

Falhas de Market Design na modelagem de licitação e cerceamento concorrencial:

Por que boas intenções às vezes não bastam?

O caso da licitação do terminal Tecon 10 do Porto de Santos

Marcos Nobrega¹

“Afirmações extraordinárias requerem evidências extraordinárias”

Carl Sagan²

Resumo:

O estudo analisou a modelagem da licitação do Terminal de Contêineres Tecon Santos 10, conduzida pela ANTAQ, sob a ótica do desenho de mercado. Constatou-se que a adoção do certame faseado e a exclusão prévia de incumbentes comprometeram as duas funções econômicas essenciais da licitação: revelar informações privadas dos agentes e emular a lógica de um mercado competitivo. A partir da investigação, chegou-se a seis conclusões centrais: (i) o faseamento induz riscos de **seleção adversa**, ao impedir a plena revelação de informações; (ii) a exclusão de incumbentes pode levar à vitória de agentes menos eficientes e reduzir o valor da outorga; (iii) haveria alternativas mais proporcionais, como **remédios estruturais pós-leilão**; (iv) a função de **emulação do mercado** foi comprometida pelo desenho adotado; (v) a insegurança jurídica gerou **custos de transação adicionais**, com judicializações e questionamentos institucionais; e (vi) a solução regulatória da ANTAQ produziu **trade-offs severos**, com perda de eficiência, arrecadação e legitimidade. O caso demonstra a importância de harmonizar a competição no leilão e a preservação da concorrência no mercado, sob coordenação com o CADE e observância das melhores práticas de Market Design.

¹ Professor Associado IV da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

² SAGAN, Carl. *O cérebro de Broca: o romance da ciência*. Londres: Hodder and Stoughton, 1979.

Abstract

This paper examines the design of the bidding process for the Tecon Santos 10 Container Terminal, carried out by the Brazilian National Waterway Transport Agency (ANTAQ), through the lens of market design theory. The phased auction model and the ex ante exclusion of incumbent operators undermined the two central economic functions of public procurement: information revelation and the emulation of a competitive market. Six key findings emerged: (i) phasing the auction creates risks of **adverse selection**, by restricting the flow of information; (ii) excluding incumbents may lead to less efficient winners and lower concession fees; (iii) more proportionate solutions, such as **ex post structural remedies**, would have been preferable; (iv) the auction failed to **replicate market pressures**, weakening competition; (v) the regulatory design generated **transaction costs and legal uncertainty**, with litigation and institutional disputes; and (vi) the chosen approach produced **severe trade-offs**, including efficiency losses, reduced revenues, and weakened legitimacy. The case highlights the need to reconcile competition during the auction with long-term market rivalry, through close coordination with the antitrust authority (CADE) and adherence to best practices in market design.

Palavras-chave

Licitação pública; Market Design; Seleção adversa; Emulação do mercado; Concorrência; Concessões portuárias; Eficiência econômica; ANTAQ; Tecon Santos 10; Estruturas de governança

1 - Introdução.

O direito administrativo brasileiro tem passado por profundas transformações nas últimas décadas. A tradição clássica, arraigada em conceitos novecentistas do contrato administrativo teve (e ainda tem) imenso impacto na doutrina e jurisprudência do país. Essa visão tradicional enxerga o direito administrativo em geral, e a licitação e o contrato administrativo, em particular, de maneira canônica, conferindo pouca atenção aos seus aspectos econômicos e aos incentivos gerados.

Nesse ponto, portanto, o contrato clássico (considerado aquele formatado em França no final do século XIX) baseia-se na ideia de completude contratual, simetria de informação entre as partes; ausência de custos de transação; expectativas racionais dos agentes e ausência de custos de transação. Além disso, esse contrato *mainstream* (assim podemos chamá-lo) considera os incentivos entre as partes sempre alinhados e os custos de monitoramento desprezíveis.

Malgrado o sucesso dessa formatação jurídica e epistemológica na doutrina pátria, o contrato nem sempre se comporta da maneira que a teoria prevê. Assim, desde os anos 60, sobretudo na academia norte estadunidense, os pilares básicos desse contrato começaram a serem revistos e elementos de teoria econômica, como teoria da informação; custos de transação; teoria dos contratos incompletos, além de teoria dos jogos e teoria da

complexidade passaram a ser especulados como importantes veredas para o entendimento adequado das funções do contrato e seus efeitos econômicos.

Em paralelo, o tema das licitações também avançou nessas décadas, permitindo que vários prêmios Nobel fossem concedidos a *scholars* que se preocupam em entender as reais funções de uma licitação bem formatada e quais as suas principais características econômicas. Embora no nosso modelo de análise, a jurisprudência e a doutrina pátrias ainda vejam a licitação como um mero procedimento administrativo, burocrático e estático, ele pode ser (e é!) muito mais do que isso.

Assim, passamos a olhar a licitação como um instrumento hábil para revelar informação entre o Governo proponente do certame e os licitantes, bem como ferramenta útil para compreender, ou pelo menos tentar compreender, como determinado mercado funciona e em que circunstâncias.

A disciplina de teoria econômica das licitações e contratos está agora em plena evolução, absorvendo elementos de análises de sistemas dinâmicos não lineares, passando por Inteligência artificial e mecanismos com grande poder computacional para tentar compreender a dinâmica dos agentes e dos contratos em relações duradouras e longevas³. Dessa maneira, abordagem de Agent Based Model estão sendo úteis para a formatação de procedimentos licitatórios mais eficientes e contratos resilientes o suficiente para assegurar uma execução mais linear.

É lamentável, no entanto, que os doutrinadores e decisores ainda prestem pouca atenção nesses argumentos que muito contribuem para o atingimento de mais eficiência nos certames e *in fine* um alcance do interesse público. Dessa maneira, esse novo olhar sobre licitações e contratos passa a ser indispensável para entendermos a dinâmica, os incentivos e os impactos dessa ou daquela formatação de licitações e contratos⁴.

