individuais, considerando que redigir os regulamentos internos já é uma

¹⁶ Em resumo, a teoria da captura seria: “submissão da atuação de agência regulatória aos interesses mais imediatos de empresas de setores regulados que, por concentrarem informações privilegiadas, exercem pressão e acabam determinando o conteúdo da regulação que sofrerão em detrimento de interesses coletivos” (NOHARA, 2012, p. 559)

condição pré-estabelecida para as diferentes áreas como segurança, meio ambiente, responsabilidade e outros, Ayres e Braithwaite (1992) argumentam que haveria em contrapartida a redução do ônus decorrente da própria adoção do modelo. Haveria redução de gastos em seguir um único regulamento que serve tanto ao âmbito interno como ao externo, poder inovar em métodos mais baratos de controle e não seguir regras gerais, mas somente específicas, que se adequam perfeitamente à realidade da própria instituição.

No que toca ao sistema legal não estar preparado para recepcionar regras privadas que possuem coercibilidade, os autores do modelo alegam que que há resistência. Entretanto, verifica-se um crescimento na adoção judicial de regras individualizadas. Ayres e Braithwaite (1992) apontam como exemplo a legislação que trata dos recursos hídricos dos Estados Unidos,¹⁷ que concede permissão para exploração, conforme diferentes critérios, os quais variam de acordo com a localização, o tempo de existência da instalação, a viabilidade econômica e se a redução da poluição está sendo alcançada em dado momento. Portanto, trata-se de uma norma que autoriza conforme critérios particulares de cada instalação. Em acréscimo, a norma prevê o aprisionamento do detentor da permissão em caso de descumprimento. Ayres e Braithwaite (1992) expõem que os Estados Unidos não são o único país cujo sistema legal passou a tolerar a adoção de regras individuais, em detrimento de universais, quando necessário, concluindo que a jurisprudência está evoluindo nesta direção.

Argumentam também que a adoção de normas individualizadas poderia acarretar enfraquecimento da força moral que as leis universais possuem e na substituição de preceitos absolutos por relativismo moral, enfraquecendo o conceito de Estado de Direito. Contudo, conforme já exposto, os autores do modelo reiteradamente expressam que os padrões legais não seriam ignorados na aprovação dos regulamentos internos (Ayres; Braithwaite, 1992). Pelo contrário, no momento da ratificação, as normas das empresas precisam estar de acordo com o ordenamento jurídico, que continuará responsável pela

¹⁷ ESTADOS UNIDOS. 33 U.S.C. §1251 et seq, de 18 de outubro de 1972. The Federal Waters Pollution Control Act Amendments of 1972. Washington, DC, 1972. Disponível em: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-86/pdf/STATUTE-86-Pg816.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2024.

força moral das leis. Assim, para que o modelo funcione, é preciso que a agência reguladora seja eficaz na averiguação e que os regulamentos internos reflitam tanto os padrões estabelecidos por lei quanto as particularidades das empresas. Ademais, a força da lei está diretamente relacionada com a capacidade de coerção, de cobrança e responsabilização em caso de descumprimento. Nesse sentido, tem-se que a *enforced self-regulation* aumentaria a capacidade de coerção das normas, aumentando e não diminuindo a força moral das leis.

Um possível favorecimento ao “absolutismo industrial” também é apontado como uma fragilidade do modelo. De acordo com Eells (apud AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 124), absolutismo industrial é a constatação de que corporações podem ser tão poderosas quanto governos. Porém, diferentemente desses, não possuem freios e contrapesos, separação de poderes ou outros mecanismos que ocasionam equilíbrio mútuo e controle das medidas adotadas. Tampouco exige-se participação dos funcionários nas decisões ou participação popular e devido processo legal para punições ou demissões. Argumenta-se que, ao permitir que as empresas se autorregulem, estar-se-ia munindo corporações com mais poder. Entretanto, o argumento desconsidera que o modelo de *enforced self-regulation* impõe a submissão das normas à aprovação pelo governo. Dessa forma, Ayres e Braithwaite (1992) alegam que, ao invés de fortalecer o absolutismo industrial, o modelo proposto o limita, visto que as normas precisam ser aprovadas por um governo democraticamente eleito.

Aponta-se também como um aspecto frágil do modelo a possibilidade de as empresas se utilizarem da liberdade de propor as próprias normas de maneira a evitar o espírito da lei, o objetivo pelo qual a norma foi estabelecida, a política pública criada. Pelo tempo e dedicação disponíveis, Ayres e Braithwaite (1992) vislumbram que agências reguladoras poderiam falhar em detectar determinadas implicações de disposições propostas pelos corpos jurídicos das empresas. Entretanto, ao propor o modelo, os autores também argumentam que a desenvoltura da comunidade empresarial em se evadir da legislação já é uma realidade em qualquer sistema de controle e, quanto mais complexas e universais as normas, mais difícil de penalizar as infrações. Por

outro lado, regras claras e específicas aplicáveis ao caso concreto podem ser menos suscetíveis a interpretações diversas e desvios do objetivo.

Quanto ao governo ser mais eficiente em demandar o cumprimento das normas do que os grupos de *compliance* interno, conforme apontado por Thomas Schelling, 1974, (apud AYRES; BRAITHWAITE, 1992), verifica-se que, diferentemente da autorregulação simples, em que se estabelece a norma e há certa discricionariedade quanto ao seu cumprimento, no caso do modelo de *enforced self-regulation*, o *compliance* interno estará amparado pelo aparato governamental para fazer cumprir as regras estabelecidas. As normas possuem diretrizes gerais e legais que precisam ser observadas e, após aprovadas pelas agências reguladoras, possuem força coercitiva. Portanto, não podem ser levemente descumpridas.

Quanto ao risco de não ser possível garantir a total independência dos grupos de *compliance*, os autores da teoria apontam dois desdobramentos. O primeiro deles seria interno ao próprio grupo e resultante de um dever de lealdade à empresa, que poderia prejudicar o dever ao zelo regulatório; O segundo risco ocorreria quando, apesar das recomendações do *compliance* interno, a gestão da empresa ainda entender que cumprir as recomendações não é do seu melhor interesse a longo prazo (AYRES; BRAITHWAITE, 1992, p. 126)

Quanto ao primeiro desdobramento, em pesquisa empírica realizada pelos autores no setor farmacêutico, verificou-se que as ambições dos profissionais de *compliance* não estão relacionadas com a obtenção de lucro ou dividendos para as empresas, usualmente, mas com sua competência em identificar e corrigir problemas regulatórios, garantindo-se a conformidade da empresa. De todo modo, visando diminuir o risco de adoção de medidas por lealdade, é possível incluir membros do sindicato, que farão questão de manter as regras de segurança em dia, ou a inclusão de uma terceira parte contestável, com grupos de interesse público.¹⁸

¹⁸ Sucintamente, terceira parte contestável ou tripartismo vem da premissa dos autores Ayres e Braithwaite, 1992, de que, para se evitar que captura e corrupção evoluam com a adoção de uma regulação mais cooperativa, é preciso incluir grupos de interesse público no processo regulatório.

No segundo desdobramento, de acordo com os autores do modelo, há menor chance de descumprimento de determinações ou apontamentos do *compliance* interno se não houver intermediários. A independência do grupo de *compliance* pode ser fortalecida se as irregularidades forem diretamente relatadas ao presidente da empresa ou ao conselho de administração.

Entretanto, é cediço que o modelo de *enforced self-regulation* só é possível com um *compliance* forte e independente, e a melhor garantia de independência do grupo de *compliance* que se pode ter é externa. Para isso, as agências reguladoras precisam realizar auditorias e punir eventual omissão de violações que não forem corrigidas e informadas. O modelo também é fortalecido com exigência de que as empresas notifiquem a agência reguladora sobre a demissão de um diretor de *compliance* e apresentem os motivos de tal demissão.

De acordo com Mendes (2022), as falhas no cumprimento do *compliance* não resultam de uma falta de boa vontade para cumprir ou um cálculo racional para transgredir, mas de incompetência da gestão em cumprir com o determinado. Nesse mesmo sentido, tem-se que a regulação responsiva, por meio da *enforced self-regulation*, pode ser a alavanca mais desejável da regulação governamental e que não surgiu como um modelo de como reguladores e empresas devem agir, mas como reflexo de análises empíricas da evolução do ambiente de negócios nas sociedades contemporâneas.

Dessa forma, conforme será observado a seguir, os conceitos regulatórios apresentados pelo modelo apontam para tendências que podem ser observadas no mundo real e que se espalharam para além dos limites dos países de origem de língua inglesa.

1.3 aplicações da *enforced self-regulation*

Sampson e Bloor (2007) analisaram o desafio da regulamentação além das fronteiras nacionais usando o exemplo do transporte marítimo.

Examinou-se especificamente a implementação da *smart regulation* e da *enforced self-regulation* no setor. No tocante ao objeto do presente estudo, *enforced self-regulation*, analisou-se a adoção da teoria nos padrões mínimos

de treinamento de marítimos impostos pela Organização Marítima Internacional (IMO).

Sampson e Bloor (2007) argumentam que a regulação global do transporte marítimo depende esforços para estabelecer formas eficazes de governança desde as primeiras décadas do século XX. Também apontam que, diante das peculiaridades próprias da indústria intrinsecamente internacional, caso a conformidade regulatória global não possa ser adequadamente garantida neste setor, é improvável que seja alcançada em outro. Por outro lado, mesmo que o transporte marítimo possa ser considerado atípico, pode muito bem ser o protótipo em termos de desafios e dificuldades colocados na regulamentação de setores globalizados.

Após o acidente ocorrido com navio Torrey Canyon, que resultou no derramamento de 120.000 toneladas de óleo, em 1967, a IMO editou uma convenção internacional estabelecendo padrões de treinamento e certificação, conhecida como STCW78. Na prática, os padrões estabelecidos não eram fiscalizados pelas organizações internacionais, mas pelas administrações marítimas nacionais dos estados signatários da convenção. Assim, os próprios países fornecedores de mão de obra deveriam fiscalizar a aplicação dos regulamentos previstos pelo STCW78. Contudo, as primeiras tentativas foram ineficazes, resultando em emendas da convenção nos anos de 1991, 1994 e 1995 (SAMPSON; BLOOR, 2007).

Subsequentemente à emenda STCW de 1995, a IMO passou a pressionar as nações fornecedoras de mão de obra a cumprirem com os regulamentos, anunciando que publicaria uma "lista branca", formada por países que demonstrassem total conformidade com as determinações. Navios que empregassem marítimos de países que não fizessem parte da referida lista poderiam ser detidos por oficiais de controle nos portos estatais, incorrendo assim em elevados custos. A lista foi publicada no ano 2000, o que garantiu que nenhum marítimo de país não aprovado fosse empregado por operadores de navios internacionais após a sua publicação (SAMPSON; BLOOR, 2007).

A pesquisa relativa à adoção da *enforced self-regulation* ocorreu nos anos de 2002 e 2003, envolveu visitas a colégios marítimos e centros de treinamento, denominados METs; quatro faculdades, um centro de

treinamento independente e dois administrados por empresas que oferecem uma variedade de cursos obrigatórios e não obrigatórios para oficiais. Além disso, foram realizadas trinta entrevistas com gerentes de pessoal, empregados por operadores de navios, professores universitários, treinadores, dirigentes sindicais e um funcionário da IMO. Também foram analisadas as opiniões dos operadores de navios que empregam marítimos (SAMPSON; BLOOR, 2007).

Importante apontar que o cumprimento dos requisitos necessários para demonstrar a conformidade era realizado através de documentação elaborada e submetida à IMO pelas administrações marítimas nacionais. Os estados signatários deveriam auditar e monitorar o cumprimento dos padrões de educação e treinamento marítimo para conceder ou negar a aprovação das instituições de ensino. Para tanto, a IMO propôs o que deveria ser considerado nas avaliações dos METs.

No entanto, no decorrer da pesquisa, Sampson e Bloor (2007) verificaram que algumas administrações marítimas nacionais despendiam mais esforços para demonstrar o cumprimento das regras do que para erradicar os estabelecimentos abaixo do padrão. Também foram identificadas algumas deficiências no processo de aprovação, em uma dificuldade de absorver, internamente, regras produzidas externamente.

Por outro lado, a IMO passou a sofrer pressão para incluir na “lista branca” nações como as Filipinas, que abastecem o mercado de trabalho global do setor com mais de um quarto dos marítimos, apesar da insatisfação generalizada com os padrões de muitas instituições de treinamento e desconfianças quanto à integridade da administração marítima local.

Ademais, os autores verificaram que apesar de os países da lista branca endossarem os seus estabelecimentos METs como atendendo satisfatoriamente aos altos padrões de ensino e aprendizado, os dados analisados sugeriram falhas em alcançar ditos padrões. Há diferenças consideráveis nos níveis de desenvolvimento econômico dos estados e essas diferenças refletem nos níveis de recursos das instituições de ensino. Em algumas faculdades analisadas, por falta de recursos e infraestrutura, os padrões estavam bem abaixo dos níveis estabelecidos na norma (SAMPSON; BLOOR, 2007).

Assim, os autores compreenderam pelo fracasso da *enforced self-regulation* no que diz respeito ao estabelecimento de níveis internacionais consistentes de qualidade de treinamento e educação de marítimos, concluindo da seguinte maneira:

O fracasso da *enforced self-regulation* em relação aos padrões de provisão dos MET parece ser uma consequência de uma variedade de fatores relacionados à aplicação da STCW. Apesar dos esforços de aplicação rigorosa e da aplicação de pressão sobre as administrações marítimas nacionais por meio do uso da 'lista branca', a IMO acabou enfrentando pressão para acomodar as administrações marítimas nacionais deficientes e pode ter relaxado nos requisitos por razões de conveniência. Além disso, diferentes países não são apenas caracterizados por diferenças no caráter regulatório, conforme discutido anteriormente, mas também têm acesso diferenciado a recursos, o que dificulta qualquer esforço de aplicação de regulamentação transcultural (SAMPSON; BLOOR, 2007, p. 563).¹⁹

Bridget Hutter (2001) estudou o regime de *enforced self-regulation* adotado na Grã-Bretanha para a regulamentação de saúde e segurança ocupacional, considerando o seu impacto na indústria ferroviária do país, durante a década de 1980 e início dos anos 1990. Importante apontar que, de acordo com a referida autora, desde os anos 1970, a Grã-Bretanha tem adotado a *enforced self-regulation* para regulamentar saúde e segurança ocupacional por meio do *Health and Safety at Work etc. Act* de 1974. O setor ferroviário passou por um processo de privatização no início dos anos 1980, e o modelo continuou sendo adotado pela legislação ferroviária de 1993.

Dois os acidentes ferroviários ocorridos em 1997 e 1999, ambos em Londres e envolvendo fatalidades e centenas de feridos, levaram ao questionamento quanto à eficácia do modelo regulatório adotado na Grã-Bretanha na persecução da política pública almejada. Para a autora, esses incidentes sinalizaram o fracasso da autorregulação prevista na Lei britânica

¹⁹ Tradução livre de: "The failure of enforced self-regulation in relation to standards of MET provision would seem to be a consequence of a variety of factors relating to the enforcement of STCW. Despite efforts at stringent enforcement and the application of pressure on national maritime administrations via the use of the 'white list', the IMO was ultimately faced with pressure to accommodate deficient national maritime administrations and it may have relaxed requirements for reasons of expedience. Additionally, different countries are not only characterized by differences in regulatory character, as discussed earlier, but they also have differential access to resources, which complicates any effort at cross-cultural regulatory enforcement".

das Ferrovias de 1993 e destacaram os riscos muito reais que podem estar associados a esse tipo de regulamentação.

A pesquisa realizada buscou examinar como a empresa ferroviária British Railways gerenciava o cumprimento da legislação de saúde e segurança. Concentrou-se nas mudanças institucionais e processuais que a regulamentação deveria infundir nas empresas e como poderia alterar entendimentos ou riscos em diferentes setores. Envolveu 135 entrevistas qualitativas com pessoal ferroviário, incluindo administrativo, representantes de segurança e membros da força de trabalho de diferentes departamentos e regiões. A investigação concentrou-se em três áreas, quais sejam: o empoderamento dos participantes; a definição de estruturas e procedimentos para promoção de saúde e segurança e o gerenciamento de risco; e a definição de formas de conduta cotidiana (HUTTER, 2001).

Os resultados da pesquisa sugeriram que, embora a British Railways tivesse sistemas de gerenciamento de riscos em vigor, eles eram ineficazes. A empresa fornecia equipamentos e roupas de segurança, que nem sempre eram utilizados. Também detinha regras e sistemas de saúde e segurança, mas que nem sempre eram aplicados. Treinamentos em saúde e segurança eram fornecidos, mas os riscos nem sempre eram compreendidos pelos funcionários. Embora a empresa estivesse bem estruturada para gerenciar os riscos de saúde e segurança, estes protocolos não eram suficientes para atender aos objetivos regulatórios (HUTTER, 2001).

Hutter (2001) verificou que a implementação da *enforced self-regulation* na British Railways foi mais procedimental do que substantivo, as regras e condutas exigidas pela regulação estavam em vigor, mas havia pouca evidência de profundo entendimento do objetivo regulatório. Ademais, a comunicação foi um ponto central para as dificuldades da empresa, especialmente por se tratar de uma grande empresa fragmentada geograficamente e funcionalmente. Rememora-se que, antes da privatização, a British Railways era responsável por toda a malha ferroviária britânica e englobava uma diversidade de profissões e inúmeros negócios, além de estar passando por um período de mudanças significativas, pois estava se preparando para a privatização.

Para Hutter (2001), a experiência da British Railways levantou sérias questões sobre a capacidade das empresas de adotar a *enforced self-regulation*, já que, mesmo existindo uma grande disposição em cumprir as normas, ocorreram sérias dificuldades em gerenciar a adoção da regulamentação em uma empresa grande e diversificada.

Em 1993, o *Railways act* pavimentou o processo de privatização da British Railways, substituindo a gestão e a operação da linha ferroviária britânica de uma empresa para uma estrutura envolvendo mais de sessenta instituições. A saúde e a segurança ocupacional continuaram sob responsabilidade do *health and safety executive* (HSE) e da Inspeção de Ferrovias. Porém muitas responsabilidades foram transferidas para a indústria, criando uma “cascata de segurança” (HUTTER, 2001).

A Railtrack era uma empresa governamental, criada em 1994, que controlava e gerenciava as vias, a sinalização e outras infraestruturas operacionais das ferrovias. Além disso, recebeu responsabilidades centrais de segurança. Com a privatização, a empresa manteve a responsabilidade por suas próprias atividades e passou a supervisionar a segurança da rede operacional, que estaria sob a supervisão de HSE, o que envolvia regular todas as empresas envolvidas no setor ferroviário e a segurança de todos os usuários (HUTTER, 2001).