Cabe, no entanto, ressaltar que, apesar de o direito administrativo *mainstream* ainda imperar, o direito regulatório tem avançado bastante nas últimas décadas e o debate aqui exposto tem tido ressonância tanto na instância de defesa concorrencial (CADE) quanto nas agências reguladoras.

O que faremos aqui é olhar um dos mais importantes *cases* nos últimos anos que envolve licitação e contratos e modelagem desses instrumentos. Trata-se da licitação de arrendamento do Terminal de Contêineres nº 10 do Porto de Santos (Tecon 10). Esse caso representa um excelente exemplo de como a (má) compreensão dos elementos e funções da formatação de licitações e contratos podem trazer perdas à eficiência econômica,

³ NOBREGA, Marcos. Um olhar além do óbvio. Ed. Juspodium. 3º edição, Salvador, 2025

⁴ NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Ronny Charles Lopes de; CAMELO, Bradson. *Teoria econômica das licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

espraiando incertezas para a além do certame licitatório, contaminando o contrato resultante e sinalizando para os players de futuras licitações a distorção de incentivos e a instabilidade regulatória. Importante ressaltar que essas distorções nascem menos da má vontade dos reguladores e muito mais do desconhecimento de conceitos básicos de Market Design em licitações e contratos.

Daí que a análise do caso Tecon 10 do Porto de Santos (doravante chamado aqui Tec10) passa a ser relevante. A correção de rumos da licitação e do contrato serão importantes para futuras licitações, preservando o ambiente de negócios e possibilitando um caminho mais seguro para o atingimento do interesse público.

Esse texto é dividido como se segue. Após essa introdução, a Seção 2 apresenta a trajetória do caso da licitação do Tecon 10, desde os primeiros estudos de viabilidade até as decisões finais da ANTAQ e a reação dos diversos atores. A Seção 3 discute o papel do Market Design na formatação de licitações públicas, destacando seus objetivos econômicos centrais. Em seguida, a Seção 4 analisa a licitação como mecanismo de revelação de informação, destacando os riscos de assimetria informacional e seleção adversa. A Seção 5 aprofunda a função da licitação como instrumento de desenho de mercado, examinando falhas e distorções observadas no caso concreto. A Seção 6 explora as melhores práticas de desenho concorrencial, enfatizando a importância da participação ampla e de regras isonômicas. A Seção 7 retoma a função da licitação como mecanismo de emulação do mercado, relacionando teoria econômica e impactos práticos do certame faseado. A Seção 8 descreve detalhadamente o modelo adotado pela ANTAQ e as restrições concorrenciais introduzidas, enquanto a Seção 9 examina a jurisprudência do TCU e o papel do controle externo em relação às cláusulas restritivas de competição. Por fim, a Seção 10 apresenta as conclusões e recomendações, sistematizando os achados do estudo e sugerindo caminhos para aprimorar futuras licitações portuárias no Brasil.

2 - O caso da licitação do terminal Tecon 10 do Porto de Santos.

O processo de arrendamento do terminal portuário denominado Tecon Santos 10 constitui, sem dúvida, um marco na história recente da regulação de infraestrutura no Brasil. O caso ganhou relevância não apenas por seu vulto econômico — trata-se do maior projeto portuário de contêineres do país, com investimentos estimados em mais de R\$ 5,6 bilhões e capacidade projetada de 3,5 milhões de TEUs/ano até 2034 — mas também porque revelou de forma exemplar **as tensões entre regulação, concorrência e governança**. Sua trajetória, iniciada ainda em 2019 com os primeiros estudos de viabilidade, percorreu audiências públicas, análises concorrenciais sofisticadas, disputas institucionais e, por fim, desembocou no Poder Judiciário, tornando-se um laboratório vivo de como decisões regulatórias moldam mercados estratégicos.

A história começa, em 2019, quando a então EPL, hoje infra S.A., elaborou o primeiro Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA) voltado para

a criação de uma nova área de movimentação de contêineres no Porto de Santos. O diagnóstico era claro: o porto caminhava para a saturação de sua capacidade instalada, exigindo investimentos vultosos para garantir a fluidez das operações logísticas. A proposta do STS10, como o projeto era então denominado, vinha exatamente nesse contexto de antecipação da demanda. Desde os primeiros documentos, porém, a questão concorrencial se impunha.

O EVTEA de 2019 reconhecia esses elementos, mas não propunha restrições severas à participação de incumbentes. A única cautela sugerida dizia respeito a consórcios entre MSC e Maersk, cujos riscos deveriam ser avaliados com atenção. Em 2022, a ANTAQ decidiu levar o projeto à Audiência Pública nº 06/2022, na qual foi debatida a minuta de edital. Essa versão mantinha a filosofia de ampla participação, admitindo inclusive os incumbentes, salvo a regra específica que impedia a vitória de um consórcio entre MSC e Maersk se houvesse outra proposta válida. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi instado a se manifestar e reforçou a posição de que não caberia excluir competidores de forma antecipada: eventuais abusos de poder de mercado poderiam e deveriam ser combatidos posteriormente, com instrumentos regulatórios de monitoramento e repressão. Essa linha de raciocínio foi reiterada por um grupo de trabalho interno da própria ANTAQ, que qualificou a exclusão prévia de players como medida “drástica e irreversível”, recomendando que fosse evitada em licitações internacionais dessa relevância sem provas cabais de dano concorrencial iminente. Assim, até 2022, consolidava-se a percepção de que o certame deveria ser aberto, competitivo e inclusivo.

O processo, contudo, sofreu interrupções e foi retomado apenas em 2024, já sob coordenação do Ministério de Portos e Aeroportos. Nessa nova etapa, houve alterações significativas. O layout do projeto foi revisto para incluir a área do Saboó, e o nome do empreendimento passou a ser Tecon Santos 10. Em dezembro de 2024, a Infra S.A. apresentou uma nova nota técnica, ajustando o EVTEA às novas diretrizes do poder concedente. O investimento estimado girava em torno de R\$ 5,6 bilhões, e a capacidade projetada era de 3,5 milhões de TEUs/ano, números que colocavam o projeto como peça-chave do futuro do Porto de Santos.

A expectativa era elevada, e em fevereiro de 2025 a ANTAQ promoveu a Audiência Pública nº 02/2025. A minuta de edital submetida ao debate público não previa qualquer restrição à participação de incumbentes. Foi nesse cenário que os interessados apresentaram suas contribuições, partindo do pressuposto de que a disputa seria aberta a todos. Pouco depois, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda emitiu o Parecer nº 955/2025, advertindo que, caso alterações substanciais fossem introduzidas posteriormente, seria necessária a realização de uma nova audiência pública, em nome da transparência e da legitimidade do processo.

Em paralelo à audiência, a ANTAQ desenvolvia a Nota Técnica nº 51/2025, documento central da história. Nela, foram simulados seis cenários distintos para avaliar

os efeitos concorrenciais da licitação do Tecon Santos 10. Os resultados foram expressos em termos do Índice Herfindahl-Hirschman (HHI), métrica amplamente utilizada em direito da concorrência. O HHI varia de 0 a 10.000 pontos, sendo que mercados acima de 2.500 são considerados altamente concentrados. O estudo da ANTAQ não se limitou a esse cálculo: também examinou riscos de integração vertical, possibilidades de coordenação tácita entre operadores e impactos sobre a rivalidade efetiva.

O primeiro cenário simulava a vitória da BTP, controlada por MSC e Maersk. Nesse caso, o grupo alcançaria aproximadamente 60% da capacidade de movimentação do porto, elevando o HHI a patamares elevados. A própria Nota Técnica advertia que “a hipótese de vitória da BTP elevaria sua participação para cerca de 60% da capacidade instalada, caracterizando alta concentração horizontal e risco de exercício de poder de mercado”. Os riscos incluíam não apenas a concentração horizontal, mas também o fortalecimento da integração vertical: armadores poderiam direcionar cargas preferencialmente para seu terminal, prática conhecida como *foreclosure*, restringindo o acesso de concorrentes.

O segundo cenário, em contraste, foi avaliado como positivo. Ele considerava a vitória da TIL (braço portuário da MSC) ou da APM Terminals (do grupo Maersk), acompanhada da renúncia à participação na BTP. Nesse arranjo, haveria uma redistribuição equilibrada da capacidade entre operadores independentes, com redução de 545 pontos no HHI. A Nota Técnica registrou que “a saída de uma das controladoras da BTP acarretaria redistribuição da capacidade instalada, promovendo maior desconcentração e estímulo à rivalidade”. O cenário equivaleria, na prática, à entrada de um novo player, já que eliminava a sobreposição societária. A SEAE/MF também avaliou essa hipótese como benéfica, comparando-a a soluções estruturais adotadas internacionalmente em casos de concentração excessiva, quando autoridades antitruste exigem a alienação de terminais para preservar a rivalidade.

O terceiro cenário examinava a vitória da Santos Brasil, vinculada à CMA CGM. Assim como no caso da BTP, sua participação saltaria para cerca de 60%, elevando a concentração e reduzindo a rivalidade. A Nota Técnica assinalava que “a consolidação da Santos Brasil em aproximadamente 60% da capacidade importaria em preocupações equivalentes às do cenário de vitória da BTP”. O risco aqui era duplo: de um lado, o poder unilateral de impor condições menos favoráveis aos usuários; de outro, a possibilidade de coordenação tácita entre grandes players verticalizados.

O quarto cenário considerava a vitória da DP World, incumbente já presente em Santos. Nesse caso, sua participação subiria para cerca de 48%. Embora menos grave que os 60% de BTP e Santos Brasil, o número ainda era expressivo e indicava risco de dominância. A Nota Técnica registrava que “a expansão da DP World para 48% da capacidade acarretaria preocupações relevantes, sobretudo pela redução da rivalidade entre os operadores”.

O quinto cenário representava a entrada de um novo entrante não verticalizado, ou seja, um operador portuário sem vínculo com armadores. Esse foi considerado o arranjo mais positivo, pois significava desconcentração efetiva, aumento da rivalidade e diversidade estratégica. A Nota Técnica foi explícita: “a entrada de um operador não verticalizado mitigaria riscos concorrenciais, por não haver alinhamento entre transporte marítimo e operação portuária”. Trata-se do ideal teórico em termos concorrenciais, embora de difícil concretização, dadas as barreiras de capital e expertise.

O sexto cenário, por fim, analisava a entrada de um novo entrante verticalizado, vinculado a um armador ainda ausente em Santos. Também promoveria desconcentração, mas introduziria riscos de alinhamento estratégico, com possibilidade de *foreclosure*. O estudo observava que “embora promova desconcentração, a entrada de um novo operador verticalizado implicaria riscos relacionados ao alinhamento entre navegação e operação portuária”.

Em síntese, a análise indicava três caminhos benéficos: a vitória de um incumbente acompanhada de desinvestimento (cenário 2), a entrada de novo entrante independente (cenário 5) e a entrada de novo entrante verticalizado (cenário 6). Os demais cenários foram classificados como preocupantes, por reforçarem a concentração.

Ainda assim, em abril de 2025, a Gerência de Regulação Portuária da ANTAQ propôs um desenhoinédito: o faseamento do certame em duas etapas. Pela nova regra, os incumbentes ficariam excluídos da primeira fase. Apenas se não houvesse propostas válidas, poderiam participar de uma segunda etapa, desde que assumissem compromisso de desinvestimento.