Para além da complexidade da atividade exercida pela Railtrack, a Inspeção de Ferrovias constantemente argumentava que sua carga de trabalho havia aumentado substancialmente pela fragmentação da indústria; que havia uma falta de familiarização das novas empresas com a atividade exercida; que a indústria estava muito sensível aos interesses comerciais, além de criticar a Railtrack por não concluir os reparos, melhorar as condições da via e instalar devidamente sistemas de segurança. O sistema de “cascata de segurança” também levantou uma variedade de preocupações, relativas tanto à independência do regulador, que estava envolvido em uma série de contratos com a indústria, quanto à fragmentação do setor e às dificuldades de comunicação. Tais situações comprometiam a capacidade regulatória não só da Railtrack, mas da agência responsável pela fiscalização (HUTTER, 2001).

Em razão das dificuldades e dos acidentes ocorridos, em 1999, o setor passou por uma revisão da política de segurança ferroviária, encerrando a

“cascata de segurança” e estabelecendo um órgão independente para atuar como regulador. Para a Hutter (2001), a revisão realizada sinalizou o fracasso da *enforced self-regulation* para riscos de saúde e segurança ocupacional. A autora ainda pontuou a necessidade de se aprender as lições decorrentes dos eventos como forma de maximizar os benefícios da *enforced self-regulation* com a coexistência e complementaridade de formas públicas e privadas de regulamentação, estando ciente de suas limitações e fraquezas.

Hutter (2001) também sugere que não se deve confiar demasiadamente na capacidade dos sistemas internos das empresas, ou seja, no *compliance*, é preciso que a parte imposta da *enforced self-regulation* esteja em dia, que a fiscalização pelo órgão responsável faça o seu papel. É preciso reconhecer que existe uma variada gama de empresas, algumas dispostas e capazes de cumprir com os regulamentos, outras não e muitas no meio do caminho. Por isso, faz-se mister que os modelos adotados considerem a complexidade de cada uma delas e leve em conta que quanto maior, mais difícil será operar como uma unidade. Hutter (2001) também pondera que os objetivos regulatórios precisam estar claros e em destaque dentro das empresas, não pode haver falhas de comunicação. Por fim, ressalta que é fundamental compreender a aplicação e os limites da regulação, que deve ser constitutiva e autorregulada. Até que isso ocorra, Hutter (2001) compreende que a adoção da *enforced self-regulation* pode ser um risco em si mesmo.

Em 2013, Siona Listokin-Smith examinou os possíveis arranjos regulatórios para o mercado de derivativos OTC (*over-the-counter*), explorando as relações entre as agências reguladoras, grupos industriais e participantes individuais do mercado, em virtude da crise financeira que assolou o setor em 2008. Especificamente, o estudo focou na coordenação entre os reguladores e a indústria de *swaps*, examinando a questão das “confirmações pendentes” no mercado de balcão que ocorreu antes da crise. De acordo com a autora, o estudo demonstrou que o mercado de derivativos OTC é adequado para metarregulação.²⁰

²⁰ Importante salientar que Listokin-Smith (2013) utiliza metarregulação e *enforced self-regulation* como sinônimos. Como esclarece no seguinte trecho: “Enforced self-regulation, also known as meta-regulation or process-oriented regulation (among other titles) refers to arrangements that require firm-level management and quality control, frequently based on industry best practices” (GILAD apud LISTOKIN-SMITH, 2013, p. 191).

Os chamados derivativos são acordos transacionais que se baseiam no valor de outro ativo, são instrumentos financeiros com retornos vinculados à qualidade de crédito de terceiros, que permitem que uma parte reduza seu risco negociando com alguma instituição e que outra parte diversifique sua exposição e obtenha acesso a esse crédito. Existem duas categorias principais: os negociados em bolsa e os negociados em contratos particular (LISTOKIN-SMITH, 2013).

A despeito de as principais instituições envolvidas na negociação de derivativos nos Estados Unidos e na União Europeia estarem sujeitas à supervisão regulatória, antes da crise financeira, os contratos de OTC não eram explicitamente regulados. Entretanto, os reguladores monitoravam de perto já que as negociações afetavam as instituições regulamentadas. Assim, entre 2000 e 2007, os principais negociadores e reguladores internacionais lidaram diretamente com algo chamado de confirmações de contratos de derivativos OTC. As negociações necessitavam de confirmações recíprocas de elementos para concluir os contratos e, durante esse período, as instituições lutavam para coordenar seus sistemas com eficiência (LISTOKIN-SMITH, 2013).

Resumidamente, os contratos eram negociados com valores nominais, preço e entidade de referência, tornando-se vinculativos, e a transação era inserida nos sistemas operacionais das contrapartes envolvidas. Porém, havia um período de verificação dos termos previstos no contrato, principalmente quanto às previsões de desacordo e litígio. O contrato era somente assinado após as respectivas verificações. Com o crescimento do mercado de derivativos no final dos anos 1990 e 2000, o número médio de dias úteis até que as negociações fossem confirmadas chegou a ultrapassar 21 dias (LISTOKIN-SMITH, 2013).

Tal situação gerou descontentamento por parte do Federal Reserve System (FED), culminando em um pronunciamento do seu presidente Alan Greenspan em 2003. Em resposta, a Associação Internacional de Swaps e Derivativos (ISDA) estabeleceu uma meta de cinco dias úteis para as confirmações, até junho de 2005 (LISTOKIN-SMITH, 2013).

Nos anos seguintes, a ISDA reduziu a média de dias para confirmação de crédito OTC. Eles foram ajudados pela popularidade crescente dos *swaps*,

que podiam ser confirmados eletronicamente à medida que se tornavam mais padronizados. Para os derivativos de crédito mais complicados e quase todos os derivativos de ações, o atraso permaneceu (LISTOKIN-SMITH, 2013).

Em 2005, foi divulgado um amplo relatório sobre o mercado de derivativos e as ameaças à estabilidade do mercado. O relatório do Counterparty Risk Management Policy Group II não tratou somente da carteira de confirmação de derivativos OTC, tendo abordado também a crescente complexidade nos mercados financeiros globais e as possíveis ameaças à estabilidade. As confirmações estavam entre as ameaças à estabilidade e pediam uma discussão envolvendo toda a indústria (LISTOKIN-SMITH, 2013).

A reunião com os membros da indústria ocorreu em 29 de setembro de 2005 e, posteriormente, o FED informou que as discussões focaram nas práticas de mercado e questões de operação associadas a pendências de confirmação. Os participantes da indústria delinearam uma série de passos concretos para atingir os objetivos de melhoria. Como ainda permaneciam atrasos superiores a 90 dias para confirmações de derivativos de crédito, em setembro de 2006, o Diretor do UK Financial Services Authority (FSA) se pronunciou sobre o risco de transações não confirmadas (LISTOKIN-SMITH, 2013).

Os negociantes responderam com uma lista de medidas para melhorar as práticas da indústria de derivativos de crédito e atrasos de confirmação. A indústria se comprometeu com *benchmarks* trimestrais para 2006 a fim de reduzir atrasos, e a carteira de confirmações no mercado de derivativos de crédito OTC foi significativamente reduzida, para uma média de 12,9 dias em 2006 e de 4,9 dias em 2007 (LISTOKIN-SMITH, 2013).

Para a autora, a solução do problema das confirmações foi um exemplo de sucesso da metarregulação. Rememora-se que não se tratava de transações diretamente reguladas, e a intervenção do Estado ocorreu somente por meio de pressão e pronunciamentos. Ademais, a própria indústria se reuniu e identificou o melhor caminho para as melhorias necessárias.

Em 2022, Paulo Mendes (2022) analisou em que medida uma regulamentação que incentive e recompense as empresas a tomar medidas para prevenir irregularidades corporativas pode ser uma alternativa melhor a uma regulamentação de comando e controle. Especialmente, o autor estudou

a evolução da teoria da regulação responsiva e a *enforced self-regulation* e sua aplicação no *compliance* nos ordenamentos jurídicos em diversos países.

Ao redor do globo, solidifica-se a noção de que programas de *compliance*, com códigos de conduta e sistemas de controle interno, são fundamentais para evitar disputas, restrições regulatórias, penalidades e danos à reputação das empresas. Inicialmente, os mecanismos surgiram como iniciativas das próprias empresas, por meio de autorregulação voluntária. Entretanto, com o seu fortalecimento, em vários países, ocorreu uma transição gradual da autorregulação voluntária para a *enforced self-regulation*, permitindo a reguladores e outras autoridades públicas intervirem e se adaptarem às características da cultura empresarial (MENDES, 2022).

A adoção da *enforced self-regulation* resultou em um crescimento exponencial dos departamentos e funções de *compliance* corporativo e ampliou as áreas de prevenção de ilícitos corporativos, desde lavagem de dinheiro à prevenção de práticas antitruste. Também aumentou as fiscalizações por parte dos reguladores para verificar a existência e a eficácia dos procedimentos implementados. Ao mesmo tempo que tornou as inspeções mais amigáveis, destinadas a aprimorar os programas de *compliance* e não exclusivamente punir (MENDES, 2022).

Além disso, nos últimos 25 anos, foram adotados programas de leniência em mais de oitenta países. Esses programas que oferecem imunidade ou redução das penalidades impostas para as empresas que denunciem seu próprio envolvimento em atividades ilícitas também fortaleceu a dinâmica entre reguladores e *compliance* interno.

Entretanto, é importante ter-se em mente que as regras sobre responsabilidade corporativa não devem recompensar apenas a existência de programas de *compliance*, a eficácia dos programas precisa ser levada em consideração. Os programas de *compliance* devem prevenir vários tipos de irregularidades, especialmente crimes, e não buscar isenções de responsabilidade corporativa ou reduzir penalidades por transgressões (MENDES, 2022).

Ademais, o programa de *compliance* deve atender aos padrões de abrangência e detalhamento de acordo com o setor em que a empresa está inserida. Assim, os procedimentos e medidas de *compliance* podem ter um

impacto benéfico nas avaliações de responsabilidade criminal corporativa e no estabelecimento de penalidades adequadas.

Para Mendes (2022), a conexão entre regulação responsiva e *enforced self-regulation* é uma alternativa viável aos riscos inerentes à atividade empresarial moderna. Contudo, podem ocorrer problemas e, para combatê-los, é necessário garantir independência, responsabilidade, políticas anticaptura e autorreflexão crítica por parte dos reguladores.

Assim, encerra-se o presente capítulo, no qual se buscou analisar os elementos caracterizadores da *enforced self-regulation*, firmar os pressupostos teóricos e elementos essenciais da teoria, localizá-los na teoria da regulação responsiva, apontar os principais atributos e críticas ao modelo, além de apresentar algumas de suas utilizações recentes.

2 ARRANJO INSTITUCIONAL DO SETOR PORTUÁRIO E O PAPEL DA AUTORIDADE PORTUÁRIA

No presente capítulo, identificar-se-ão os principais entes que participam da regulação do setor portuário brasileiro, apontando-se as competências atribuídas a cada um desses atores.

Em especial será caracterizado o que são os portos organizados, qual o papel da autoridade portuária e como são definidos e cobrados os serviços prestados objeto de concessão para que a pergunta central do trabalho sobre a pertinência de modelagem regulatória responsiva no setor possa ser devidamente situada.

Para uma melhor compreensão, apresenta-se inicialmente o conceito de “porto”. De acordo com a OCDE (2022), os portos são definidos como locais com instalações para os navios mercantes atracarem e carregarem ou descarregarem mercadorias ou passageiros de ou para embarcações marítimas. Sob o ponto de vista do transporte, é possível descrever um porto como um elo em uma cadeia logística, um ponto de transferência do modal terrestre para o aquaviário e vice-versa. Sejam portos marítimos ou fluviais, eles desempenham importante função no desenvolvimento econômico de países e regiões, possibilitando as trocas e o comércio nacional e internacional de mercadorias em grande escala (OCDE, 2011).

De forma exemplificativa, Brito (2010), esclarece que portos são ativos estratégicos, que, para funcionarem de forma eficiente, demandam planejamento e investimentos. Nas palavras do autor:

Um porto não é só um local à beira do mar, com águas abrigadas, propícias a receber navios. Um porto é um sistema complexo que para se tornar eficiente, precisa de bons acessos terrestres, sistemas de energia elétrica, de esgotos, de tratamento de água, de comunicação – ou seja, precisa de investimentos públicos (BRITO, 2010, p. 43).

Atualmente, a Constituição Federal estabelece a competência da União para legislar sobre portos marítimos, fluviais e lacustres, bem como sobre navegação e transporte aquaviário. Entretanto é a Lei n. 12.815/2013 que define o que é chamado de porto organizado. Especificamente, os incisos I e II do art. 2º da Lei n. 12.815/2013 estabelecem os conceitos de “porto

organizado” e “área do porto organizado”. Assim, “porto organizado é o conjunto de bens públicos necessários à consecução das atividades portuárias dentro de um espaço geográfico, chamado de “área do porto organizado”. A “área do porto organizado” é soma dos bens públicos que compõem o porto organizado, definida pela poligonal, Veja-se a seguir:

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

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

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

(...)

Assim, compreende-se que a definição de porto organizado é nuclear para a organização da cadeia de transporte e, nesse sentido, Pereira e Schwind compreendem que:

Em termos mais conceituais, deve-se extrair da Lei n. 12.815 a premissa de que o porto organizado é um conceito nuclear para a estruturação do setor de transporte aquaviário e terrestre. Consiste em uma referência para a organização de toda a cadeia de transporte (PEREIRA; SCHWIND, 2020, p. 43)

De fundamental importância para as trocas comerciais, principalmente internacionais,²¹ a evolução regulatória do setor portuário brasileiro passou por momentos de maior ou menor intervenção estatal, variando principalmente conforme a capacidade e a necessidade de prover infraestrutura.

2.1 Breve histórico do setor portuário

Como é cediço, a inserção do Brasil no comércio internacional se deu com a vinda da família real, em 1808, e a abertura dos portos para as nações amigas. A primeira legislação que tratou de contratações de docas e armazéns

²¹ Como já apresentado, o setor possui papel fundamental no comércio exterior e no desenvolvimento econômico do país, sendo responsável pelo escoamento de mais de 98% das exportações brasileiras e pela recepção de mais de 92% das importações em termos de volume (OCDE, 2022)

em portos do império foi sancionada em 1869,²² permitindo que as obras dos portos nacionais fossem financiadas pela iniciativa privada e por prazo não superior a noventa anos.

Contudo, somente em 1934 que ocorreu a primeira sistematização da legislação portuária nacional (MONTEIRO, 2022). Destaca-se a edição de dois normativos, quais sejam: o Decreto n. 24.447, que definiu as atribuições dos ministérios no tocante à construção e à operação de portos, além de apresentar pela primeira vez o conceito de porto organizado,²³ e o Decreto n. 24.599, que tratou do regime de concessão, operação e manutenção dos portos organizados.

Ao final da década de 1930, criou-se o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN), e o Estado assumiu o papel de financiador e operador dos portos. Em 1975 editou-se a Lei n. 6.222, que criou a Empresa de Portos do Brasil S.A. (Portobrás),²⁴ fortalecendo-se o processo de estatização do setor e centralizando-se a gestão e exploração portuária na nova empresa, por meio de suas subsidiárias, as Companhias Docas, além das concessionárias privadas e estaduais (MONTEIRO, 2022; RAMALDES, 2023).

Com o advento da Constituição de 1988, estabeleceu-se a competência para a exploração da atividade portuária pelo Estado. Os diplomas constitucionais anteriores tratavam da competência para legislar sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem. Entretanto, em 1988, estabeleceu-se a competência da União para, além de legislar sobre a matéria (art. 22, X), também explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres,

²² BRASIL. **Decreto n. 1.746, de 13 de outubro de 1869**. Autorisa o Governo a contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dōcas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL1746-1869.htmimpressao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

²³ Art. 2º São "portos organizados" os que tenham sido melhorados, ou aparelhados, atendendo-se às necessidades da navegação e da movimentação e guarda de mercadorias e cujo tráfego se realize sob a direção de uma "administração do pôrto", a quem caiba a execução dos "serviços portuários" e a conservação das "instalações portuárias".

²⁴ A Empresa de Portos Brasil S.A. (Portobrás) foi criada como parte de um esforço governamental para centralizar a administração dos portos brasileiros. Durante seu período de atividade, foi responsável pela gestão de diversos portos no país, buscando modernizar e coordenar as atividades portuárias. No entanto, enfrentou desafios operacionais e críticas quanto à sua eficiência e gestão. Com o processo de abertura econômica e privatização ocorrido nos anos 1990, a Portobrás foi dissolvida em meio a uma reestruturação do setor portuário brasileiro.

diretamente ou mediante concessão ou autorização, positivando-se que cabe à União obter receitas industriais e patrimoniais sobre o conjunto de bens e atividades portuárias (MONTEIRO, 2022).

No início da década de 1990, o setor foi reformulado com a dissolução da Portobrás, dada pela Lei n. 8.029/1990, e a descentralização da administração de determinados portos, hidrovias e eclusas às subsidiárias da Portobrás, em liquidação, ou às unidades federadas, mediante convênio, nos termos do Decreto n. 99.475/1990. Posteriormente, a implementação do Programa Nacional de Desestatização (PND),²⁵ instituído pela Lei n. 8.031/1990, também impactou o setor portuário, com a inclusão das oito companhias docas federais no programa, por meio do Decreto n. 1.990/1996. Rememora-se que as companhias docas foram criadas como subsidiárias da Portobrás, com a finalidade de a União indiretamente administrar, explorar e gerir os portos marítimos e fluviais no Brasil.²⁶

Ainda nos anos 1990, o setor passou por alterações com a edição da Lei n. 8.630, de 1993, denominada à época de Lei de Modernização dos Portos. A legislação teve por objetivo modernizar as infraestruturas portuárias, incentivar a concorrência entre os portos, melhorar a eficiência operacional e gerar recursos para o Poder Público, através do arrendamento das instalações portuárias. O diploma legal de 1993 consolidou a transferência das atividades de operação portuária para o setor privado, permanecendo o Estado como detentor da infraestrutura dos portos, fomentador de investimentos e regulador. Mister ressaltar que, até o advento da Lei n. 8.630, a operação portuária de

²⁵ O Programa Nacional de Desestatização teve início no Brasil em meados da década de 1990, durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, com o intuito de promover a reestruturação econômica e a modernização do Estado. Um dos marcos mais significativos foi a aprovação da Lei n. 9.491/97, que estabeleceu as diretrizes gerais para a privatização das empresas estatais. Desde então, diversas empresas foram privatizadas, como a Vale do Rio Doce, Telebrás e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN). No entanto, o programa enfrentou períodos de avanços e retrocessos ao longo dos anos. A retomada do programa ganhou força a partir do governo de Michel Temer, com a inclusão de novos setores e a reestruturação de empresas já privatizadas. No governo de Jair Bolsonaro, o programa continuou a avançar, com a inclusão de novos ativos, como a Eletrobras, e a intensificação das parcerias público-privadas em diversos setores, incluindo as companhias docas que atuam no setor portuário.

²⁶ Apesar de incluídas no PND em 1996, as empresas públicas denominadas companhias docas não foram então desestatizadas, e o Decreto n. 6.413, de 25 de março de 2008, retirou as empresas do programa. Posteriormente, como será tratado adiante, algumas empresas foram incluídas novamente, como é o caso da Companhia Docas do Espírito Santo, incluída pelo Decreto n. 9.852, de 25 de junho de 2019, e privatizada em março de 2022.

movimentação de cargas – de ou para navios – era realizada pela mão de obra vinculada à autoridade portuária, após 1993 as atividades passam a ser responsabilidade de operadores portuários privados.

Em 1996, a Lei n. 9.277 reforçou a descentralização de competências aos entes federados, anteriormente prevista no Decreto n. 99.475, possibilitando a delegação de competências da União, por meio de convênios, de administração e exploração dos portos para estados e municípios. A regra seria a exploração indireta da operação portuária pelo aparelho estatal, mas direta dos seus bens e patrimônio (MONTEIRO, 2022).

Em 2001, a Lei n. 10.233 reestrutura os setores dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Para a OCDE (2022), a criação da ANTAQ foi um importante passo para reforçar a segurança jurídica e a confiança dos investidores no Brasil.

Em 2013, o Brasil estabeleceu um novo marco regulatório para o setor, com o advento da Medida Provisória 595/2012, convertida na Lei n. 12.815, de 2013, que teve por objetivo aumentar a competitividade e a participação do setor privado no fornecimento de infraestrutura portuária. A nova legislação trouxe diversas inovações, incluindo a “recentralização”²⁷ de competências anteriormente delegadas pela União, a alteração de critérios fundamentais para autorizações de instalações portuárias privadas, sedimentando a necessidade de estarem localizadas fora da área do porto organizado, o que resultou em uma definição concreta de área da poligonal do porto organizado (RAMALDES, 2023).

Nesse sentido, Pereira e Schwind explicam que, além da ampliação da concorrência e da atração de investimentos, a legislação teve por objetivo a centralização de competências, fato que já teria sido antecipado pela Lei n. 10.233/2001 ao criar a agência setorial. Leia-se:

²⁷ As competências foram delegadas para os portos por meio do Decreto 99.475, de 1990. Entretanto, cumpre observar que a gestão permaneceu diretamente com as autoridades portuárias, somente algumas competências retornam para a União, em especial a titularidade dos contratos de arrendamento e concessão, ou seja, a competência para conceder à iniciativa privada áreas ou equipamentos públicos com exclusividade.

Além disso, a Nova Lei dos Portos teve um segundo objetivo relevante, que era a centralização das competências perante a União – o que, de certo modo, já era um ideal que informava a Lei n. 10.233, a qual criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ. Portanto, (i) centralização de competências e (ii) ampliação da concorrência no mercado, inclusive por meio da instituição de uma concorrência assimétrica, são dois dos objetivos centrais da Lei n. 12.815. (PEREIRA; SCHWIND, 2020, p. 34)

De acordo com os autores, o processo de centralização de competências, que já havia sido introduzido pela Lei n. 10.233/2001, foi incisivo com a edição da Lei n. 12.815/2013, esvaziando boa parte das competências que eram exercidas pelas autoridades portuárias locais, entre elas a titularidade sob os contratos de arrendamento portuário e a decisão de licitar novas áreas para exploração privada. Tal centralização não excluiu os portos que haviam sido delegados a estados e municípios, mediante convênio de delegação. Para Pereira e Schwind:

Mesmo nos portos que foram temporariamente delegados a estados e municípios, como Paranaguá e Itajaí, acabou prevalecendo o entendimento de que o poder concedente é representado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, embora houvesse fundamentos jurídicos relevantes para se reconhecer a delegação também da posição de poder concedente. Ainda que as autoridades portuárias locais exerçam competências importantes, o representante do poder concedente é o Ministério, notadamente por meio da SNP (PEREIRA; SCHWIND, 2020, p. 47).

Com essa breve explicação, e observando-se a mutabilidade regulatória constante no que toca às competências e às formas inserção da iniciativa privada na atividade portuária, chega-se à atual situação da legislação que regulamenta o setor portuário nacional.

2.1.1 Visão geral da legislação

O marco legal que regulamenta o setor portuário brasileiro na atualidade é composto por leis e regulamentos que estabelecem as bases jurídicas, as regras para o funcionamento, a gestão e a exploração dos portos no país. De acordo com levantamento realizado pela OCDE em 2022, foram identificados

77 instrumentos normativos que regulam o setor portuário direta ou indiretamente (OCDE, 2022).

Como já exposto, a principal norma do setor é a Lei dos Portos n. 12.815/2013, sendo o regramento responsável por regulamentar a operação, direta ou indiretamente, do poder Executivo federal dos portos e instalações portuárias, além das atividades realizadas pelos operadores portuários, pela administração portuária e por trabalhadores portuários. A norma também é responsável por apresentar a definição dos principais termos adotados e os instrumentos de outorga para exploração das infraestruturas portuárias.

Relativamente à exploração das instalações portuárias, salienta-se que há no Brasil dois regimes distintos: para portos públicos e terminais neles localizados e outro para instalações portuárias privadas. Para o objetivo do presente trabalho, esclarece-se que os portos públicos e os terminais neles localizados operam sob regime de bem público, enquanto os terminais privados, localizados fora da área do porto público, estão sujeitos a um regime regulatório distinto, cuja operação é permitida via processo de autorização (OCDE, 2022).

Os portos públicos brasileiros operam majoritariamente sob modelo denominado *landlord*, que se estabeleceu no país a partir da Lei n. 8.630/1993. Trata-se de uma denominação apresentada pelo Banco Mundial (2007), para os modelos de governança portuária, que representam o nível de inserção da iniciativa privada na atividade portuária, conforme as características de cada porto ou instalação portuária.

Basicamente, para desempenhar suas funções, o Banco Mundial (2007) identificou quatro modelos principais de portos: o porto de serviço público, o porto de ferramentas, o porto proprietário *landlord* e o porto totalmente privatizado ou porto de serviço privado.

No modelo majoritariamente adotado pelo Brasil e nos principais portos de médio e grande porte no mundo (*landlord*), o Estado fornece a infraestrutura, como as vias de acesso terrestre (ferrovias e rodovias) e aquaviário, sendo a iniciativa privada responsável pela superestrutura (armazéns, silos, máquinas, entre outros), além de a operação ser privada e os terminais localizados nos portos serem arrendados a longo prazo para empresas privadas (FREZZA, 2016).

Como já discutido, o marco legal reformulou postulados e estabeleceu tipologias centrais para a organização, a estrutura e as formas de atuação no sistema portuário, dentre elas, os conceitos de porto organizado, área do porto organizado – já apresentados –, e também de instalação portuária, terminal de uso privado, autorização e arrendamento (FREZZA, 2016), que serão melhor descritos no próximos subitem.

No ano de 2020, fundamentada no relatório de uma auditoria operacional realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2020), editou-se a Lei 14.047, que trouxe melhorias à Lei 12.815/2013, objetivando facilitar a exploração de áreas portuárias, com a introdução de conceitos como “arrendamento simplificado”, “contrato de uso temporário”, entre outros, e a segregação do tratamento concedido ao arrendamento de instalação portuária e à concessão de porto organizado, abrindo caminho para o início do processo de concessão de Portos Públicos e autoridades portuárias (FRAGOSO JUNIOR, 2023)

Além da Lei dos Portos, outras normas são relevantes para o setor portuário brasileiro. Dentre elas, o Decreto n. 8.033/2013, que regulamenta as disposições da Lei n. 12.815/2013 e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias, detalhando a operação na área do porto público, as formas exploração dentro do porto organizado – como elaboração do edital, cláusulas mínimas que devem conter os contratos de arrendamento e de concessão –, os procedimentos e previsões dos contratos de uso temporário, as autorizações de instalações portuárias e o trabalho portuário.

Igualmente importante é a Lei n. 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), responsável por fiscalizar, regular e controlar a prestação de serviços de transporte aquaviário e a operação de infraestrutura portuária e hidroviária. A ANTAQ também fiscaliza as atividades desempenhadas pela administração dos portos públicos, por operadores portuários, arrendatários e instalações portuárias autorizadas. Além disso, a agência é responsável pela edição das resoluções que regulamentam o setor, estabelecendo as regras e os procedimentos para a exploração e o funcionamento dos portos e instalações portuárias.

No que toca ao normativo infralegal, além das resoluções da ANTAQ, o setor também é regulamentado por portarias editadas pelo governo federal, que juntamente dos instrumentos de outorga – como contratos de adesão, arrendamento, concessão, entre outros – complementam o arcabouço legal do setor portuário, tratando de questões específicas como tarifas portuárias, segurança portuária, licenciamento ambiental e outras regulamentações operacionais (OCDE, 2022).

Ressalta-se que o marco legal do setor portuário brasileiro está em constante evolução, com possíveis alterações e atualizações para atender às demandas do setor e promover um ambiente regulatório favorável ao desenvolvimento das atividades portuárias no país.

2.2 Principais atores do setor

Primeiramente, o Poder Concedente do setor é atualmente exercido pelo Ministério dos Portos e Aeroportos (MPOR),²⁸ responsável pela elaboração de diretrizes e políticas para o desenvolvimento e a promoção do setor portuário e das instalações portuárias marítimas, fluviais e lacustres. Também é responsável pela execução e avaliação dos programas, medidas e projetos de apoio à superestrutura e ao desenvolvimento de infraestruturas de portos e instalações portuárias.

Segundo o art. 1º da sua Estrutura Regimental, Decreto n. 11.354/2023, o Ministério possui como competência os assuntos relacionados à política nacional de portos, incluindo as atividades de formulação, coordenação e supervisão dessa política; o desenvolvimento da infraestrutura dos portos e das instalações portuárias, com a finalidade de promover a segurança e a eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros; a participação no planejamento estratégico; o estabelecimento de diretrizes para sua implementação e definição das prioridades dos programas de investimentos em transportes aquaviário (e aeroviário), em articulação com o Ministério dos

²⁸ Cumpre observar que o Decreto n. 8033/2013 estabelece como Poder Concedente o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Entretanto, o referido ministério, posteriormente denominado Ministério da Infraestrutura, com base na Medida Provisória 1.154, de 2023, convertida na Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023, foi separado em duas pastas: Ministério dos Transportes e Ministério dos Portos e Aeroportos.

Transportes; a elaboração ou aprovação dos planos de outorgas; o estabelecimento de diretrizes para a representação do país em organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados relativos às suas competências; além de ser responsável pela marinha mercante e vias navegáveis.

Ademais, a Secretaria Nacional de Transportes Aquaviários (SNPTA) é a instância executora do MPOR, responsável pelo estabelecimento das diretrizes para concessão de outorgas e propostas fiscais no setor de transporte aquaviário; proposição de prioridades no programa de investimentos; auxílio na elaboração e implementação do planejamento estratégico do MPOR para o transporte aquaviário e portuário; e elaboração de planos de outorga e propostas para a exploração de infraestrutura e serviços no setor portuário e nas instalações portuárias.

Suas competências estão definidas no art. 16 ao 19 da Estrutura Regimental do MPOR – Decreto n. 11.354/2023 –, das quais destacam-se: (i) assessorar o Ministro na coordenação e na supervisão dos órgãos e entidades vinculadas aos setores de transporte aquaviário e portuário, como as companhias docas; (ii) elaborar e propor aprovação de planos de outorgas para exploração dos setores de transporte aquaviário e portuário; (iii) propor a celebração de contratos de autorização de instalações portuárias; e (iv) propor, implementar e monitorar a política nacional de transportes, no âmbito dos setores de transporte aquaviário e portuário; (v) estabelecer as diretrizes para a elaboração de propostas tarifárias; propor atualizações e orientar a implementação de planos, programas e ações destinados ao desenvolvimento do Sistema Nacional de Viação, relativos ao setor de transporte aquaviário; estabelecer as diretrizes para a elaboração de propostas tarifárias, no setor de transporte aquaviário, entre outros.

Em sua estrutura, a SNPTA possui atualmente três departamentos, quais sejam: (i) Departamento de Navegação e Hidrovias; (ii) Departamento de Novas Outorgas e Políticas Regulatórias Portuárias; e (iii) Departamento de Gestão e Modernização Portuária.

Dentre as competências atribuídas ao Departamento de Navegação e Hidrovias, estão a realização de estudos técnicos e econômicos para outorgas ou delegações nos setores de transporte e infraestrutura aquaviários; a

assistência no desenvolvimento de fontes de recursos para tais setores; e a elaboração e supervisão de políticas relacionadas à exploração, prestação de serviços, e diretrizes para a marinha mercante. O Departamento também possui a tarefa de supervisionar planos de outorgas, acompanhar as outorgas ou delegações de exploração e analisar os requerimentos de anuência prévia. A gestão de informações sobre o desempenho do setor, planejamento de estratégias de dados e monitoramento de empreendimentos em aquavias são igualmente de sua alçada. O Departamento também fornece subsídios para propostas orçamentárias, projetos, planos de investimentos e programas voltados à logística. Além disso, presta assistência ao Secretário Nacional de Portos e Transportes Aquaviários, realiza estudos sobre a disponibilidade do serviço de praticagem e subsidia análises para autorizações de infraestrutura portuária. Por fim, é encarregado de propor, implementar, monitorar e avaliar o planejamento nos referidos setores.

O Departamento de Novas Outorgas e Políticas Regulatórias Portuárias possui atribuições que se centram na formulação, supervisão e atualização das políticas e planos de outorgas portuárias, bem como na elaboração de estudos técnicos e econômicos relacionados a essas outorgas. O Departamento analisa e aprova os estudos de viabilidade técnica, econômica e ambiental para novos projetos, e na proposta e coordenação de diretrizes para procedimentos licitatórios e seletivos relacionados a outorgas. Adicionalmente, fornece suporte para a celebração de novos contratos portuários, para a promoção de medidas de desestatização e para a análise de processos que envolvam declarações de utilidade pública em contextos como desapropriações ou supressões vegetais. O Departamento é também responsável pelo monitoramento e supervisão da gestão de diferentes instrumentos de outorga, seja para contratos de adesão, arrendamentos, concessões ou em relação a compromissos de metas estabelecidos com autoridades portuárias.

Por sua vez, o Departamento de Gestão e Modernização Portuária desempenha um papel central na administração, inovação e planejamento do setor portuário nacional. Esse departamento é encarregado de subsidiar a aprovação de planos de desenvolvimento portuário, propor e implementar iniciativas de modernização, monitorar e avaliar metas e desempenho das

empresas relacionadas ao setor, bem como supervisionar políticas de saúde e segurança portuárias. Também possui responsabilidade sobre a coordenação de sistemas de informação, a gestão fundiária dos portos, a formação técnica dos gestores e a proposição de normativas. Adicionalmente, o departamento promove a integração urbana e regional das atividades portuárias, fomenta projetos de certificação cadastral, apoia o desenvolvimento de acessos terrestres aos portos e mantém sistemas de monitoramento. Além disso, é incumbido de estabelecer critérios para operadores portuários e elaborar planos estratégicos para o setor, em colaboração com a Secretaria Executiva do MPOR.

A agência reguladora do setor portuário – ANTAQ –, como mencionado anteriormente, foi criada pela Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, e é regulamentada pelo Decreto n. 4.122, de 13 de fevereiro de 2002. Instituída sob regime de autarquia especial, com independência administrativa, autonomia financeira e funcional, mandado fixo dos seus dirigentes, a ANTAQ é o órgão regulador da atividade portuária e dos transportes aquaviários no Brasil. Atualmente, está vinculada ao Ministério dos Portos e Aeroportos.²⁹

As atribuições da ANTAQ incidem tanto sobre o serviço público quanto sobre atividades econômicas privadas, tendo em vista que é responsável pela análise e fiscalização dos instrumentos de outorga de autorização, assim como dos editais de licitação, e ainda pela fiscalização das atividades exercidas pelas autoridades portuárias (ARAGÃO, 2013). Seu amplo escopo de atuação é definido no rol do art. 27 da Lei n. 10.233/2001.

²⁹ Quando a ANTAQ foi criada pela Lei 10.233/2001, ela era vinculada ao Ministério dos Transportes. Com o advento da Medida Provisória n. 369, de maio de 2007, convertida na Lei n. 11.518, de 5 de setembro de 2007, criou-se a Secretaria de Portos da Presidência da República com a competência de tratar dos portos marítimos, exercida pelo Ministério dos Transportes. A SEP detinha como área de atuação a formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres. Com o advento da Medida Provisória n. 726, de 12 de maio de 2016, que extinguiu a Secretaria de Portos, o Poder Concedente passou a ser exercido pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Posteriormente, a Medida Provisória 870/2019, convertida na Lei n. 13.844, alterou a competência para o Ministério da Infraestrutura e, por fim, a Medida Provisória 1.154, de 2023, convertida na Lei n. 14.600, de 19 de junho de 2023, atribuiu a competência ao Ministério dos Portos e Aeroportos.

Também é responsável por implementar a política proposta pelo Ministério dos Portos e Aeroportos, de acordo com os princípios e diretrizes estabelecidos pela legislação, e por fiscalizar, regular e controlar a prestação de serviços de transporte aquaviário e a operação de infraestrutura portuária e hidroviária e das atividades desempenhadas pela administração dos portos organizados, operadores portuários, arrendatários e instalações portuárias autorizadas.

Importante reiterar que, no regime jurídico anterior, preceituado pela Lei n. 8.630/1993, a regulamentação era compartilhada entre os entes e havia uma certa independência das autoridades portuárias no que toca à exploração das infraestruturas dos Portos Organizados. Eram as autoridades portuárias que definiam a necessidade de licitar determinadas áreas e, com a aprovação dos órgãos competentes, realizavam o procedimento licitatório e fiscalizavam o cumprimento dos contratos.