Essa solução não havia sido debatida na audiência pública e alterava radicalmente a lógica do processo.

A proposta foi aprovada e consolidada na Deliberação-DG nº 38/2025, ratificada pelo Acórdão nº 373/2025. O edital final incorporou diversas restrições. O item 6.3 estabelecia que “a transferência do controle societário e da titularidade do Arrendamento somente poderá ocorrer após a conclusão dos investimentos mínimos previstos na cláusula 7.1.2.5”. O item 6.4 vedava a transferência de participação para operadores já atuantes no Porto de Santos, Guarujá e Cubatão. O item 22.1 previa que o leilão seria realizado em duas etapas, sendo a primeira exclusiva para não-incumbentes. Os itens 27.2.11 e 28.2.2 determinavam que incumbentes vencedores deveriam concluir, em até 180 dias, a alienação de participações já detidas, apresentando comprovação da transferência registrada em junta comercial.

Essas mudanças configuraram uma ruptura em relação ao modelo discutido publicamente. A reação foi imediata.

A APM Terminals, do grupo Maersk, impetrou mandado de segurança na Justiça Federal de São Paulo. Na inicial, sustentou que as alterações supervenientes eram

substanciais e, portanto, só poderiam ter sido implementadas após nova audiência pública, como exigira a própria SEAE/MF. Ressaltou, ainda, que o cenário 2 — reconhecido pela ANTAQ como positivo — havia sido inviabilizado pelo faseamento. O Estado de São Paulo, por sua Secretaria de Parcerias e Investimentos, também se manifestou contrário às restrições, apontando que poderiam esvaziar a competição e comprometer a eficiência logística.

Com isso, o caso Tecon Santos 10 chegou ao Judiciário, cristalizando um dilema central: de um lado, os estudos técnicos apontavam caminhos equilibrados de desconcentração; de outro, a decisão regulatória final adotou uma estratégia de exclusão prévia de incumbentes, alterando profundamente a dinâmica do certame, sem que tal alteração fosse levada ao escrutínio social. O episódio tornou-se, assim, um marco na história da regulação portuária brasileira, revelando como decisões administrativas moldam estruturas de mercado, redefinem trajetórias concorrenciais e, não raro, acabam sob o escrutínio judicial.

3 - Market Design da licitação do Tecon 10 (Tec 10) do Porto de Santos.

Feito o introito contextualizador, vejamos como o Market Design adequado de licitação pode ser um instrumento eficaz para aumentar a competição e eficiência dos certames licitatórios.

A presente análise examina o desenho de mercado adotado na licitação do Terminal de Contêineres Tecon Santos 10 (STS10), no Porto de Santos, sob o prisma jurídico-regulatório. Em especial, avalia-se a decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) de impor restrições prévias à competição no leilão – decisão essa que, argumenta-se, configura uma falha de desenho de mercado e contraria princípios de livre concorrência e eficiência.

A licitação do STS10 – destinado a ser o maior terminal de contêineres da América Latina, adicionando ~3,5 milhões de TEU/ano (50% da capacidade atual de Santos) – havia sido apontada como altamente competitiva, atraindo interesse global⁵. Contudo, mudanças de última hora nas regras do edital, introduzindo cláusulas restritivas de participação, alteraram significativamente o cenário competitivo.

⁵ BRAZIL JOURNAL. Mais custo Brasil: no leilão de Santos, a ANTAQ quer menos competição. *Brazil Journal*, 23 maio 2024. Disponível em: <https://braziljournal.com/mais-custo-brasil-no-leilao-de-santos-a-ANTAQ-quer-menos-competicao/#:~:text=A%20mudan%C3%A7a%20impossibilita%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o,e%20do%20cargas%20do%20Brasil>. Acesso em: 26 ago. 2025.

Em primeiro plano, precisamos observar qual a natureza econômica do certame licitatório e quais os incentivos que sua adequada formatação espraia para o contrato e além.

O direito administrativo *mainstream* conceitua licitação como um procedimento licitatório, ou seja, a concatenação de atos administrativos que culminariam para um determinado fim, no caso, a escolha mais vantajosa para a Administração Pública. Por todos, Celso Antonio Bandeira de Melo entende que licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se, portanto na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir⁶.

Falta assim ao direito administrativo *mainstream* a exata compreensão da natureza econômica das licitações públicas, aspecto que há muito vem sendo discutido na doutrina internacional⁷.

Antes de prosseguirmos, cabe uma nota. O que chamamos por aqui de licitação (ou procedimento licitatório) é considerado objeto de um ramo específico da teoria microeconômica que é a teoria dos leilões⁸. Quando estamos tratando de leilões realizados pelo Governo, podemos denominá-los de *public procurement*. Para fins desse texto, utilizaremos indistintamente o termo licitação ou leilão, o que significa a configuração microeconômica do certame para atingimento do fim público.

Dois **objetivos econômicos centrais das licitações públicas** embasam a discussão:

- (i) **A revelação de informações** (price discovery) – o mecanismo licitatório deve agregar as informações dispersas sobre o valor do ativo, revelando-as por meio de lances; e

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁷ Desde os anos 70 muitos economistas tem sido agraciados com o prêmio Nobel, discutindo temas ligados à modelagem em licitações, como Ronald Coase (1991), Douglas North (1993), John Nash (1994), James Mirless e Willian Vickey (1996), George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz (2001), Thomas Schelling (2005), Roger Myerson (2007), Elinor Ostrom e Oliver Williamson (2009), Alvin Roth (2012), Jean Tirole (2014) e Oliver Hart (2016) e , mais recentemente, Paul Milgrom e Robert Wilson em 2010. Para um detalhe sobre os argumentos desses autores ver:

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson. O que o Prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente? *IRB – Instituto Rui Barbosa*, [s.l.], 2020. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigos/o-que-o-premio-nobel-de-economia-de-2020-tem-a-ensinar-a-hely-lobes-meirelles-o-modelo-de-licitacoes-que-temos-no-brasil-e-eficiente/> . Acesso em: 26 ago. 2025.