Nos contratos de arrendamento anteriores à Lei n. 12.815/2013, a ANTAQ figurava como interveniente, e a administração portuária como titular do contrato. Como exposto no item anterior, com a promulgação do novo marco regulatório, ocorreu uma concentração tanto do poder decisório quanto do dever procedimental no poder central – ANTAQ e o MPOR –, e a agência passou a acumular a competência de realizar a licitação e fiscalizar os arrendamentos portuários pré-existentes, de realizar as licitações para a concessão dos Portos Organizados e posteriormente fiscalizá-los, além de recomendar ao poder concedente a aprovação das autorizações para a construção e exploração de instalações portuárias privadas (HEEREN, 2015).

Nesse sentido, rememora-se que atualmente no Brasil existem dois regimes diferentes de exploração portuária. Um público e um privado. O privado se dá através das outorgas de autorização, assim definida pela Lei n. 12.815/2013: “outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”. Qualquer interessado poderá requerer ao Poder Concedente autorização para construção e exploração de uma instalação portuária localizada em área de sua titularidade, fora da área do Porto Organizado, com investimentos por sua conta e risco. Podem ser autorizados: Terminais de Uso

Privado (TUP), Estações de Transbordo de Cargas (ETC), Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte (IP4) e Instalação Portuária de Turismo (IPTur).

O regime público, por sua vez, dá-se relativamente à exploração de área localizadas ou inseridas no Porto Organizado. As modalidades definidas em lei são: Concessão – cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado, nesse caso é concedida a infraestrutura e a administração de um determinado porto, conforme será melhor tratado adiante; Delegação – transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para municípios ou estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996; semelhante à concessão, porém com o objetivo de transferir o porto para um ente federado; e o Arrendamento Portuário – cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado.

Sob o aspecto da atividade em si, há ainda a figura do operador portuário, armador e usuário do porto. O operador portuário é a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de movimentação e armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário realizado em porto organizado, mediante pré-qualificação perante a administração do porto ou contrato com o arrendatário

Já o armador é a pessoa natural ou jurídica proprietária de um navio ou a quem ele está afretado, que o equipa, mantém e o explora comercialmente para o transporte de mercadorias ou passageiros. Em outras palavras o armador é o operador da embarcação, assumindo as responsabilidades legais e comerciais pela operação do navio. O armador pode operar uma única embarcação ou possuir uma frota de navios, seus navios podem ser especializados em diferentes tipos de carga, como graneleiros, porta-contêineres, petroleiros, navios de passageiros, entre outros.

Por fim, o usuário é qualquer pessoa física ou jurídica que se beneficie direta ou indiretamente dos serviços oferecidos pelos portos. Estão incluídos nessa categoria uma gama diversificada de agentes econômicos e operacionais. É possível nomear alguns deles: (i) importadores e exportadores; (ii) agentes de carga e despachantes aduaneiros; (iii) operadores de transporte

rodoviário, ferroviário ou fluvial que conectam o porto com o interior; (iv) armadores ou operadores dos navios; (v) passageiros; entre outros.

Assim, tratou-se dos principais atores atuantes no setor portuário – os reguladores (MPOR, SNPTA e ANTAQ) e os regulados, operadores portuários, autorizatários, arrendatários, delegatários, concessionários, usuários e armadores. Contudo, deixou-se por último figura central do setor, que possui características tanto de regulador quanto de regulado, e será abordada no item a seguir: a autoridade portuária.

2.2.1 Autoridade Portuária

De acordo com as informações disponibilizadas pelo MPOR (2020), o Brasil possui hoje 36 portos organizados, que – como já apresentado – podem ser explorados diretamente pela União, concedidos à iniciativa privada ou delegados para estados e municípios. Apesar de existir uma centralização de competências no Governo Federal, mais especificamente na SNPTA – vinculada ao MPOR – e na ANTAQ, as autoridades portuárias estão presentes no dia a dia dos portos, sendo responsáveis pela gestão e garantia da eficiência operacional.

Dentre os principais portos do país em movimentação de cargas, temos como exemplo o Porto de Santos, que é o maior porto do país, administrado pela Autoridade Portuária de Santos, anteriormente denominada Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), empresa pública, de capital fechado, vinculada ao Ministério de Portos e Aeroportos (MPOR), ou seja, é administrado indiretamente pela União; e os Portos de Paranaguá e Antônia, administrados pela Autarquia Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA), empresa pública estadual, subordinada à Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística, mediante o Convênio de Delegação n. 37/2001, obtido junto ao Governo Federal, constituindo-se, portanto, em exemplo de delegação para ente federado (ANTAQ, 2024).

O art. 17 da Lei n. 12.815/2013 apresenta as responsabilidades e competências relacionadas à administração dos portos organizados no Brasil. No referido dispositivo, esclarecem-se a estrutura, os direitos e deveres de quem administra os portos, bem como a interrelação entre as diferentes

entidades e órgãos envolvidos que atuam no Porto Organizado. Salienta-se que, além dos atores que formam o sistema portuário nacional, relacionados no item anterior, no âmbito do porto organizado, órgãos intervenientes como Marinha, Receita Federal, Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Vigilância Agropecuária Internacional (VIGIAGRO), Polícia Federal, entre outros, desempenham suas respectivas atividades.

O § 1º do art. 17 detalha as funções e responsabilidades da administração do porto organizado, que incluem: (i) cumprir e fazer cumprir as leis, regulamentos e contratos de concessão; (ii) assegurar as melhorias no porto que beneficiem o comércio e a navegação; (iii) pré-qualificar os operadores portuários; (iv) arrecadar as tarifas relativas as suas atividades; (v) supervisionar ou executar obras no porto; (vi) fiscalizar a operação portuária; (vii) remover embarcações ou cascos que possam prejudicar o acesso ao porto; (viii) controlar a atracação, desatracação e o tráfego de embarcações que acessam ao porto; (ix) autorizar a movimentação de cargas; (x) suspender operações que comprometam as atividades do porto; (xi) notificar infrações à ANTAQ; (xii) atender as demandas e solicitações de outras autoridades que atuam no porto, como marítima ou aduaneira; (xiii) fornecer apoio técnico e administrativo ao Conselho de Autoridade Portuária e Órgão Gestor de Mão de Obra; (xiv) Definir horários de funcionamento e jornadas de trabalho no porto; (xv) organizar a guarda portuária.

O § 2º do art. 17 enfatiza a necessidade de planejamento estratégico, com a autoridade portuária sendo responsável pela elaboração e submissão de um Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto. Este plano deve ser aprovado pela SNPTA e serve como um roteiro para o desenvolvimento futuro do porto, garantindo que ele atenda às necessidades do país a longo prazo.

Por fim, os §§ 3º e 4º do art. 17 abordam especificidades relacionadas às embarcações militares. Enquanto o primeiro clarifica que certos incisos não se aplicam a navios militares, que não estão envolvidos em atividades comerciais, o último estabelece a prioridade de atracação para navios da Marinha do Brasil, sublinhando a importância da defesa nacional e da segurança marítima.

O art. 18 da Lei n. 12.815/2013 delinea as responsabilidades da administração de um porto organizado em relação à gestão e à operação dentro dos limites da área portuária. Sob a coordenação da autoridade

marítima, a administração é encarregada pelo estabelecimento e manutenção do balizamento dos canais de acesso, delimitação de áreas específicas para fundeio, inspeção e embarcações com características especiais, bem como pela definição e divulgação de parâmetros operacionais dos navios com base em estudos batimétricos e características físicas do cais. Além disso, sob a coordenação da autoridade aduaneira (exercida pela Receita Federal), a administração do porto é responsável por demarcar a área de alfandegamento e gerenciar eficientemente o trânsito de mercadorias, veículos e pessoas, garantindo assim a segurança e a eficácia das operações portuárias.

Há ainda atribuições da autoridade portuária relativas à gestão de áreas e infraestruturas do porto organizado. A Lei n. 12.815/2013, em seu art. 19, estabelece de partida que a administração do porto tem a prerrogativa de explorar áreas que não estão diretamente ligadas às operações portuárias, ou seja, que não tenham por finalidade última a movimentação de mercadorias de ou para navio, mas essa exploração deve ser conforme o estipulado no Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto e sempre a critério do poder concedente. O Parágrafo único prevê que as normas padrão de licitação e contratação pública devem ser seguidas a fim de garantir-se a transparência e a integridade no processo de gestão e exploração das áreas portuárias, considerando que a administração seja realizada por órgão ou entidade de controle estatal.

Como previamente colocado, no que toca às áreas exploradas com exclusividade, para a finalidade da exploração da atividade portuária, a competência para a licitar e gerir os contratos de arrendamento localizados em portos, que não foram concedidos e estão sob a administração de autoridades portuárias públicas, é da União, por intermédio da SNPTA e da ANTAQ.

Entretanto, em 2018, editou-se a Portaria 574, que possui por objetivo a descentralização de competências da União para a exploração indireta de instalações portuárias. As competências que podem ser delegadas, são: (i) elaboração de editais, condução de procedimentos licitatórios para arrendamento, celebração e gestão desses contratos e, por fim, supervisão de sua execução. Contudo, há condições para essa delegação. Para a fiscalização da execução dos contratos, é necessário o consentimento da ANTAQ, que já possui competências próprias definidas em lei. Para a

delegação da competência de elaboração de editais de licitação de arrendamentos, é preciso enviar, antecipadamente, a aprovação dos estudos e minutas pela ANTAQ.

A formalização dessa delegação será realizada por meio de um convênio específico para cada Porto e não necessariamente incluirá todas as competências previstas. Ademais, mesmo cumprindo todas as condições previstas, a delegação ainda dependerá de uma avaliação de sua conveniência e oportunidade pela autoridade pertinente. Em resumo, verifica-se que a Portaria tem por objetivo otimizar a gestão portuária ao permitir uma descentralização, mas busca manter mecanismos de controle para supervisão.

Por fim, ao se tratar das atribuições da autoridade portuária, não se pode deixar de mencionar a figura do Conselho de Autoridade Portuária (CAP). Composto por representantes da classe empresarial, dos trabalhadores portuários e do poder público, originalmente se tratava de um órgão deliberativo, essencial para o estabelecimento de diretrizes e a tomada decisões estratégicas relativas ao funcionamento, à gestão e ao desenvolvimento dos portos. Porém, com o advento da Lei n. 12.815/2013 e a centralização das competências no governo federal, o CAP tornou-se um órgão consultivo, o que resultou no esvaziamento de suas funções deliberativas, mas restando como um espaço de diálogo entre o porto e a comunidade portuária. Nesse sentido, Pereira e Schwind expõem :

O CAP – Conselho da Autoridade Portuária – perdeu grande parte da sua importância com a edição da Lei n. 12.815. Deixou de ser um órgão deliberativo para passar a ter caráter consultivo para a autoridade portuária, sem poderes efetivos (art. 20 da Lei n. 12.815). (PEREIRA; SCHWIND, 2020, p. 47)

Diante do exposto no presente item, foi possível observar que a autoridade portuária possui três grandes eixos de atuação, quais sejam: (i) manutenção das infraestruturas comuns do porto; (ii) cobrança de tarifas pela utilização dessas infraestruturas; (iii) planejamento e gestão das áreas (com ou sem descentralização de competências). Para que estas atividades sejam possíveis, a autoridade portuária precisa ser remunerada, o que ocorre mediante a cobrança de tarifas, explicitada a seguir. Ademais, a partir da cobrança das tarifas e com a devida remuneração, a autoridade portuária pode

realizar os investimentos necessários à manutenção das infraestruturas e ao planejamento de longo prazo do porto, conforme será explicitado na sequência.

2.2.1.1 Tarifas portuárias

Primeiramente, mister esclarecer que a terminologia “tarifa portuária” não se insere em um contexto tributário, não se trata de um tributo e não se confunde com taxa. Conforme explicitam Pinheiro e Monteiro:

(...) a tarifa portuária é devida somente por aquele que se aproveita economicamente do serviço prestado, exatamente por não ser compulsória. Como tal tarifa não está sujeita ao contexto tributário, portanto, não há que se falar em lei previa para sua instituição nem imunidade recíproca entre os entes federados e tão pouco nas restrições previstas nos arts. 150 à 156 da Constituição (PINHEIRO; MONTEIRO, 2021, p. 98)

Assim, a tarifa portuária é definida como preço público ofertado pelos serviços fornecidos pelas administrações portuárias, sendo concretizada mediante requisição, sob demanda, sem a necessidade da formalização de um contrato entre as partes. Como há um regulamento do porto, que disciplina o funcionamento normal das operações e pré-estabelece os serviços e tarifas correspondentes, a requisição do serviço pode ser verbal (PINHEIRO; MONTEIRO, 2021).

As tarifas cobradas se destinam à remuneração do capital investido, ao melhoramento e à expansão dos serviços, além de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro da autoridade portuária. Nesse sentido, Castro Júnior e Rodrigues (2019) definem que, como espécie de preço público, a tarifa é estabelecida a partir de metodologia que visa a composição dos valores e execução dos serviços, com qualidade, e que seu valor deve ser atribuído de maneira suficiente para a viabilização do projeto a que se destina. Em um porto, a viabilização da própria prestação de serviço ofertado.

Toda a remuneração da autoridade portuária, que não seja decorrente de outorga, deve estar prevista na tabela tarifária. Assim, são organizadas em tabelas correspondentes a cada um dos tipos de serviços prestados, no atendimento aos armadores, operadores portuários e/ou outros usuários do porto. Nesse sentido, Pinheiro e Monteiro (2021, p. 91) apontam que “a estrutura tarifária dos portos influi diretamente sobre as navegações

brasileiras, impactando no preço final dos produtos para os consumidores finais”.

Periodicamente, são elaboradas propostas de reajuste ou revisão tarifária, conforme metodologia estabelecida pela ANTAQ, as quais são encaminhadas para análise e aprovação da Agência. Atualmente, as tarifas são regulamentadas pela Resolução n. 61 - ANTAQ, de 11 de novembro de 2021, que estabelece a estrutura tarifária padronizada das administrações portuárias e os procedimentos para reajuste e revisão de tarifas. Importante apontar que a referida Resolução se aplica às administrações portuárias nos portos organizados, inclusive nas modalidades de delegação e concessão – salvo quando o contrato de concessão dispuser em sentido contrário (art. 2º) e todo usuário ou requisitante, pessoa física ou jurídica, que operar dentro do porto organizado obedecerá à ordem tarifária determinada e aprovada pela ANTAQ para a respectiva administração portuária (art. 3º).

As tarifas são divididas em tabelas pelo tipo de serviço ofertado. O Quadro 1 a seguir apresenta os grupos tarifários padronizados que devem ser adotados em todos os portos públicos.

Quadro 1 - Grupos tarifários padrão tarifa portuária

Tipo	Nome padronizado	Produtos
Tabela I	Infraestrutura de Acesso Aquaviário	Aquavias, abrigos, áreas de fundeio, canais e bacias de evolução, balizamento, sinalização e gerenciamento do acesso dentro da área do porto organizado.
Tabela II	Instalações de Acostagem	Terminais, cais, píeres, pontes de atracação, boias de amarração, <i>dolphins</i> e a infraestrutura acessória ou contígua.
Tabela III	Infraestrutura Operacional ou Terrestre	Estradas, rodovias e ferrovias, incluindo o arruamento, pavimentação, sinalização e iluminação, acessos e áreas de estacionamento.
Tabela IV	Movimentação de Cargas	Transporte vertical ou horizontal de carga dentro da área do porto organizado, incluindo recebimento, conferência, condução interna, abertura de volumes para conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento ou descarga de embarcações
Tabela V	Utilização de Armazéns	Uso de áreas livres ou construídas para armazenagem, além dos serviços de guarda e conservação de mercadorias importadas, a exportar ou em trânsito, depositadas sob sua responsabilidade, incluindo o recebimento, abertura para conferência aduaneira, pesagem das mercadorias avariadas
Tabela VI	Utilização de Equipamentos	Aluguel ou requisição de uso de aparatos ou dispositivos operacionais.
Tabela VII	Diversos Padronizados	Transações de natureza diversa não enquadráveis nas tabelas anteriores, padronizadas, ligadas à atividade portuária.
Tabela VIII	Uso Temporário e Arrendamento Realizado com Base em Estudos Simplificados	Tarifa devida pelos contratos de uso temporário e arrendamentos realizados com base em estudos simplificados.
Tabela IX	Complementares	Transações de natureza diversa não enquadráveis nas tabelas anteriores, não padronizadas pela ANTAQ, porém ligadas à atividade portuária.

Fonte: Resolução n. 61 - ANTAQ, de 11 de novembro de 2021.

2.2.1.2 Investimentos

Conforme abordado na seção anterior, a Autoridade Portuária possui por obrigação a manutenção da infraestrutura comum do Porto Organizado. As infraestruturas sob sua responsabilidade podem variar de acordo com as características de cada porto, mas geralmente incluem os seguintes elementos:

- 1) Área de Fundeio/Ancoragem: espaços designados para que os navios possam ancorar antes de atracar ou após terem deixado o cais;
- 2) Bacias de Evolução: áreas em água, protegidas usadas para as manobras necessárias para realizar uma ancoragem segura dos navios enquanto eles carregam ou descarregam mercadorias ou passageiros;
- 3) Berços de Atracação: estruturas onde os navios atracam para realizar operações de carga e descarga;
- 4) Cais e Píeres: estruturas construídas na linha de água ou projetando-se sobre ela, onde ficam localizados os berços;
- 5) Canais de Acesso: vias navegáveis que permitem a passagem segura dos navios do mar aberto até o cais ou terminais do porto;
- 6) Dragagem: processo de remoção de sedimentos e detritos dos canais de navegação e berços para manter as profundidades adequadas à navegação ou aprofundamento;
- 7) Rede Viária Interna: estradas e ferrovias dentro do porto usadas para o trânsito de veículos e trens de carga;
- 8) Acesso Terrestre: estradas e ferrovias de acesso ao porto;
- 9) Equipamentos de Movimentação de Cargas localizados em áreas públicas: como guindastes, pórticos de carga, empilhadeiras e outros dispositivos usados para movimentar cargas entre os navios e o cais ou armazéns;
- 10) Armazéns e Pátios de Armazenamento Públicos: estruturas para o armazenamento temporário de mercadorias, tanto cobertas quanto ao ar livre;
- 11) Sistemas de Iluminação e Sinalização Náutica: incluindo faróis, boias, sinais e qualquer outra forma de sinalização necessária para a navegação segura dentro do porto;
- 12) Sistemas de Segurança e Vigilância: equipamentos e infraestruturas para garantir a segurança portuária, como câmeras de CCTV, cercas e outros sistemas de monitoramento;
- 13) Instalações para Resíduos e Tratamento de Águas: incluem sistemas de coleta e tratamento de resíduos sólidos e líquidos provenientes dos navios e das operações portuárias;

- 14) Infraestruturas de Apoio: escritórios administrativos, centros de controle de tráfego marítimo, instalações para as autoridades aduaneiras e de fronteira, e serviços de emergência como bombeiros e socorristas;
- 15) Outros;

Por fim, a Autoridade Portuária pode eventualmente ser responsável pela manutenção de infraestruturas relacionadas à proteção ambiental, como barreiras contra derramamento de óleo e sistemas de monitoramento da qualidade da água. Aponta-se que esse tipo de responsabilidade é crucial para garantir que as operações sejam realizadas de forma eficiente, segura e sustentável por todos os agentes que atuam no porto.