⁸ MILGROM, Paul. *Aplicando a teoria dos leilões: do pioneiro do desenho de leilões de espectro*. Tradução de Edite Siegert. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.

- (ii) A **emulação de um mercado competitivo** – o leilão substitui a concorrência direta no mercado (*competition in the market*) por uma **concorrência pelo mercado** (*competition for the market*), de modo a alcançar resultados análogos aos de um mercado competitivo em termos de preço e alocação eficiente.⁹

4 - Licitação como um mecanismo de revelação de informação.

O primeiro ponto seminal é considerar a adequada formatação de uma licitação como um problema de informação, ou melhor, da sua imperfeita distribuição entre o governo e os licitantes e entre os licitantes entre si. Assim, a licitação deve ser compreendida, antes de tudo, como um mecanismo de revelação de informações¹⁰. Sua existência decorre do fato de que há obstáculos relevantes na transmissão de dados entre governantes e agentes privados interessados em contratar com o Estado. Caso a informação circulasse de forma livre, perfeita e gratuita, não haveria necessidade de certame: bastaria ao gestor público escolher diretamente o particular que melhor atendesse aos seus critérios de conveniência e eficiência.

Na prática, entretanto, sempre haverá uma assimetria entre o governo e os licitantes. O procedimento licitatório surge, portanto, como instrumento pelo qual o gestor público busca captar informações relevantes dos potenciais contratados e, somente a partir disso, ordenar as propostas de acordo com os critérios estabelecidos. O núcleo da discussão sobre licitações, portanto, não é outro senão a questão informacional e a busca por atenuar sua imperfeição.

As falhas em procedimentos licitatórios costumam gerar ineficiências e má alocação de recursos. Frequentemente, tais disfunções são atribuídas à má gestão pública ou à corrupção de gestores e empresários mal-intencionados. Embora esses fatores tenham peso considerável, não podem ser vistos como os únicos responsáveis pelas distorções. Em verdade, boa parte das dificuldades decorre da própria essência dos processos competitivos: **os modelos de licitação existentes, em muitos casos, são incapazes de revelar a quantidade de informação necessária para que o procedimento seja plenamente eficiente.**

⁹ KOMINERS, Scott Duke; TEYTELBOYM, Alexander; CRAWFORD, Vincent P. *An invitation to market design*. Oxford Review of Economic Policy, v. 33, n. 4, p. 541-571, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxrep/grx063>. Acesso em: 26 ago. 2025.

¹⁰ NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Ronny Charles Lopes de; CAMELO, Bradson. *Teoria econômica das licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

Daí surge o desafio central para quem projeta modelos licitatórios: desenvolver mecanismos que maximizem a revelação informacional e, por consequência, permitam escolhas mais racionais e vantajosas para a Administração.

Apesar dessa importância, o tema da informação – ou de sua ausência – permanece relativamente negligenciado pelo Direito brasileiro, tanto pela legislação quanto por seus aplicadores. Tribunais de Contas e Poder Judiciário, em grande medida, ainda operam com base em concepções herdadas da dogmática neoclássica do século XIX, como se os contratos fossem completos; os agentes plenamente racionais; as informações perfeitas e os custos de transação inexistentes. Esse “mundo ideal” jamais existiu, mas continua a influenciar a interpretação normativa.

Aliás, essa disfunção entre o direito administrativo *mainstream* e as teorias modernas de teoria econômica de licitações e contrato aparece de forma muito clara na decisão do ANTAQ que determina o faseamento do certame licitatório.

A brusca ruptura com a concorrência entre os players, ao excluir os incumbentes da fase 1 do certame, obstaculiza a licitação com meio de revelação de informação. Sob o falacioso argumento que o faseamento evitaria a concentração de mercado e, portanto, seria benéfico ao interesse público, **quebra-se a cadeia de informação entre o Governo e os potenciais licitantes**. É como se os licitantes excluídos não pudessem revelar qualquer tipo de informação porque a formatação do certame em duas fases impediria o Governo de ouvi-los. Voltaremos a isso mais à frente.

De maneira análoga, as licitações terão maior êxito quanto mais forem capazes de extrair informações relevantes dos licitantes. É sob essa ótica que deve ser analisada a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021). Mas, antes de aprofundar o debate, é necessário compreender o papel da informação no funcionamento dos mercados.

A informação é um bem econômico peculiar. Diferentemente de outros, pode ser retida e, simultaneamente, compartilhada. Produz-se, armazena-se, consome-se, copia-se e transaciona-se informação, mas sempre com características que a tornam distinta de bens materiais tradicionais.

O marco inaugural da chamada Economia da Informação remonta ao artigo seminal de Friedrich Hayek, *The Use of Knowledge in Society* (1945)¹¹. O economista austríaco demonstrou como o sistema de preços funciona como mecanismo de comunicação, permitindo que informações dispersas entre os indivíduos se convertam em sinais de mercado. Para Hayek, o conhecimento nunca está concentrado em um único ponto, mas distribuído de forma fragmentada, incompleta e, por vezes, contraditória.

¹¹ HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

Cada indivíduo detém uma informação singular, cuja utilização, em benefício coletivo, depende da ação colaborativa e da dinâmica de mercado.

Desde então, a teoria da informação tornou-se ferramenta recorrente para a análise de diversos mercados. Não por acaso, vários economistas que se debruçaram sobre o tema foram laureados com o Prêmio Nobel, como George A. Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz, que estabeleceram, na década de 1970, os fundamentos dessa abordagem.

- Akerlof e o problema dos limões.

No célebre artigo *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970)¹², George Akerlof ilustrou o problema da seleção adversa a partir do mercado de carros usados nos Estados Unidos. Seu argumento é simples: quando há assimetria de informação, produtos de baixa qualidade tendem a expulsar os de alta qualidade do mercado.