Além disso, a adequada manutenção das infraestruturas portuárias e o constante investimento em desenvolvimento de novas infraestruturas auxiliam na competitividade do porto no cenário nacional e internacional.

Os investimentos realizados no porto organizado de responsabilidade da autoridade portuária podem ser viabilizados através da cobrança das tarifas portuárias ou do recolhimento dos valores desembolsados a título de outorgas pagas pelos arrendatários, pela utilização das infraestruturas dos terminais com exclusividade. Essas outorgas podem ser fixas ou variáveis, conforme a movimentação das cargas. Os contratos de arrendamento portuário normalmente preveem ambas as remunerações.

Contudo, apesar de a remuneração da autoridade portuária ter por objetivo o equilíbrio econômico-financeiro do porto, como apontam Pinheiro e Monteiro:

Dos 36 (trinta e seis) portos públicos em atividade, poucos foram aqueles que, ao longo do período de 1993 até 2012 apresentaram lucro positivo em alguns dos anos. A maioria deles sempre passou por dificuldade financeira, dependente de subvenções da União, seja para custeio pessoal seja para investimentos. Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU, 2009), após auditoria operacional, o órgão constatou que sete de oito portos estudados tinham passivos de grande monta, inclusive bloqueios judiciais de receitas (PINHEIRO; MONTEIRO, 2021, p. 94).

Portanto, ainda que a tarifa portuária e as outorgas provenientes dos contratos de arrendamento devam ser suficientes e necessárias à boa manutenção do porto organizado, sob gestão da autoridade portuária,

historicamente os portos brasileiros apresentam dificuldades financeiras, necessitando de aportes para prover a infraestrutura, e muitas vezes operam com capacidade aquém da necessidade local, regional ou nacional.

Como foi possível observar ao longo do presente capítulo, desde a abertura dos portos a nações amigas em 1808, o setor portuário brasileiro passou por ciclos de maior ou menor intervenção da iniciativa privada na atividade, sempre na busca de alternativas de se alcançar os investimentos necessários para a melhoria na operação. Dentre as alternativas perseguidas, observa-se que o processo de concessão dos portos públicos também teve a capacidade de realizar investimentos como um fator motivador, além de previsibilidade e melhorias na gestão, como será devidamente abordado no próximo capítulo.

3 ENFORCED SELF-REGULATION NAS CONCESSÕES DOS PORTOS ORGANIZADOS

O presente capítulo tem por objetivo a análise da estrutura regulatória de concessão dos portos organizados, buscando identificar elementos típicos para a adoção da *enforced self-regulation*. Para tanto, serão examinados os mecanismos regulatórios, como o chamado de proposta apoiada, no qual os agentes do porto precisam, em comum acordo, apoiar o aumento da tarifa para que se possibilite a realização de investimentos não previstos contratualmente.

Inicia-se o capítulo contextualizando o modelo de concessão dos portos organizados utilizado recentemente no Brasil, especialmente o modelo adotado para a desestatização da Companhia Docas do Estado do Espírito Santo (CODESA), cuja sessão pública de leilão ocorreu em março de 2022.

Conforme abordado ao final do capítulo anterior, historicamente os portos brasileiros possuem dificuldades em ser autossustentáveis e, assim, prover a infraestrutura adequada à movimentação de suas cargas somente com investimentos provenientes da própria arrecadação de receitas. A infraestrutura portuária requer investimentos significativos e contínuos para se desenvolver e manter sua capacidade e eficiência. Isso pode ser um desafio para o governo, que precisa equilibrar os gastos com as demais demandas orçamentárias.

Ademais, deter a capacidade de responder rapidamente a mudanças no mercado e ajustar operações é crucial para manter a competitividade e a eficiência. Entretanto, para entes da administração pública, a complexidade da gestão de um porto pode ser um desafio burocrático significativo. Ainda que sob a égide da Lei das Estatais n. 13.303/2016, o ordenamento jurídico brasileiro, no que toca à contratação e aquisição de produtos pelo setor público no Brasil, pode ser um obstáculo para o ágil desenvolvimento da atividade portuária. A burocracia envolvida nas licitações públicas, os processos de aprovação para despesas e investimentos, e outras regulamentações que precisam (e devem) ser observadas, podem retardar as decisões e ações necessárias em curto prazo (FRAGOSO JUNIOR, 2023).

Da mesma forma, os portos precisam de planejamento de longo prazo para garantir que sua infraestrutura possa atender às demandas futuras. Isso

envolve previsão e investimento contínuo, o que pode ser complicado quando a gestão está atrelada ao ciclo político, que se altera a cada quatro anos (FRAGOSO JUNIOR, 2023).

Nessa toada, a Nota Técnica que justificou o processo de desestatização dos Portos de Vitória e Barra do Riacho apresentou os seguintes argumentos:

3. A complexidade inerente às operações e aos investimentos realizados no setor de transporte portuário faz com que o Estado tenha dificuldades na gestão de seus diversos componentes. As premissas de contratação de serviços e aquisição de produtos a que é submetido o setor público brasileiro são entraves à gestão eficiente de um ativo portuário, o qual depende fundamentalmente da agilidade nas tomadas de decisão, planejamento de longo prazo e investimento intensivo e contínuo em infraestrutura.
4. O resultado dessa equação é a degradação da qualidade dos serviços prestados e falta de capacidade no processamento de cargas, o que contribui para a diminuição da regularidade e da eficiência operacional dos serviços portuários, além de aumentos de custos (SNPTA, 2020, p. 1)

No mesmo sentido, o Banco Nacional do Desenvolvimento (BNDES), responsável pela contratação dos estudos para a desestatização, apresenta em seu *site* os seguintes argumentos:

De fato, a gestão eficiente de um ativo portuário depende fundamentalmente de agilidade nas tomadas de decisão e flexibilidade de negociação e contratação, de modo a permitir que os gestores possam reagir prontamente aos constantes processos de modernização e avanços tecnológicos específicos do setor e atender com agilidade as cadeias produtivas que buscam espaços e serviços portuários. Atualmente, em virtude da natureza das Companhias Docas, as regras de contratação de serviços e aquisição de bens não favorecem que os ativos portuários sejam gerenciados com esse dinamismo. (BNDES, 2022)

Assim, os requisitos e restrições associados à gestão pública foram considerados entraves para necessidades de gestão de ativos portuários – que demandam flexibilidade, agilidade, investimento e planejamento de longo prazo para serem geridos eficientemente – e realizou-se o primeiro processo de licitação para desestatização de um porto organizado no Brasil.

3.1 A desestatização da CODESA e a concessão pública dos Portos de Vitória e de Barra do Riacho

Em agosto de 2017, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos (CPPI) recomendou a inclusão da Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA) e seus serviços portuários no Plano Nacional de Desestatização (PND). Conforme o Decreto n. 9.852 de 2019, o Presidente da República oficializou a entrada da CODESA no PND, seguindo as diretrizes da Lei n. 9.491 de 1997. Adicionalmente, a CODESA e os serviços portuários que presta nos Portos de Vitória e Barra do Riacho foram qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), conforme estabelece o art. 4º, inciso II, da Lei n. 13.334 de 2016.

Importante salientar que o processo de desestatização em questão envolveu dois atos: a venda da empresa CODESA e a concessão do ativo público portuário. Até a desestatização, a CODESA administrava os portos organizados de Vitória e Barra do Riacho, em regime de descentralização administrativa, sem contrato de concessão outorgando a gestão dos ativos.

Com a admissão da CODESA no Plano Nacional de Desestatização (PND), as ações detidas pela União foram transferidas para o Fundo Nacional de Desestatização, gerido pelo BNDES, autorizado a vender essas ações, seguindo diretrizes estabelecidas pelo CPPI. Diante da autorização, o BNDES contratou a realização de estudos para a privatização (BNDES, 2022).

Com o objetivo de receber contribuições e fomentar o debate sobre o modelo de concessão dos Portos de Vitória e Barra do Riacho, os estudos foram apresentados em audiência pública realizada pela ANTAQ no período de 28/12/2020 a 10/02/2021 (ANTAQ, 2020).

Os estudos concluíram pela alternativa de concessão dos portos organizados de Vitória e Barra do Riacho aliada à transferência do controle total societário da CODESA – alienação da empresa. Dentre os argumentos para a privatização, salientou-se a possibilidade de equacionamento dos atuais passivos e da continuidade das atividades da sociedade, o que traria vantagens para a transição operacional ao novo regime de gestão privada, sendo menos custosa ao Estado, considerando a desnecessidade de incorrer em custos de desmobilização e de liquidação; mais rápida e simples para

operacionalização; além de reduzir custos de transação e a percepção de risco do investidor privado, visto que não se manteve participação minoritária do Estado na companhia (BNDES, 2022).

De acordo com a Resolução CPPI n. 188/2021, em 7 de junho de 2021, o CPPI aprovou as condições iniciais para a privatização e submeteu o processo ao Tribunal de Contas da União. O TCU, cumprindo a Instrução Normativa n. 81/2018, acompanhou e emitiu diretrizes e sugestões para o projeto, resultando no Acórdão 2931/2021. Com base nas diretrizes do TCU, o CPPI concordou com os termos finais para a privatização da CODESA e a concessão dos Portos de Vitória e Barra do Riacho, conforme estipulado na Resolução CPPI n. 207/2021, de 16 de dezembro de 2021.

Por meio do Despacho Decisório n. 02/2022, o então Ministério da Infraestrutura³⁰ validou os estudos realizados, a proposta de contrato e os demais documentos necessários para a concessão. Por fim, a ANTAQ aprovou a versão final do edital e do contrato de concessão em 14 de janeiro de 2022, pela Deliberação-DG n. 5/2022.

A sessão pública de leilão ocorreu no dia 30 de março de 2022, tendo sido arrematada pelo consórcio “FIP Shelf 119 Multiestratégia”, que ofereceu uma outorga de R\$ 106 milhões, além do pagamento pela compra das ações da CODESA por R\$ 326 milhões, investimentos de R\$ 850 milhões e outorga variável do equivalente a 7,5% das receitas da companhia (FORBES MONEY, 2022).

3.2 O modelo adotado

Conforme abordado anteriormente, o projeto de desestatização da CODESA e dos Portos de Vitória e Barra do Riacho envolveu dois atos concomitantes, quais sejam: a venda do controle da empresa e a concessão dos ativos portuários.

A concessão dos portos organizados no Brasil encontra guarida na legislação de regência do setor. O art. 2º, IX, da Lei n. 12.815/2013 define concessão como “cessão onerosa do porto organizado, com vistas à

³⁰ Vide nota 29.

administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado”. Em sequência, os arts. 4º, 5º e 5º-A normatizam como dever ser realizada a concessão. Assim, se determina que a concessão deverá ser realizada mediante celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com a lei e os regulamentos. São descritas as cláusulas fundamentais que devem ser previstas, abrangendo desde a definição do objeto, o escopo e a duração da concessão, até os detalhes operacionais, financeiros e de qualidade do serviço. São abordadas as necessidades de clareza quanto aos parâmetros do contrato, abrangendo as responsabilidades dos concessionários, os direitos dos usuários, as metas de qualidade e os mecanismos de fiscalização e reajuste.

Também são determinadas as garantias para a execução eficiente do contrato, as condições para a sua extinção e as obrigações de relatório para ANTAQ, e se assegura que, ao final do contrato, todos os bens associados à concessão retornem à União, garantindo-se a continuidade da propriedade estatal sobre infraestruturas críticas.

Esse conjunto de disposições visa assegurar que a operação portuária seja realizada de forma eficiente, transparente e com responsabilidade compartilhada, alinhando os interesses públicos com a gestão privada. O art. 5-A especialmente prevê que os contratos celebrados pela concessionária, inclusive aqueles que tenham por objeto a exploração das instalações portuárias, serão regidos pelas normas de direito privado, sem estabelecer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, salvo as atividades regulatória e fiscalizatória da ANTAQ.

Ademais, os incisos do art. 20 do Decreto n. 8.033/2013, que regulamenta a Lei dos Portos, apresentam as modalidades de exploração do porto pela concessionária, quais sejam:

- I - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias;
- II - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou
- III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.

Esse artigo legal trata das possibilidades de se realizar a operação de forma direta, pelo próprio concessionário; indireta, quando o concessionário precisa contratualizar com terceiros que realizarão a operação dos terminais; ou vedada a exploração, concede-se total ou parcialmente as funções de administração, mas o Poder concedente permanece como titular dos contratos de arrendamento e responsável pelas licitações dos novos terminais.³¹

Nesse sentido, no projeto de desestatização abordado, optou-se pela utilização do inciso II do art. 20 do Decreto n. 8.033/2013, que admite que o contrato de concessão do porto organizado tenha por objeto “o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta”. Assim, o concessionário deverá gerir os espaços portuários; prover a infraestrutura básica e os serviços condominiais; coordenar as operações portuárias e promover a interação com a comunidade; contribuir para o desenvolvimento regional; e fomentar a realização de novos negócios. Porém não poderá operar diretamente os terminais, sendo necessário contratar parceiros privados para tanto.

Conforme exposto por Vêras (2022), o motivo da seleção da modalidade de exploração indireta se deu diante da necessidade de se garantir que a nova concessionária do Porto Organizado não forjasse um ambiente concorrencial desequilibrado para com os arrendatários.

Assim, o contrato de concessão foi estabelecido com a duração de 35 anos, com a possibilidade de extensão por até 5 anos para reequilíbrio econômico-financeiro, transferindo-se a gestão do porto organizado para a entidade concessionária. Esta transferência conferiu à concessionária a responsabilidade de atuar como autoridade portuária e gerir as instalações portuárias de maneira indireta, bem como de explorar, direta ou indiretamente, as áreas que não são destinadas às atividades portuárias. A gestão das áreas operacionais ocorrerá por meio de credenciamento de operadores portuários qualificados ou por meio de contratos de exploração com terceiros, como os contratos de arrendamento. A remuneração da concessionária será por meio de receitas tarifárias e não tarifárias, sendo as últimas derivadas da exploração

³¹ A última modalidade pode ser observada no projeto de concessão do canal de acesso dos Portos de Paranaguá e Antonina, no qual se observa que se está somente concedendo a função de gestão e manutenção do canal de acesso (desempenho parcial da gestão do porto).

de áreas relacionadas ou não às operações portuárias e de serviços ou atividades não sujeitas à tarifação (FRAGOSO JUNIOR, 2023).

Ademais, o projeto envolveu a venda das ações do bloco de controle da empresa através de leilão, resultando na concessão do Porto de Vitória à entidade adquirente. De acordo com Fragoso Junior (2023), esta estratégia foi selecionada tanto por sua simplicidade como por se tratar de uma prática mais comum, além de garantir a manutenção do *status* do porto como organizado, a preservação do valor do ativo e a adequação ao prazo previsto para a conclusão da desestatização.

Reforça-se que, no modelo adotado, o papel da autoridade portuária passa a ser exercido por uma entidade privada (concessionária do porto organizado), que celebrou um contrato de concessão com o poder público, o que lhe confere o direito de gerenciar os ativos do porto, planejar o desenvolvimento portuário e garantir a manutenção das estruturas do porto.

Entre suas funções, estão todas aquelas listadas no capítulo anterior, mas em especial o estabelecimento das tarifas a serem cobradas dos usuários do porto, dentro de um limite de dispersão pré-estabelecido pelo poder concedente, a cessão de áreas e infraestruturas do porto para empresas interessadas na exploração, além de pré-qualificar operadores portuários.

Entretanto, a regulação setorial continua sendo realizada por entidades públicas como ANTAQ, MPOR, ANVISA, Receita Federal e muitas outras que atuam no porto. Nesse sentido, Perez, Goulart e Savoli, defendem que o papel do regulador ganha importância nesse modelo. Para os autores:

Se, por um lado, a introdução do setor privado no papel antes ocupado por autoridades públicas contribui para a produtividade e flexibilidade da gestão do porto, por meio da redução de interferências burocráticas e políticas, por outro, o potencial aumento dos valores dos preços cobrados dos usuários e dos contratos de cessão de espaço do porto, as assimetrias eventualmente criadas em relação à competição, dentro do porto, por meio de processos de integração vertical dos quais participe a própria gestora do porto, entre outros riscos à eficiência devem ser mitigados ou neutralizados por meio do exercício da função regulatória (PEREZ; GOULARD; SAVIOLI, 2021, p. 289)

No caso específico da desestatização da CODESA, a verticalização foi restringida na escolha do modelo regulatório e prevista em edital, resultando

em um concessionário que administra o porto, exercendo o papel de autoridade portuária, por meio de uma empresa privada, que, no entanto, não opera diretamente.

Dessa forma, o modelo definiu que as instalações portuárias (terminais localizados na área do porto) serão exploradas por terceiro, denominado "explorador de instalação portuária". A concessionária, para permitir essa exploração direta por terceiros, deve formalizar contratos regidos pelo direito privado, ao invés do direito público. Esses contratos serão estabelecidos em um regime de liberdade negocial, ou seja, as partes envolvidas têm ampla liberdade para negociar os termos e condições dos contratos, dentro dos limites da lei.

Além disso, a concessionária poderá celebrar contratos regidos pelo direito privado, também sob o regime de liberdade negocial, para a exploração das áreas não operacionais do porto organizado – que não realizam operações portuárias. Essas áreas não operacionais podem incluir espaços para desenvolvimento comercial, recreativo ou outras atividades que não estão diretamente ligadas às operações portuárias.

Contudo, apesar da liberdade negocial, a competência regulatória setorial é resguardada, as operações ainda estão sujeitas às regulamentações específicas do setor portuário.

Assim, diante do ineditismo e da conseqüente ausência de normativo pré-definido, o modelo previu diversos mecanismos contratuais para regular a execução do contrato e as novas relações com o poder público e os usuários do porto organizado, cujos principais serão abordados a seguir.

3.2.1 Principais Mecanismos regulatórios

O plano de desenvolvimento e zoneamento do Porto (PDZ) é um instrumento de planejamento portuário que possui por finalidade o estabelecimento de estratégias e metas para o desenvolvimento e a otimização do uso das áreas do porto organizado. Não se trata de um instrumento novo, criado para regular o modelo inédito de concessão portuária, mas de um instrumento consolidado, previsto no § 2º do art. 17 da Lei n. 12.815/2012, como obrigação de todas as autoridades portuárias no Brasil:

§ 2º A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

Entretanto, como consta do Ato Justificatório que embasou o processo licitatório, no caso da concessão, o PDZ serve também como um documento de referência para o devido cumprimento de determinados dispositivos do contrato de concessão e seus anexos (SNPTA, 2020).