Akerlof construiu um modelo em que carros podem ser novos ou usados, bons ou ruins. No mundo real, o vendedor detém mais informações sobre o veículo do que o comprador, que passa a desconfiar da qualidade e ajusta sua disposição a pagar para baixo. O resultado é que proprietários de bons carros relutam em vendê-los a preços médios, ao passo que os ruins – os “limões” – dominam o mercado.

Esse mecanismo cria um círculo vicioso: conforme a proporção de carros ruins aumenta, as expectativas dos compradores caem, retraindo ainda mais a oferta de veículos bons. Em última instância, o mercado pode colapsar, inviabilizando transações mutuamente benéficas. Akerlof, com isso, rompeu com o otimismo abstrato dos modelos neoclássicos de equilíbrio geral, demonstrando que a assimetria informacional pode corroer mercados inteiros. Mais que um estudo sobre carros usados, o artigo inaugurou uma forma de pensar a economia a partir de problemas reais de informação.

- Exemplificação do mercado dos limões¹³

A análise de Akerlof pode ser simplificada com um exemplo numérico. Imagine um mercado em que há dois tipos de veículos: carros bons (CB) e carros ruins (CR).

- Um carro bom vale 3.000 para o comprador e 2.500 para o vendedor.
- Um carro ruim vale 2.000 para o comprador e 1.000 para o vendedor.

¹² AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

¹³ Uma análise mais pormenorizada do argumento e dos exemplos pode ser encontrada em :

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 9–32, abr./jun. 2020.

- Dois terços dos veículos são ruins e apenas um terço é bom.

Em um cenário de informação perfeita, as transações ocorreriam sem problemas: carros bons seriam vendidos por 3.000 e carros ruins por 2.000. Porém, em um mercado de informação assimétrica, o comprador não consegue distinguir entre CB e CR. Logo, calcula um valor esperado de 2.333, enquanto o vendedor projeta 1.500. O equilíbrio do mercado acaba fixado em 2.000 – preço suficiente para estimular apenas a venda dos carros ruins.

O resultado é a configuração da seleção adversa: os produtos de pior qualidade permanecem, expulsando os de melhor qualidade. Esse raciocínio, embora formulado para o mercado de carros usados, aplica-se a uma infinidade de setores – do mercado financeiro ao mercado de trabalho.

A contribuição de Akerlof foi decisiva, mas não solitária. Michael Spence analisou os sinais emitidos no mercado de trabalho, como diplomas e qualificações, que funcionam como mecanismos de sinalização. Joseph Stiglitz estudou o papel das seguradoras e dos contratos em contextos de risco, formulando modelos de *screening* para reduzir assimetrias. William Vickrey, por sua vez, demonstrou como o desenho de leilões pode revelar informações privadas dos licitantes, permitindo melhores resultados alocativos – contribuição crucial para a teoria dos certames públicos.

Essas abordagens reforçam a ideia de que a assimetria de informação deve ser tratada como falha de mercado. Em situações ideais, todos os participantes conseguiriam observar as características dos bens de forma livre e simultânea. Mas, no mundo real, sobretudo em serviços e obras públicas, isso é inviável.

Aqui surge um ponto crucial: distinguir entre preço e valor. O preço, em licitações, é apenas um sinal imperfeito; dificilmente reflete o valor real do objeto para cada licitante. O desafio do desenho licitatório está em estruturar incentivos que permitam reduzir a assimetria, aproximando preço e valor.

Kenneth Arrow já havia observado duas formas fundamentais de assimetria: a informação oculta (*seleção adversa*) e as ações não observáveis (*moral hazard*)¹⁴. Ambas estão presentes nas contratações públicas. No primeiro caso, o governo contrata sem conhecer integralmente as informações sobre custos e capacidades do fornecedor. No segundo, o comportamento do contratado, após a celebração do contrato, pode divergir do esperado, seja pela busca de reequilíbrios artificiais, seja por oportunismo.

O maior desafio dos procedimentos licitatórios é encontrar mecanismos capazes de mitigar as assimetrias de informação. Estratégias como exigir garantias, valorizar reputação ou mesmo estabelecer fundos garantidores podem funcionar como

¹⁴ ARROW, Kenneth J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review*, v. 53, n. 5, p. 941-973, Dec. 1963.

instrumentos de sinalização. No entanto, se não forem bem calibrados, podem introduzir novos problemas, como custos de transação excessivos ou incentivos perversos.

Primeira Conclusão: O Faseamento da Licitação como Fonte de Seleção Adversa.

A análise do caso Tecon 10 permite chegar a uma conclusão pioneira e central: **o faseamento da licitação pode induzir problemas de seleção adversa**. Em vez de reforçar a eficiência do processo competitivo, a segmentação por etapas reduz a **capacidade do Estado de realizar uma adequada escuta de mercado**, distorce o mecanismo de revelação de informações e amplia a assimetria informacional entre Administração e particulares.

Na prática, quando a competição é artificialmente fatiada, o risco que emerge é o de que uma empresa vença a primeira fase do certame sem ser, necessariamente, a mais qualificada ou eficiente para executar o objeto contratual. Essa lógica reproduz a conhecida armadilha da seleção adversa (Akerlof, 1970): ao restringir o conjunto de competidores plenos, a Administração pode acabar selecionando um “tipo” inferior (*second best*), não porque este seja o mais vantajoso, mas porque foi o mais apto a se enquadrar nas regras limitadoras impostas pelo desenho licitatório. São circunstâncias que não podem ser desconsideradas, durante a realização de procedimentos licitatórios, máxime em ambiências salientes de assimetrias de informações.