Nos primeiros doze meses da concessão, a concessionária deverá elaborar proposta do PDZ e submetê-la à aprovação do Poder Concedente. Posteriormente, deverá atualizá-lo a cada quatro anos. O Poder Concedente poderá determinar a revisão do instrumento a fim de que seja compatibilizado ao planejamento nacional de logística e ao planejamento setorial. A proposta do PDZ para aprovação deverá ser instruída com relatório de consulta aos usuários do porto e submetida ao Conselho da Autoridade Portuária (BNDES, 2022a).

Já a remuneração da concessionária foi estabelecida por meio de tarifas cobradas dos usuários do serviço e de receitas não tarifárias decorrentes dos contratos firmados com exploradores de instalações portuárias. Em contrapartida, há previsão do pagamento de outorga variável ao poder concedente, calculado com base na receita auferida na concessão (TCU, 2021).

Para a regulação das tarifas cobradas pelos serviços, o modelo conjugou uma regulação *ex-post*, que só prevê atuação quando houver necessidade de intervenção, em casos de abuso, por exemplo, mas com a fixação prévia (*ex-ante*) de um preço-teto pela agência reguladora, nos casos em que se identificar posição monopolista dos serviços prestados. (TCU, 2021)

A definição das tarifas a serem aplicadas aos serviços prestados pela concessionária no porto organizado ocorre de duas formas: pela definição de preços-teto de algumas tarifas individuais e um teto das receitas auferidas, por porte bruto ou tonelada movimentada, que concede liberdade ao concessionário para fixar os demais preços dos serviços, respeitando um limite de dispersão, observado o teto sobre a receita total, por isso também chamado de “*revenue cap*”. Esses valores de receita-teto são corrigidos pela inflação e por fatores de desempenho e eficiência.

Essa regulação tarifária mista parte de algumas premissas relacionadas no relatório do Acórdão n. 2931/2021 – TCU, transcritas a seguir:

- (i) não caberá à Antaq a fixação previa de tarifas para a concessionária, cabendo apenas avaliar se as premissas contratuais estão sendo cumpridas, mormente o teto sobre as tarifas;
- (ii) a concessionária gozará, em regra, de liberdade para negociar com seus clientes o quantum a ser cobrado pelos serviços prestados;
- (iii) essa negociação deverá se dar com base em critérios de estabelecimento de tarifa previamente divulgados pela concessionária, conforme determina a RN 32/2019-Antaq;
- (iv) em caso de abuso de poder econômico ou de condutas anticoncorrenciais haverá um controle ex- post realizado pela Antaq, que culminará com a fixação de um montante tarifário adequado baseado em estudos comparativos de tarifas praticadas no ambiente concorrencial do porto;
- (v) a concessionária sujeita-se à sanção, caso pratique, comprovadamente, condutas violadoras da ordem concorrencial; e
- (vi) deverão ser definidas tarifas de partida, durante um período de transição, para as tarifas reguladas pelo modelo *ex-post* (peça 67, p. 231). (TCU, 2021, p. 19)

Como se pode observar, o modelo proporciona liberdade para a concessionária fixar os preços dos serviços – sem ultrapassar o teto das tarifas individuais ou da receita –, mas prevê que, em caso de abusos de poder econômico, posição dominante, condutas anticoncorrenciais, haverá intervenção da agência reguladora para estipular tarifas, além de se sujeitar a sanções com a aplicação de penalidades. Resta claro que, apesar da liberdade de fixação de preços, são impostas limitações à atuação da concessionária quanto à prática de condutas discriminatórias, fixação de valores em desacordo com diretrizes fixadas pelo regulador ou que não respeitem o limite do teto de receitas.

No que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantido constitucionalmente pelo art. 37, inciso XXI, CF/88, o modelo previu mecanismos para assegurá-lo. São previstos quatro mecanismos com vistas a manter o equilíbrio ou automaticamente reequilibrar o contrato: reajuste, revisão dos parâmetros da concessão, revisão extraordinária e proposta apoiada.

O primeiro deles, como já mencionado, trata-se do reajuste inflacionário que ocorrerá a cada doze meses, em dezembro, com vigência para o ano

calendário subsequente, e incidirá sobre a receitas tarifárias previstas para a carga movimentada no porto, aplicando-se o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) do IBGE, após a observância dos fatores de desempenho e eficiência (BNDES, 2022a).

Já a revisão dos parâmetros da concessão deverá ocorrer ordinariamente a cada cinco anos, tendo por objetivo a determinação dos parâmetros estabelecidos de qualidade, desempenho, eficiência, nível de indicador da disponibilidade de áreas e a taxa de desconto que deverá ser utilizada no fluxo de caixa marginal da concessão.

Respeitando-se a alocação de riscos prevista no contrato, a ANTAQ poderá atualizar os parâmetros estabelecidos, além disso os procedimentos relativos às revisões deverão ser regulados pela agência, a partir de ampla discussão pública. De partida, o contrato prevê os seguintes parâmetros de serviços: I1- Manutenção da profundidade mínima do canal e dos berços; I2- Índice de desempenho ambiental, apurado anualmente pela ANTAQ; I3- Indicador de disponibilidade de infraestrutura será calculado a partir das informações disponíveis no SDP – Sistema de Desempenho Portuário da ANTAQ; I4- Indicador de atendimento das notificações da ANTAQ e reincidências; I5- Indicador de tempo médio de estadia dos navios; I6- Indicador de disponibilidade de áreas operacionais do Porto de Vitória e de Barra do Riacho (.).

Por sua vez, a revisão extraordinária serve para apurar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro decorrente de eventos extraordinários que ocasionem perdas ou ganhos à concessionária, também de acordo com a alocação de riscos estabelecida no contrato. Poderá ser iniciada de ofício pela ANTAQ ou a pedido da concessionária. Caso seja iniciada pela ANTAQ, a concessionária deve ser notificada. Quando a concessionária solicita a revisão, deve seguir as normas específicas da ANTAQ, que incluem procedimentos de negociação entre as partes envolvidas, diretrizes orçamentárias e as fases do processo de aprovação para o reajuste econômico pelos órgãos responsáveis, garantindo uma avaliação precisa do valor dos investimentos decorrentes dessa Revisão Extraordinária. A ANTAQ analisará e decidirá sobre os elementos do pedido de Revisão Extraordinária individualmente ou em

conjunto, dependendo da natureza, da motivação ou da classificação de cada evento requerido.

De acordo com a cláusula 21.3 do Contrato de Concessão, para recompor eventual desequilíbrio contratual, o Poder Concedente pode escolher entre as seguintes medidas, de forma individual ou conjunta:

- 21.3.1. alteração do valor das Tarifas;
- 21.3.2. alteração do prazo da Concessão;
- 21.3.3. alteração das obrigações contratuais da Concessionária;
- 21.3.4. revisão da Contribuição Fixa isoladamente ou em conjunto com a Contribuição Variável devidas pela Concessionária; ou
- 21.3.5. outra forma definida de comum acordo entre o Poder Concedente e Concessionária. (BNDES, 2022a)

Ou seja, após a verificação de um desequilíbrio contratual, tem-se diferentes modalidades para sua recomposição, incluindo a discricionariedade de determinar alguma modalidade não prevista, em comum acordo entre concessionária e poder público.

Inspirada no setor aeroportuário, a proposta apoiada é definida como um mecanismo de flexibilização regulatória que possibilita à concessionária, com a concordância dos usuários do porto, submeter à aprovação do poder concedente proposta para alterar restrições às tarifas, definir novos parâmetros para a concessão, incluir novas obrigações de investimentos, com o objetivo de melhorar a infraestrutura ou ofertar novos serviços e propor obras para ampliação de capacidade do Porto Organizado.

De acordo com o Contrato de Concessão, a ANTAQ analisará a proposta levando em consideração critérios de boas práticas, tarifação, investimentos, qualidade do serviço e os interesses dos usuários do porto. Após a aprovação, a proposta vigorará por até cinco anos, período entre as Revisões dos Parâmetros da Concessão. Excepcionalmente, poderá ser submetido pleito que ultrapasse o período quinquenal, desde que se justifique a extensão do prazo para garantir a viabilidade do acordo. Durante sua validade, a proposta terá primazia sobre as cláusulas contratuais relacionadas às limitações tarifárias e aos critérios estabelecidos nas Revisões dos Parâmetros da Concessão, conforme aplicável ao contexto da proposta. Adicionalmente, a ANTAQ poderá interceder como mediadora em negociações entre as partes,

podendo estabelecer parâmetros de acordo, inclusive em situações em que as negociações não tenham culminado em uma Proposta Apoiada. A agência ainda será responsável por estabelecer normas e procedimentos que regulem a elaboração e a ratificação da Proposta Apoiada – o que ainda não ocorreu (ANTAQ, 2023).

Por fim, para além da remuneração tarifária, conforme já abordado, a concessionária poderá explorar as instalações portuárias através de terceiros, denominados exploradores de instalação portuária. Trata-se da remuneração pela exploração das áreas do porto. Como o porto não é um ativo novo, inaugurado com a concessão, mas existente e operacional, a remuneração fundiária se divide entre os contratos prévios e os novos que serão firmados pelo concessionário.

Os contratos vigentes deverão ser respeitados pelo concessionário, adaptados de forma a excluir cláusulas exorbitantes e a manter os direitos e deveres, as receitas correspondentes e a remuneração fixa e variável pelo uso exclusivo das áreas. O Anexo 6 do contrato de concessão regulamenta o processo de adaptação e a transferência dos contratos existentes (BNDES, 2002b, Anexos do Contrato de Concessão).

No que toca aos contratos novos, importante lembrar que, após a concessão, inexistente obrigação de licitar as áreas a serem exploradas, sejam elas operacionais ou não, os valores dessas áreas serão fixados de forma negociada pelo concessionário. Entretanto, em sua cláusula 7.3.6, o contrato de concessão prevê a necessidade de elaboração de um código de conduta que deverá ser submetido para aprovação do Poder Concedente.

O código de conduta tem por objetivo vincular as ações da concessionária no momento da negociação com interessados em explorar diretamente áreas do Porto Organizado, salvo aquelas que já possuíam contratos vigentes no momento da concessão. O Anexo 9 prevê que o instrumento deverá ser previamente aprovado pelo Poder Concedente, publicado no *site* da concessionária e nenhum contrato poderá ser celebrado antes de sua aprovação e publicação (BNDES, 2002b, Anexos do Contrato de Concessão). Também determina que deverá ser disponibilizado o contato da ANTAQ, para denúncias de eventuais condutas abusivas ou contrárias ao Código de Conduta, incluindo-se a recusa injustificada em negociar com exploradores de

instalação portuária, novos ou antigos. A concessionária poderá atualizar o Código, desde que com prévia aprovação do Poder Concedente, e divergências quanto ao conteúdo do instrumento serão submetidas aos mecanismos de solução de disputas previstos no contrato.

Verifica-se que o Código de Conduta não é apenas uma formalidade, mas um instrumento de regulação do comportamento, que tem efeitos práticos. A vedação imposta à concessionária de celebrar contratos de exploração de áreas com Exploradores de Instalação Portuária antes da aprovação e da devida publicação assegura que todos os interessados, atuais ou potenciais Exploradores de Instalação Portuária, estejam cientes das regras de conduta antes de qualquer negociação, garantindo assim um ambiente de negócios justo e transparente (CODESA, s.d.)

Como se pode observar, com exceção das diretrizes e da necessidade de aprovação prévia do PDZ e Código de Conduta, a remuneração fundiária não será diretamente controlada pelo Estado, somente haverá atuação da agência reguladora quando se caracterizar violação ao contrato, à livre concorrência ou abuso de posição econômica dominante.

A partir da descrição dos mecanismos regulatórios adotados no modelo de desestatização da CODESA e de concessão dos Portos de Vitória e Barra do Riacho, verificam-se indícios da adoção de elementos cuja elaboração e manutenção dependem exclusivamente da concessionária do porto, mas que não são voluntários; são contratualmente impostos. Poderiam esses elementos ser caracterizados como adoção da autorregulação regulada ou *enforced self-regulation*?

No próximo item, os mecanismos regulatórios analisados serão comparados com os pressupostos mecanismos de *enforced self-regulation*, para assim se identificar se há elementos que possibilitam a adoção da *enforced self-regulation* nas concessões dos portos organizados, assim como serão identificados elementos da teoria que poderiam contribuir, e os motivos que justificam a inviabilidade da adoção integral da teoria da regulação responsiva ao setor analisado.

3.3 *Enforced self-regulation* nas concessões dos portos organizados

No primeiro capítulo do presente trabalho, foram apresentadas as características da *enforced self-regulation*. Conforme observado, localizada no segundo patamar da pirâmide de estratégias regulatórias de Ayres e Braithwaite (1992), a *enforced sel-regulation* é uma das opções criativas disponíveis para escalar o intervencionismo da estratégia regulatória para um caminho intermediário entre a autorregulação e a regulamentação governamental de comando e controle.

Trata-se de uma autorregulação mandatória, proposta pelo regulado, mas imposta pelo Estado. É dada a oportunidade de as empresas ou os atores regulados escreverem seu próprio conjunto de regras, que serão ratificadas posteriormente pelo poder público. O acompanhamento do cumprimento é realizado pelo *compliance* interno. Entretanto, caso ocorra uma falha na imposição privada dessas regras, as sanções serão impostas pelo poder público. Como a negociação é individualizada entre governo e empresas privadas, evita-se a submissão às regras padrão, pré-estabelecidas pelo governo, mas passa-se a uma regulação específica à realidade de cada empresa (AYRES; BRAITHWAITE, 1992).

Como observado no item anterior, o modelo proposto para a privatização da CODESA impõe à concessionária a elaboração e a submissão para a aprovação do Poder Concedente de regramentos como PDZ e o Código de Conduta. Em ambas as obrigações, há previsão expressa de elaboração própria e submissão posterior. Veja-se nas cláusulas destacadas a seguir do contrato de concessão:

1.1.1. (xiii) Código de Conduta: documento a ser elaborado pela Concessionária, a partir das diretrizes do Anexo 9, e aprovado pelo Poder Concedente, contendo as regras para negociação com interessados em explorar diretamente áreas do Porto Organizado.

(...)

8.1.1.A proposta de PDZ será encaminhada à aprovação do Poder Concedente, que, em até 90 (noventa) dias, poderá aprová-la ou determinar sua revisão a fim de que seja compatibilizada ao planejamento nacional de logística e ao planejamento setorial. (BNDES, 2022a)

São mecanismos com objetivos diferentes. O PDZ, como o próprio nome indica, é um instrumento voltado ao planejamento e desenvolvimento do Porto Organizado, no qual se define o zoneamento das áreas. A partir do PDZ, se definem quais cargas poderão ser movimentadas no porto e em quais áreas, além dos planos para o futuro, investimentos e expansões. Por sua vez, o Código de Conduta é um instrumento que rege a conduta que deverá ser adotada pela concessionária com terceiros interessados em explorar áreas no porto organizado.

O contrato de concessão também prevê um mecanismo que possui um viés aparentemente voluntário, denominado “proposta apoiada”, que possibilita à concessionária, com a concordância dos usuários do porto, submeter à aprovação do poder concedente proposta para alterar restrições às tarifas, definir novos parâmetros para a concessão, incluir novas obrigações de investimentos com o objetivo de melhorar a infraestrutura ou ofertar novos serviços e propor obras para ampliação de capacidade do Porto Organizado (BNDES, 2022a).

Contudo, esses três mecanismos – PDZ, Código de Conduta e Proposta Apoiada – são elaborados pela concessionária e passam a ser mandatórios (impostos) após sua aprovação pelo poder público. Serão eles elementos da *enforced self-regulation* adotados nas concessões dos portos organizados?

Vejamos. O procedimento para elaboração do PDZ está disposto ao longo da cláusula 8 do contrato de concessão, que prevê que compete à concessionária a elaboração do instrumento e a submissão ao Poder Concedente nos seguintes termos:

8.1. Compete à Autoridade Portuária elaborar proposta de PDZ, apresentar revisões periódicas ao referido documento, a cada 4 (quatro) anos, sendo a primeira na Fase I, prevista na Subcláusula 7.3.1, e submetê-las ao Poder Concedente, observado o Plano Nacional de Logística, o Plano Setorial Portuário e o Plano Mestre da região e as diretrizes do Poder Concedente. (BNDES, 2022a, 8.1).

Cumprido esclarecer que Plano Nacional de Logística, Plano Setorial Portuário e Plano Mestre são instrumentos de planejamento setorial que analisam as projeções de crescimento da demanda e balizam a atuação do

governo e dos entes privados quanto à exploração de infraestruturas portuárias no país.

As diretrizes para elaboração do PDZ estão previstas no Anexo 1 do Contrato de Concessão, das quais destacam-se as seguintes:

II. As revisões ordinárias e extraordinárias do PDZ deverão observar o determinado no Contrato de Concessão e os regramentos específicos emitidos pelo Poder Concedente;

(...)

V. A Concessionária deverá ainda, por meio de relatório do processo de consulta, demonstrar que a proposta de alteração do PDZ encaminhada à análise do Poder Concedente foi apresentada aos Usuários;

VI. As propostas de elaboração, alteração e atualização do PDZ serão submetidas pela Concessionária, previamente ao envio para o Poder Concedente, ao Conselho da Autoridade Portuária, em caráter consultivo, nos termos do art. 36 do Decreto n. 8.033 de 2013, que poderá formalmente apresentar sugestões no prazo de até 20 (vinte) dias. Caso o Conselho da Autoridade Portuária apresente comentários, a Concessionária deverá encaminhá-los ao Poder Concedente juntamente com a sua proposta de alteração do PDZ.

VII. As propostas de elaboração, alteração e atualização do PDZ submetidas pela Concessionária ao Poder Concedente deverão identificar e cumprir todas as leis, regulamentos, e demais normas aplicáveis às atividades da Concessionária;

VIII. O objetivo do PDZ é contribuir para a melhoria contínua das instalações e sistemas da Concessionária, avaliando periodicamente suas condições e planejando sua manutenção e modernização. O PDZ deverá identificar e priorizar os projetos necessários à melhoria da infraestrutura, considerando os níveis de demanda projetados; (BNDES, 2002b, **Anexos do Contrato de Concessão** – Anexo 1)

Nos dispositivos colacionados, é possível averiguar alguns aspectos fundamentais, como a necessidade de publicidade por meio da consulta aos usuários, a opinião qualificada do Conselho de Autoridade Portuária, a observância das normas setoriais e de instrumentos de planejamento, além do próprio objetivo em si do instrumento, qual seja, contribuir para a melhoria contínua das instalações e sistemas, avaliação periódica das condições e planejamento de melhorias e modernização.

Ao longo da caracterização da *enforced self-regulation*, restou claro que Ayres e Braithwaite (1992) apontam que, para um bom funcionamento do mecanismo, há necessidade de um profundo conhecimento setorial por parte

dos reguladores. A aprovação do instrumento de PDZ submetido ao Poder Concedente não é factível com uma simples averiguação de cumprimento requisitos, sendo fundamental uma larga compreensão do funcionamento do setor. Não basta aprovar o PDZ, é preciso que ele de fato contribua para as melhorias, planeje o futuro do porto de acordo com os instrumentos de planejamento, desenvolva a exploração dos Portos de Vitória e Barra do Riacho.

Por sua vez, as diretrizes de elaboração do código de conduta estão previstas no Anexo 9 do Contrato de Concessão, transcritas a seguir:

- a) As negociações deverão se pautar pelos princípios da probidade e da boa-fé;
- b) Sem prejuízo da divulgação periódica de informações sobre as áreas disponíveis, a **Concessionária** deverá compartilhar com interessados informações técnicas e financeiras que lhe forem solicitadas sobre as áreas do Porto Organizado;
- c) Deverá haver a divulgação periódica dos aluguéis pagos pelos **Exploradores de Instalação Portuária** (vigentes e históricos);
- d) O **Código de Conduta** deverá prever o roteiro do processo de negociação com os **Exploradores de Instalação Portuária**;
- e) Deverá ser definido um prazo máximo para o início de negociações com os **Exploradores de Instalação Portuária** de até 2 (dois) anos antes do término dos contratos, bem como um prazo para a conclusão destas negociações de até 1 (um) ano antes do término do contrato.
- f) Em caso de insucesso das negociações iniciais com **Exploradores de Instalação Portuária** que já ocupem áreas no **Porto Organizado**, a controvérsia poderá ser submetida pelas partes à mediação, que será obrigatória à contraparte, devendo o **Código de Conduta** detalhar como o processo de mediação será realizado.
- g) As negociações dos contratos para exploração de Instalações Portuárias deverão ser baseadas em minuta-padrão referencial de contrato de exploração de áreas, que por sua vez deverá ser objeto de publicidade prévia no sítio eletrônico da **Concessionária**.
- h) Os contratos para exploração de Instalação Portuária não poderão conter cláusula de confidencialidade, salvo aquelas cláusulas relacionadas que exponham questões de estratégias empresariais e comerciais das partes ou outras hipóteses de sigilo previstas em lei. (grifos no original) (BNDES, 2002b, **Anexos do Contrato de Concessão** – Anexo 9)

Diferentemente do PDZ, no qual se faz mister a ampla compreensão dos instrumentos de planejamento setorial, para análise e aprovação do

Código de Conduta, permanece a necessidade de entendimento dos impactos que o procedimento pode ter nas negociações para exploração de áreas no porto e das cláusulas contratuais usualmente utilizadas pelo poder público, além de sua adaptação para uma realidade de liberdade negocial. Novamente não se trata de mera análise de cumprimento de requisitos, mas de um profundo conhecimento da matéria.

A proposta apoiada está prevista na cláusula 20 do contrato de concessão. Descrita como um instrumento de flexibilização regulatória, em oposição aos dois instrumentos anteriores, ela não é imposta, mas facultada. Prevista para situações em que a concessionária almeja alterar o teto tarifário, estabelecer novos Parâmetros da Concessão e compromissos relativos à oferta de infraestrutura e/ou serviços portuários ou propor obras para ampliação de capacidade do Porto Organizado, deverá ser apoiada pelos exploradores de áreas do porto e será aprovada ou rejeitada pela agência reguladora – e não pelo poder concedente.

O contrato não apresenta as diretrizes ou impõe um modelo de como a proposta deve ser apresentada, prevê que será objeto de regulamentação posterior da ANTAQ. Porém define que será analisada levando-se em consideração o interesse dos usuários e as boas práticas de tarifação, investimentos e qualidade do serviço. Após aprovada, a proposta apoiada prevalecerá sobre os dispositivos contratuais, naquilo que couber, e poderá vigorar pelo prazo das revisões quinquenais, podendo abranger mais de um período de cinco anos.

Novamente, trata-se de proposição que parte do agente regulado, mas que, após aprovada, passa a ser imposta. Especialmente para este mecanismo, verifica-se a necessidade de amplo conhecimento setorial, visto que não há diretrizes claras pré-definidas e o escopo pode impactar diversos aspectos do contrato, como o equilíbrio econômico-financeiro ou as responsabilidades e obrigações pré-determinadas.

Ao se analisar o rito de elaboração e a imputabilidade dos três instrumentos, inequivocamente encontram-se correlações com a *enforced self-regulation*. Todos são elaborados pelo agente privado e submetidos à aprovação do poder público, que pode analisar, rejeitar, retificar o documento.

Mas, após sua aprovação, passa a valer como regra para a concessionária. Também se identifica que, para o sucesso, existe a necessidade de domínio das matérias envolvidas por parte do regulador, outra característica inerente à *enforced self-regulation* e à teoria da regulação responsiva como um todo. Contudo, seriam esses elementos suficientes para se constatar a adoção da *enforced self-regulation* nas concessões do setor portuário?

Elaboração, submissão e imposição do normativo sob medida para as empresas são aspectos importantes do mecanismo. Porém, a execução do controle e a fiscalização própria também são fundamentais. Ao abordar as características da *enforced self-regulation*, reiteradamente Ayres e Braithwaite (1992) enfatizam a importância do *compliance* interno para um bom funcionamento da aplicação da teoria. Ou seja, além de positivar o regulamento, a empresa deve assegurar seu cumprimento, penalizar em caso de descumprimento e informar o órgão regulador de eventuais condutas em desacordo.

Na cláusula 11.5, o contrato de concessão trata de governança corporativa, estabelecendo que a concessionária tem a responsabilidade de aderir a elevados padrões de Governança Corporativa, o que inclui a observância de práticas de contabilidade regulatória conforme determinado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), e de manter suas contabilidades e demonstrações financeiras alinhadas aos padrões exigidos para empresas de capital aberto, publicando-as conforme a legislação vigente e mantendo registros contábeis precisos em conformidade com a Lei n. 6.404/1976 e as normas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), bem como quaisquer outras instruções suplementares da ANTAQ. Além disso, é obrigatório que a concessionária disponibilize suas demonstrações financeiras em sua página na internet (BNDES, 2022a).

A cláusula sobre governança corporativa também determina que a concessionária deverá anunciar claramente quaisquer transações realizadas com entidades pertencentes ao mesmo grupo econômico em que está inserida, garantindo que informações suficientes sejam fornecidas nas notas explicativas das demonstrações financeiras para identificar as partes envolvidas e os principais termos das transações. Tais contratações devem

também ser resumidamente relatadas em uma seção dedicada no relatório administrativo anual.

Ademais, é dever da concessionária incorporar as melhores práticas de integridade e anticorrupção estabelecidas pela Lei n. 12.846/2014, as quais devem ser implementadas de acordo com as especificações dos arts. 41 e 42 do Decreto n. 8.420/2015, seguindo as diretrizes fornecidas pela Controladoria-Geral da União (CGU).

Por fim, estabelece os limites percentuais de participação de acionistas que porventura também sejam (i) exploradores de instalação portuária, (ii) detentores de contrato de adesão, localizados no complexo portuário do Espírito Santo, que utilizem o canal de navegação do Porto Organizado ou que movimentem, majoritariamente, cargas relevantes para o Porto Organizado, ou que sejam (iii) integrantes do Grupo Econômico de qualquer um deles.

O contrato não prevê o estabelecimento de uma equipe de *compliance* ou programa de conformidade interno responsável pela fiscalização da execução do contrato de concessão e suas atividades inerentes. Pelo contrário, a competência fiscalizatória permanece com a agência reguladora. Veja-se:

22.1. A fiscalização da Concessão e da Concessionária será efetuada pela ANTAQ, nos limites das suas competências.

(...)

22.4. A ANTAQ exercerá fiscalização sobre as Atividades e os Investimentos Obrigatórios objeto do Contrato de Concessão, determinando a execução de atos ou a suspensão daqueles que estejam sendo realizados em desconformidade com os termos do Anexo 1, com o previsto no Contrato de Concessão ou com a legislação e as normas da ANTAQ. (BNDES, 2022a).

Especialmente, no Anexo 1, que determina as diretrizes para elaboração do PDZ, fica estabelecido que:

IX. A ANTAQ utilizará o PDZ para fins de monitoramento da Concessão. A ausência de qualquer manifestação da ANTAQ não significará a anuência em relação ao planejamento assumido pela Concessionária;

X. Caso o planejamento da Concessionária implique no descumprimento de qualquer obrigação contratual, a Concessionária estará sujeita às penalidades previstas no Contrato e deverá implementar as medidas necessárias para o atendimento do nível de serviço estabelecido e da manutenção do balanceamento da capacidade das infraestruturas portuárias, sem direito a qualquer reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato; (BNDES, 2002b, **Anexos do Contrato de Concessão** – Anexo 1)

Ao longo do primeiro capítulo, foi evidenciado que a *enforced self-regulation* só é possível com um *compliance* forte e independente, e também que essa independência é assegurada por meio das agências reguladoras, que precisam realizar auditorias e punir eventual omissão de violações que não forem corrigidas e informadas. O papel do Estado passa a ser de fortalecer a fiscalização interna e intervir em casos de descumprimentos. Contudo, não é o que se observa no contrato.

Ainda quanto à penalização nos casos de descumprimento, também não se observa um escalonamento da pirâmide de persuasão, mas uma aplicação direta de penalidades. Veja-se:

23.1. O não cumprimento das Cláusulas deste Contrato de Concessão, de seus Anexos, do Edital e das normas e regulamentos vigentes ensejará a aplicação das penalidades previstas neste Contrato, sem prejuízo de outras penalidades previstas nos demais dispositivos legais e regulamentares da ANTAQ.

23.2. Pelo descumprimento ou atraso no cumprimento deste Contrato, a ANTAQ ou o Poder Concedente, observadas as respectivas competências, poderão, garantida prévia defesa, aplicar, isolada ou cumulativamente, à Concessionária as seguintes sanções:

23.2.1. Advertência;

23.2.2. Multa;

23.2.3. Suspensão do direito de participar de licitações e de contratar com a Administração Pública Federal;

23.2.4. Caducidade;

23.2.5. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública Federal, enquanto perdurarem os motivos determinantes da sanção ou até que seja promovida a sua reabilitação, mediante o ressarcimento pelos prejuízos resultantes e transcurso do prazo da sanção aplicada com base na subcláusula 23.2.3. (BNDES, 2002a)

Nesse sentido, ao se analisar a fiscalização do setor portuário como um todo, identifica-se que a as Resoluções ANTAQ n. 75, de 02 de junho de

2022, e n. 3259, de 30 de janeiro de 2014, que, respectivamente, tratam da fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelecem infrações administrativas e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ, também possuem características de regulação de comando e controle.

Há, contudo, um indício de responsividade na Resolução n. 92 - ANTAQ, de 15 de dezembro de 2022, que dispõe sobre a celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), como medida alternativa à sanção administrativa. O art. 2º da Resolução n. 92 - ANTAQ estabelece os seguintes objetivos para o TAC:

I - adequar, reparar ou compensar conduta considerada irregular às disposições legais, regulamentares e contratuais;
II - sanar e cessar os efeitos da infração imputada; e
III - aprimorar a adequada execução da atividade regulada.

§ 1º A celebração de TAC está inserida no âmbito discricionário da administração autárquica, sendo considerada medida corretiva, podendo igualmente ser utilizada alternativamente à adoção de medida administrativa cautelar, para mitigar graves riscos à segurança, ao meio ambiente, à saúde pública ou à sociedade, em matéria de competência da ANTAQ.

§ 2º O TAC é o ato negocial a ser oportunizado ao interessado no âmbito de respectivo processo administrativo, respeitados os prazos e procedimentos definidos nesta Resolução.

§ 3º A assinatura do TAC não importa confissão da compromissária quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração. (ANTAQ, 2022b, p. 1)

Ou seja, trata-se de um mecanismo que possibilita a resolução de uma irregularidade de forma negocial, sem a aplicação direta de sanção. Contudo, novamente, não se observa uma aplicação integral da teoria, mas somente um aspecto – a possibilidade de se resolver uma conduta sem uma aplicação imediata de sanção.

Frisa-se que, ainda que a *enforced self-regulation* esteja inserida no âmbito da teoria da regulação responsiva e na pirâmide de estratégias de persuasão, mantendo-se com o Estado o nível acima da pirâmide de comando e controle, é preciso que, quando a estratégia não atingir as respostas desejadas por parte dos regulados, o agente escale a pirâmide regulatória para uma resposta mais dura quanto às suas ações. Assim, no caso de uma

aplicação sem sucesso da *enforced self-regulation*, o agente perde essa autonomia regulatória. No presente caso analisado, apesar de o agente deter a responsabilidade de elaboração de determinados regulamentos, ele não dispõe de autonomia regulatória.

Outrossim, sem a previsão de que o *compliance* interno será responsável pela fiscalização da execução do contrato, ou mesmo dos instrumentos analisados no presente capítulo, não é possível afirmar que há utilização da *enforced self-regulation* no projeto de desestatização dos portos públicos brasileiros, apenas se verifica a aplicação de alguns elementos.

A delegação da competência fiscalizatória, de forma supervisionada, poderia ser benéfica ao setor. Rememora-se que, por trás da aplicação da teoria, existe a lógica de melhor alocação de custos regulatórios, que desonera o Estado ao mesmo tempo que proporciona uma melhor especialização do seu pessoal e permite que as empresas continuem realizando suas atividades econômicas relevantes para a sociedade como um todo.

Conforme inicialmente abordado, em virtude de sua importância econômica, o setor portuário possui uma necessidade inerente de buscar eficiência como forma de garantir a competitividade no mercado global, demandando constante aprimoramento, seja na parte física e operacional de infraestrutura, seja na análise, revisão e melhoria do normativo que regulamenta a atividade portuária, portanto uma aplicação mais contundente da *enforced self-regulation* poderia ser benéfica ao setor.

Entretanto, a aplicação da teoria em sua integralidade pode ser dificultada diante da pluralidade de reguladores e agentes atuantes. Como abordado no segundo capítulo, há uma distribuição de competências entre Ministério dos Portos e Aeroportos, ANTAQ, as próprias autoridades portuárias e outros entes que atuam no porto organizado, cujos interesses nem sempre convergem. Os próprios instrumentos analisados no presente capítulo sequer são aprovados pelo mesmo ente.

Assim, a exemplo da experiência da British Railways, em que mesmo existindo uma grande disposição em cumprir as normas, ocorreram sérias dificuldades em gerenciar a adoção da regulamentação em uma empresa

grande e diversificada, no setor portuário há uma dificuldade inerente à adoção da *enforced self-regulation* diante da multiplicidade de atores potencialmente envolvidos no processo.

Ademais, como também analisado no segundo capítulo, o setor está em constante mudança quanto à presença e inserção da iniciativa privada na atividade portuária. Compreende-se que, apesar dos benefícios que a *enforced self-regulation* poderia proporcionar às concessões portuárias brasileiras, ainda falta organização clara da distribuição de competências e maturidade regulatória para sua adoção, sendo que a plena fruição de benefícios desse mecanismo regulatório depende da implementação dos demais aspectos de um modelo regulatório responsivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O setor portuário é vital para o desenvolvimento socioeconômico e essencial ao comércio exterior brasileiro, impactando diretamente nas importações e exportações, e suas consequências macroeconômicas. As infraestruturas portuárias são vitais para a distribuição de mercadorias, conectando produtores a mercados e atendendo demandas econômicas, sociais e corporativas. Devido à sua relevância, é crucial buscar eficiência no setor para manter a competitividade global, o que implica melhorias contínuas na infraestrutura física e operacional, assim como regulatórias. Entretanto, trata-se de um setor com alta complexidade regulatória, cuja atividade concentra interesses muitas vezes conflitantes e possui uma pluralidade de atores envolvidos nos diversos níveis decisórios.

No ano de 2022, o governo brasileiro inaugurou novo modelo de exploração portuária, que envolveu a privatização da autoridade portuária (CODESA), até então exclusivamente pública, cumulado com a concessão dos portos organizados de Vitória e Barra do Riacho, compreendendo-se como um momento ideal para uma reflexão quanto ao modelo regulatório aplicável ao setor.

Dentre as teorias da regulação, identificaram-se na teoria da regulação responsiva de Braithwaite desenhos regulatórios flexíveis e adaptáveis, capazes de estabelecer mecanismos de punição e persuasão através do conhecimento profundo da estrutura do mercado regulado, suas normas internas e motivação dos atores. Por sua vez, a forma regulatória da *enforced self-regulation* possibilita uma liberdade aos agentes para propor determinadas normas, obrigando-se a fiscalizá-las internamente por meio de regras de *compliance* e sendo severamente punidos em caso de descumprimento.

Desse modo, o presente trabalho teve por objetivo questionar quais aspectos da *enforced self-regulation* podem ser verificados ou adotados na regulação das concessões de portos organizados brasileiros, além de buscar identificar elementos que possibilitam a adoção da *enforced self-regulation* nas concessões dos portos organizados; elementos identificados elementos da teoria que poderiam contribuir; e motivos que justificam a inviabilidade da adoção integral da teoria da regulação responsiva ao setor analisado.

Para balizar a pesquisa, abordaram-se os elementos caracterizadores da *enforced self-regulation*, firmando-se os pressupostos teóricos e elementos essenciais da teoria. Também se realizou uma breve explanação de que forma a *enforced self-regulation* se localiza na teoria da regulação responsiva, quais os principais atributos, quais as principais críticas ao modelo.

Na sequência, foram identificados os principais entes que participam da regulação do setor, considerando-se as competências atribuídas a cada um desses atores, em especial os portos organizados, o papel da autoridade portuária e como são definidos e cobrados os serviços prestados que serão objeto de concessão.

Por fim, realizou-se a análise da estrutura regulatória de concessão dos portos organizados, buscando-se identificar elementos típicos para a adoção da *enforced self-regulation*. Os mecanismos regulatórios utilizados no contrato de concessão – como PDZ, Código de Conduta e proposta apoiada – foram comparados com os pressupostos da teoria *enforced self-regulation*.