Explica-se. A assimetria de informações tem lugar, primeiramente, na medida em que as partes costumam ter maiores informações a propósito dos próprios negócios (no que toca ao volume de demanda, custos fixos e variáveis, informações que podem colaborar para a elaboração de um fluxo da caixa para firma). Por isso, o poder concedente não consegue prever, com segurança, como a contraparte se portará, durante a celebração e a execução dos negócios jurídicos. Ainda que a contraparte revele determinadas informações (no âmbito do procedimento de barganha, por exemplo), isso não importa que todas essas informações serão absorvidas e compreendidas.

Quando analisada sob a perspectiva do procedimento licitatório, a assimetria de informações poderá resultar na formulação de lances irracionais e insustentáveis do ponto de vista regulatório e econômico, os quais, se aceitos pelo contratante, gerará o fenômeno conhecido como maldição do vencedor (*winner's curse*). Em síntese, a maldição do vencedor pode ser caracterizada pela tendência de o licitante vencedor superestimar o valor do ativo leilado, em razão da incerteza e da assimetria de informações entre os participantes do certame. Nesse quadrante, a maldição do vencedor poderá gerar as seguintes externalidades negativas: (i) o lance vencedor do certame pode superar o valor

real do ativo; (ii) o ativo pode apresentar um valor inferior ao previsto pelo licitante; e (iii) a superestimação do lance poderá comprometer a viabilidade do objeto licitado¹⁵.

Aqui reside precisamente um dos equívocos cometidos pela ANTAQ ao promover a divisão da licitação em fases: restringir o mecanismo de revelação de informação promovido por uma licitação acaba por comprometer a concorrência, e não a aumentar.

Esse resultado não é trivial. A licitação, em sua função econômica, deve servir como mecanismo de revelação de informação¹⁶. O que se observou, no entanto, foi o oposto: ao invés de ampliar o fluxo informacional e permitir que o mercado fale em sua integralidade, o faseamento introduziu **zonas de bloqueio informacional** e restringiu a concorrência potencial. O processo deixou de ser um ambiente de descoberta competitiva para se tornar um filtro burocrático, incapaz de capturar os sinais mais relevantes sobre capacidade técnica, eficiência e inovação.

Primeira Conclusão: O faseamento não apenas enfraquece o papel da licitação como mecanismo de revelação de informação, mas também cria terreno fértil para a seleção adversa, comprometendo a eficiência econômica do certame e, por consequência, maculando o interesse público.

Essa é a primeira grande contribuição deste estudo: demonstrar, de forma pioneira, que o desenho faseado da licitação não é neutro, mas sim um fator de risco institucional que pode conduzir a resultados alocativos inferiores.

5 - Licitação e desenho de mercado (Market Design).

Leilões bem desenhados cumprem duas funções econômicas primordiais. Primeiro, servem como **mecanismos de revelação de informações dispersas**: ao competirem, os licitantes sinalizam suas avaliações privadas sobre o valor do ativo, e o **preço resultante agrega o conhecimento disperso de mercado** em um sinal público.

¹⁵ BAZERMAN, Max H.; SAMUELSON, William F. I won the auction but don't want the prize. *Journal of Conflict Resolution*, 27(4), 618-634, 1983. Smith, James L., "Non-Aggressive Bidding Behavior and the 'Winner's Curse,'" *Economic Inquiry*, 19, July, 1981: 380-388.

¹⁶ TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

MILGROM, Paul. *Aplicando a teoria dos leilões: do pioneiro do desenho de leilões de espectro*. Tradução de Edite Siebert. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.

Essa propriedade foi destacada por autores como Hayek (1945) e aparece na literatura moderna de desenho de mercado¹⁷. Assim, soluções eficazes de desenho de mercado tendem a **“agregar informações”** dispersas dos agentes, gerando sinais de preço semelhantes aos de um mercado competitivo. Em outras palavras, a licitação *descobre* o valor subjacente do ativo ao extrair as informações privadas dos participantes por meio dos lances.

No caso específico da licitação Tecon 10 do porto de Santos, trata-se de um leilão de primeiro preço selado, tendo como fator decisivo para a definição do vencedor o preço da outorga.

Em segundo lugar, leilões **emulam a pressão de um mercado competitivo**, ao **promover concorrência explícita pelo ativo**. Diferentemente de uma negociação bilateral, o leilão coloca múltiplos interessados simultaneamente em disputa, forçando-os a ofertar lances crescentes até que prevaleça aquele de maior disposição a pagar.

Paul Milgrom ressalta que **“a vantagem dos leilões reside no uso da competição explícita para determinar preços”**¹⁸, ao passo que negociações isoladas carecem desse confronto simultâneo de ofertas. Desse modo, o vencedor em um leilão tipicamente será quem mais valoriza (ou melhor utiliza) o bem, tal como ocorreria em um mercado concorrencial ideal. A teoria demonstra que, sob condições gerais, **quanto maior o número de licitantes competindo, maior a probabilidade de se alcançar preços próximos ao valor de mercado competitivo**, maximizando a receita do vendedor e a eficiência alocativa (desde que cada participante arque com seu custo de participação).

Cabe notar as famosas conclusões de **Bulow & Klemperer**¹⁹: adicionar um licitante extra pode aumentar mais a receita esperada do que otimizar completamente o mecanismo de leilão – ilustração de que **ampliar a competição tende a superar ajustes exóticos de regra**. Em outras palavras, um leilão simples com concorrência robusta geralmente supera um leilão complexo com poucos participantes. **Milgrom** igualmente enfatiza o foco em **(1) atrair licitantes e (2) minimizar custos de participação** como elementos-chave do sucesso de leilões, pois diferentes formatos tendem a convergir em resultado se o conjunto de participantes for o mesmo.

No contexto de concessões públicas, por exemplo, os leilões são utilizados justamente para substituir monopólios naturais ou escolhas administrativas pela

¹⁷ KOMINERS, Scott Duke; TEYTELBOYM, Alexander; CRAWFORD, Vincent P. An invitation to market design. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 33, n. 4, p. 541-571, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxrep/grx063>.