Ao se analisar o rito de elaboração e a imputabilidade dos três instrumentos, foi possível identificar correlações com a *enforced self-regulation*. Aferiu-se que são mecanismos elaborados pelo agente privado e submetidos à aprovação do poder público, que pode analisar, rejeitar, retificar o documento. Após sua aprovação, passam a valer como regra para a concessionária. Também se identificou que, para o seu sucesso, tanto na análise como na aplicação, há necessidade de conhecimento profundo das matérias envolvidas por parte do regulador, característica inerente à *enforced self-regulation* e à teoria da regulação responsiva.

Entretanto, verificou-se que o contrato não prevê o estabelecimento de uma equipe de *compliance* ou programa de conformidade interno responsável pela fiscalização da execução do contrato de concessão e suas atividades inerentes. Pelo contrário, a competência fiscalizadora permanece com a agência reguladora.

Ocorre que, conforme observado ao longo da caracterização da *enforced self-regulation* e de suas utilizações recentes, a adoção da teoria só se dá com um *compliance* forte e independente, e essa independência deve ser assegurada por meio das agências reguladoras, que precisam realizar auditorias e punir eventual omissão de violações que não forem corrigidas e

informadas pelo *compliance* interno. O papel do Estado deve ser de fortalecer a fiscalização interna, supervisionar e intervir em casos de descumprimentos.

Assim, mesmo com a elaboração individualizada dos instrumentos, a necessidade de profundo conhecimento da matéria e a obrigação de observância dos instrumentos após a aprovação do poder público, sem a previsão de que o *compliance* interno será responsável pela fiscalização da execução do contrato, não se identificou utilização da *enforced self-regulation* no projeto de desestatização dos portos públicos brasileiros, mas apenas a aplicação de alguns elementos.

Conclui-se ainda que a delegação da competência fiscalizatória para o *compliance* interno, de forma supervisionada, poderia ser benéfica ao setor, já que poderia melhorar a alocação de custos regulatórios, desonerar o Estado, proporcionar especialização do pessoal e permitir que as empresas continuem realizando suas atividades econômicas relevantes para a sociedade como um todo.

Porém, rememora-se que se trata de um setor com pluralidade de reguladores e agentes atuantes, distribuição de competências entre Ministério dos Portos e Aeroportos, ANTAQ, as próprias autoridades portuárias e outros entes atuantes no porto organizado, cujos interesses nem sempre convergem, o que poderia acarretar dificuldades na ampla adoção da teoria.

Por fim, compreende-se que, a despeito dos benefícios que a *enforced self-regulation* poderia proporcionar às concessões portuárias brasileira, o setor está em constante mudança quanto à presença e inserção da iniciativa privada na atividade portuária, falta organização clara da distribuição de competências e maturidade regulatória para sua adoção integral, cuja fruição somente é possível diante da implementação dos demais aspectos de um modelo regulatório responsivo.

Contudo, para o futuro, quiçá próximo, acredita-se que esse posicionamento pode ser revistado, uma vez que se avizinham iniciativas no sentido da flexibilização da fiscalização, seja por meio da adoção de termos de compromisso de ajustamento de condutas ou de avanços quanto à adoção manuais de fiscalização conjunta entre ANTAQ e autoridades portuárias

REFERÊNCIAS

ANAC – AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Conheça o projeto regulação responsiva**. 11 de abril de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/regulacao-responsiva/conheca-o-projeto-regulacao-responsiva>. Acesso em: 19 nov. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2014. **Resolução n. 3259 - ANTAQ, de 30 de janeiro de 2014** (alterada pela Resolução normativa n. 6-ANTAQ, de 17 de maio de 2016). Aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/portaltv3/pdfSistema/Publicacao/0000008678.pdf>. Acesso em: 2 dez. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2020. **Audiência Pública n. 19/2020**. Disponível em: <http://web.antaq.gov.br/Sistemas/LeilaoInternetV2/PaginaPrincipal.aspx>. Acesso em: 9 dez. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2021. **Resolução n. 61 - ANTAQ, de 11 de novembro de 2021** (alterada pela Resolução n. 83-ANTAQ, de 27 de julho de 2022). Estabelece a estrutura tarifária padronizada das administrações portuárias e os procedimentos para reajuste e revisão de tarifas. Disponível em: <https://sophia.antaq.gov.br/terminal/acervo/detalhe/29789?guid=4a2d9048e51dc4a50f5f&returnUrl=%2Fterminal%2Fresultado%2Flistarlegislacao%3Fguid%3D4a2d9048e51dc4a50f5f%26quantidadePaginas%3D1%26codigoRegistro%3D29789%2329789&i=1>. Acesso em: 3 dez. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2022. **Deliberação n. 5, de 14 de janeiro de 2022**. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=17/01/2022&jornal=515&pagina=47>. Acesso em: 9 dez. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2022a. **Resolução n. 75 - ANTAQ, de 02 de junho de 2022** (alterada pela Resolução n. 104-ANTAQ, de 23 de junho de 2023 e Resolução n. 109-ANTAQ, de 17 de novembro de 2023). Dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas. Disponível em: <https://sophia.antaq.gov.br/terminal/Acervo/Detalhe/31169?a=1&guid=1707250389802>. Acesso em: 2 dez. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2022b. **Resolução n. 92 - ANTAQ, de 15 de dezembro de 2022** (alterada pela Resolução n. 105/2023-ANTAQ, de 11 de julho de 2023). Estabelece os critérios e procedimentos para celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta no âmbito da Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Disponível em: <https://juris.antaq.gov.br/index.php/2022/12/16/92-2022/>. Acesso em: 20 dez. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2023. **Resolução n. 94 - ANTAQ, de 20 de fevereiro de 2023**. Institui a Comissão Permanente de Licitação de Concessões e Arrendamentos Portuários – CPLA, dispõe sobre o rito administrativo dos processos de concessão de Porto Organizado e arrendamento portuário na ANTAQ e altera a Resolução 3.585-ANTAQ, de 18 de agosto de 2014. Disponível em: <https://sophia.antaq.gov.br/Terminal/acervo/detalhe/32926?guid=1706754720456&returnUrl=%2fTerminal%2fresultado%2flistarlegislacao%3fguid%3d1706754720456%26quantidadePaginas%3d1%26codigoRegistro%3d32926%2332926&i=1>. Acesso em: 2 dez. 2023.

ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2024. **Estatístico aquaviário**. Disponível em: <https://web3.antaq.gov.br/ea/sense/index.html#pt>. . Acesso em: 2 dez. 2023.

ARAGÃO, A. S. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. London: Laccademia Publishing, 2019.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, Jonh. **Responsive regulation: transcending the deregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

BANCO MUNDIAL. **Port reform toolkit**. Module 3 – Alternative port management structures and ownership models. 2. ed. Washington: The World Bank, 2007.

BNDES – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. 2022. **Desestatização da Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA)**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-encerrados/desestatizacao-da-companhia-docas-do-espírito-santo-codesa>. Acesso em: 9 dez. 2023.

BNDES – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. 2022a. **Minuta do Contrato de concessão**. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/wps/wcm/connect/site/43bbe686-f2d6-419c-9964-f86ca3c74120/Anexo+11_+00_Contrato+de+Concessao+21012022.pdf?MOD=AJPERES&CVID=nVYF6GM. Acesso em: 9 dez. 2023.

BNDES – BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO. 2022b. **Anexos do Contrato de Concessão**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/processos-em-andamento/leilao-01-2022-ppi-pnd>. Acesso em: 9 dez. 2023.

BRAITHWAITE, J. Responsive regulation and developing economies. **World Development**, v. 34, n.5, p. 884-898, 2006.

BRASIL. **Decreto n. 1.746, de 13 de outubro de 1869.** Autorisa o Governo a contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dócas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL1746-1869.htm Acesso em: 16 jan. 2024.

BRASIL. **Decreto n. 1.746, de 13 de outubro de 1869.** Autorisa o Governo a contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dócas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL1746-1869.htm Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 1.990, de 29 de agosto de 1996.** Dispõe sobre a inclusão, no Programa Nacional de Desestatização – PND, de oito empresas controladas pela União, responsáveis pela administração de portos marítimos e fluviais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1990impressao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 11.354, de 1º de janeiro de 2023.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério de Portos e Aeroportos e remaneja cargos em comissão e funções de confiança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2023/decreto/D11354.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 24.447 de 22 de junho de 1934.** Define, nos portos organizados, as atribuições conferidas a diferentes Ministérios, pelo art. 1º do decreto n. 20.829, de 21 de dezembro de 1931, retificado pelo decreto número 20.981, de 20 de janeiro de 1932, e dá outras providencias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24447impressao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 24.599 de 3 de julho de 1934.** Autoriza a concessão de obras e melhoramentos dos portos nacionais, seu aparelhamento e a exploração do respectivo tráfego. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24599impressao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 4.122 de 13 de fevereiro de 2002.** Aprova o regulamento e o quadro demonstrativo dos cargos comissionados e dos cargos comissionados técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=4122&ano=2002&ato=001AzY61UNNpWta0c>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 6.413 de 25 de março de 2008**. Dispõe sobre a exclusão, do programa nacional de desestatização – PND, de empresas controladas pela união, responsáveis pela administração de portos marítimos e fluviais, e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=6413&ano=2008&ato=4f5QTQ610dVpWta19>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 8.033, de 27 de junho de 2013**. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/d8033.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 9.852, de 25 de junho de 2019**. Dispõe sobre a qualificação de empreendimentos, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República e inclui empreendimentos no Programa Nacional de Desestatização. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/d9852.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%209.852%2C%20DE%2025,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 99.475 de 24 de agosto de 1990**. Dispõe sobre a descentralização da administração dos portos, hidrovias e eclusas que menciona e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DEC&numero=99475&ano=1990&ato=4a3g3aU9keFpWta83>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Lei 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10233.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013**. Lei dos Portos. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12815.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016.** Lei das Estatais. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em: 5 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 13.334, de 13 de setembro de 2016.** Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13334.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.334%2C%20DE%2013%20DE%20SETEMBRO%20DE%202016.&text=Cria%20o%20Programa%20de%20Parcerias,2003%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.047, de 24 de agosto de 2020.** Dispõe sobre medidas temporárias para enfrentamento da pandemia da Covid-19 no âmbito do setor portuário, sobre a cessão de pátios da administração pública e sobre o custeio das despesas com serviços de estacionamento para a permanência de aeronaves de empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros em pátios da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); e altera as Leis 9.719, de 27 de novembro de 1998, 7.783, de 28 de junho de 1989, 12.815, de 5 de junho de 2013, 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e 10.233, de 5 de junho de 2001. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14047.htm. Acesso em: 20 nov. 2023

BRASIL. **Lei n. 6.222, de 10 de julho de 1975.** Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa de Portos do Brasil S.A. PORTOBRÁS, dispõe sobre a extinção do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis - DNPVN e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6222impresao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.029, de 12 de abril de 1990.** Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8029cons.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031impresao.htm. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.630 de 25 de fevereiro de 1993.** Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8630&ano=1993&ato=404ITTU5ENFpWT7de>. Acesso em: 9 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996**. Autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9277.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei n. 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9491.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.491%20C%20DE%209%20DE%20SETEMBRO%20DE%201997.&text=Altera%20procedimentos%20relativos%20ao%20Programa,Art. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. **Portaria n. 574, de 26 de dezembro de 2018**. Disciplina a descentralização de competências relacionadas à exploração indireta das instalações portuárias dos portos organizados às respectivas administrações portuárias, e cria o Índice de Gestão da Autoridade Portuária - IGAP. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/56970431/do1-2018-12-27-portaria-n-574-de-26-de-dezembro-de-2018-56970013. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRITO, P. **Muito a navegar**: uma análise logística dos portos brasileiros. Rio de Janeiro: Topbooks, 2010.

CASTRO JÚNIOR, O. A.; RODRIGUES, M. **DIREITO PORTUÁRIO: Modicidade, previsibilidade e defesa da concorrência**. Florianópolis: Conceito, 2019.

COASE, R. **HThe nature of the firm**. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1993.

CODESA – COMPANHIA DOCAS DO ESPÍRITO SANTO. s.d. **Código de conduta para negociação com interessados na exploração direta de áreas dos portos organizados de Vitória e Barra do Riacho**. Disponível em: https://vports.com.br/wp-content/uploads/2023/07/codigodeconduta_121222-2.pdf. Acesso em: 9 dez. 2023.

CPPI – CONSELHO DO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS. 2021. **Resolução CPPI n. 188/2021**. Aprovar, em caráter ad referendum, a modelagem e condições de desestatização da Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA e dos Portos Organizados de Vitória e Barra do Riacho no Estado do Espírito Santo. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cppi-n-188-de-7-de-junho-de-2021-324770688>. Acesso em: 9 dez. 2023.

CPPI – CONSELHO DO PROGRAMA DE PARCERIAS DE INVESTIMENTOS. 2021a. **Resolução CPPI n. 207/2021**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cppi-n-207-de-16-de-dezembro-de-2021-370301711>.

FORBES MONEY. **Fundo da Quadra Capital vence leilão da Codesa com oferta de R\$106 mi.** 30 de março de 2022. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-money/2022/03/fundo-da-quadra-capital-vence-leilao-da-codesa-com-oferta-de-r106-mi/>. Acesso em: 9 dez. 2023.

FRAGOSO JUNIOR, L. A. **Governança portuária: experiência internacional e evolução do modelo brasileiro.** 2023. (Especialização em controle da desestatização e da regulação Instituto Serzedello Corrêa) – Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília, 2023.

FREZZA, C. S. **A nova Lei dos Portos e os modelos de concessões e de agências reguladoras: mecanismos para a garantia do interesse público.** Brasília: Departamento de Engenharia Civil e Ambiental, Universidade de Brasília, 2016.

GALLARDO, A. P. **Avaliação da viabilidade financeira de um novo porto de contêineres, à luz das diretrizes do Decreto 6.620.** 2011. Dissertação (Mestrado em Engenharia Naval e Oceânica) – São Paulo, Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, 2011.

HEEREN, M. L. Mudança de competências e novas formas de exploração portuária. *In*: L. C. RIBEIRO, B. FEIGELSON; R. V. FREITAS. **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos – aeroportos – ferrovias – rodovias.** Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 137-156.

HUTTER, B. M. Is enforced self-regulation a form of risktaking? The case of railway health and safety. **International Journal of the Sociology of Law**, n. 29, p. 379-400, 2001.

LISTOKIN-SMITH, S. Meta-regulation of OTC derivatives contracts post reform. **Journal of Financial Regulation and Compliance**, v. 21, n. 2, p. 188-200, 2013.

LUHMANN, N. **Sociedade y sistema: la ambición de la teoría.** Barcelona: Paídos, 1990.

MENDES, P. D. Responsive regulation, enforced self-regulation, and corporate liability. **Criminal Law Forum**, n. 33, p. 285–321, 7 set. 2022.

MONTEIRO, S. J. Regulação portuária e a inaplicabilidade do conceito de serviço público aos contratos de arrendamento. **Revista do TCU**, n. 149, p. 55-82, 22 jun. 2022.

MPOR – MINISTÉRIO DOS PORTOS E AEROPORTOS. 2020. **Sistema Portuário Nacional.** 31 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/portos-e-aeroportos/pt-br/assuntos/transporte-aquaviario/sistema-portuario> Acesso em: 9 dez. 2023. Acesso em: 9 dez. 2023.

MT – MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. 2021. **Convênio de Delegação n. 37/2001**. Disponível em: https://www.portosdoparana.pr.gov.br/sites/portos/arquivos_restritos/files/documento/2021-05/convenio_delegacao_37-2001.pdf. Acesso em: 9 dez. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Competition in ports and port services**. Paris: OECD, 2011.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Relatório de avaliação concorrencial da OCDE: Brasil**. Paris: OECD Publishing, 2022.

PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W. O marco regulatório do setor portuário brasileiro. *In*: C. PEREIRA, & R. W. SCHWIND. **Direito portuário brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 31-63.

PEREZ, M. A.; GOULARD, J. H.; SAVIOLI, A. B. O modelo conhecido como private landlord e a concessão de portos no direito brasileiro. *In*: S. B. TOJAL; J. H. SOUZA. **Direito e infraestrutura: portos e transporte aquaviário – 20 anos da Lei no 10.233/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. v.1. p. 277-307.

PINHEIRO, B. O.; MONTEIRO, S. J. Regulação tarifária e expansão das autorizações: dois avanços lado a lado, da Lei n. 10.233, de 2001. *In*: S. B. TOJAL; J. H. SOUZA. **Direito e infraestrutura: portos e transporte Aquaviário – 20 anos da Lei n. 10.233/2001**. Belo Horizonte: Fórum, 2021. v. 1, p. 91-114.

RAMALDES, L. C. Brasil e China: uma análise comparativa no processo de reforma portuária. **Revista Ifes Ciência**, v. 9, n. 1, p. 1-19, 10 mar. 2023.

SAMPSON, H.; BLOOR, M. When Jack gets out of the box: the problems of regulating a global industry. **Sociology**, v. 41, n. 3, p. 397-597, jun. 2007.

SCHOLZE, S. H. **Inovação em tecnologias da informação e comunicação: Lei de Informática e incentivos estatais à luz das novas teorias regulatórias**. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2016.

SNPTA – SECRETARIA NACIONAL DE PORTOS E TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. 2020. **Nota Técnica n. 2/2020/CGMC-SNPTA/DNOP/SNPTA**. Brasília, 12 de novembro de 2020. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoUpload/Audiencia%2070/Ato_Justificatorio.pdf. Acesso em: 9 dez. 2023.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 2020. **Acórdão de Relação 2711/2020**. Plenário. TC 022.534/2019-9. Relatório de Auditoria. Relator: Bruno Dantas. 7 de outubro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2711%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 9 dez. 2023.

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 2021. **Acórdão 2931/2021**. Plenário. TC 029.883/2017-2. Relator: Bruno Dantas. 8 de dezembro de 2021. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/5E/77/96/03/4C5AD7101AE842D7F18818A8/029.883-2017-2-BD%20-%20Desestatizacao_Codesa.pdf. Acesso em: 9 dez. 2023.

TEUBNER, G. After legal instrumentalism? strategic models of post-regulatory law. *In*: G. Teubner. **Dilemmas of law in the Welfare State**. Berlin/New York: Gruyter, 1986. p. 299-325.

VÉRAS, Rafael. A concessão de portos organizados: um instrumento equalizador de assimetrias regulatórias e redutor de custos de transação. **Coluna Direito da Infraestrutura, 3 de março de 2022**. Plataforma Fórum. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/coluna-direito-da-infraestrutura/concessao-de-portos-organizados/>. Acesso em: 9 dez. 2023.