¹⁸ MILGROM, Paul. *Aplicando a teoria dos leilões: do pioneiro do desenho de leilões de espectro*. Tradução de Edite Siegert. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.

¹⁹ BULOW, Jeremy; KLEMPERER, Paul. Auctions versus negotiations. *The American Economic Review*, Nashville, v. 86, n. 1, p. 180-194, mar. 1996.

concorrência pelo contrato. McAfee²⁰ fornece um exemplo eloquente: quando a Federal Communications Commission (FCC) dos EUA inicialmente alocou licenças de telecomunicação por sorteio (loteria), esperava-se que o mercado secundário realocasse as licenças eficientemente, o que não ocorreu. Já a posterior transição para leilões competitivos de espectro resultou em uma alocação muito mais célere e eficiente das licenças entre as empresas. Esse caso ilustra como **um desenho de leilão adequado pode atingir a eficiência alocativa de maneira superior** à mera distribuição administrativa seguida de negociação privada. Ou seja, o leilão bem estruturado **garante que o ativo público seja transferido a quem mais valoriza seu uso**, simultaneamente **revelando essa valoração** através do preço de outorga pago.

Dito em outras palavras, a regulação de entrada, em contratos de exploração de infraestruturas, tem por objetivo extrair ex ante eficiências de um mercado que será explorado de forma monopólica ou por reduzido número de agentes. Para tanto, uma das primeiras formas de regulação incidente sobre tais mercados é a realização de um leilão (franchise bidding), por intermédio do qual se pretende, num ambiente de pressão competitiva, estabelecer um regime de competição pelo mercado. Por intermédio dos leilões, no âmbito da instauração de uma competição ex ante, restariam garantidos os melhores preços ex post.

De fato, como bem apontam Rafael Vêras e Leonardo Coelho²¹, em obra específica sobre o tema, a regulação de entrada costuma ser justificada com base nas seguintes razões: (i) proteção do usuário contra produtos ou serviços de baixa qualidade, reduzindo-se os riscos oriundos da assimetria de informação; (ii) manutenção das vantagens de um monopólio natural, viabilizando o subsídio cruzado; (iii) alocação de recursos escassos, por meio da seleção de agentes econômicos; e (iv) garantia de capacidade financeira para o exercício de funções de interesse público.

E aqui já antecipamos outra importante conclusão: a formatação da licitação do Tec10 de Santos por parte da ANTAQ representa uma falha de design, um uso inadequado dos instrumentos teóricos que a disciplina de teoria econômica das licitações e contratos coloca à disposição da administração para aumentar a eficiência do certame.

Adicionalmente, leilões servem para **capturar para o poder público parte do excedente econômico** do ativo concedido. Em setores regulados, o ideal regulatório é que a competição no leilão simule os efeitos de uma competição no mercado: pressione para baixo o lucro econômico do vencedor (via pagamento de outorga elevado), de forma que a renda auferida por deter o ativo (por exemplo, um terminal portuário estratégico) seja em grande medida apropriada pela sociedade (via arrecadação pública) e não resulte em lucro extraordinário privado. Desse modo, ao **maximizar a competição na licitação**,

²⁰ McAfee, R. Preston. Auction design for privatization. In: HURWICZ, Leonid; SCHMALENSEE, Richard; STIGLITZ, Joseph E. (ed.). *Privatization*. Cambridge, MA: MIT Press, 1998. p. 229-278.

²¹ FREITAS, Rafael Vêras de. *Regulação e concorrência nos portos* / Freitas, Rafael Vêras de, Leonardo Coelho Ribeiro. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 43

tende-se a maximizar a receita pública de outorga e a evitar que o concessionário obtenha ganhos excessivos decorrentes de poder de mercado. Essa é uma lógica consagrada em privatizações e concessões: **quanto mais disputado o leilão, maior o lance vencedor e menor o “lucro fácil” do ganhador**, disciplinando-o a buscar eficiência operacional para rentabilizar o alto investimento feito.

Com o faseamento do certame e consequente mitigação da competição, em tese a outorga recebida pelo poder público tende a ser menor. Se assim for, resta comprometido o interesse público com afronta aos princípios da eficiência e vantajosidade esculpidos na Constituição Federal.

6- Desenho de mercado e melhores práticas: participação ampla e regras isonômicas

A literatura de **Market Design** (Desenho de Mercado), desenvolvida por autores como **Alvin E. Roth**²², enfatiza que mercados bem-sucedidos precisam ser **espessos** (“thick”), ou seja, reunir um número suficiente de participantes dispostos a transacionar, sob regras que facilitem o encontro de ofertas e demandas. Nesse sentido mesmo, Roth aponta que os mercados funcionam melhor se contarem com muitos participantes e com regras adequadas que permitam interações seguras e eficientes. Do ponto de vista prático, isso implica que a autoridade desenhadora do leilão deve buscar estimular a participação, reduzir barreiras desnecessárias e evitar desenhar regras que desincentivem competidores²³. Regras demasiadamente restritivas podem “afinar” o mercado, tornando-o pouco concorrido e, portanto, menos eficiente e menos capaz de revelar informações relevantes.

Mais uma vez aqui, o faseamento da licitação promovida pela ANTAQ tem o condão de prejudicar o ambiente competitivo, distorcendo o mercado.

Assim, um desenho de mercado²⁴ eficaz, seja em leilões, matching ou outros mecanismos, precisa encorajar a participação e agregar informação, melhorando a liquidez, eficiência e mesmo equidade do resultado. Ou seja, do ponto de vista de políticas públicas, as regras do leilão devem ampliar – e nunca restringir sem forte justificativa –

²² ROTH, Alvin E. *Como os mercados funcionam: a nova economia da correspondência e do design de mercados*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

²³ KOMINERS, Scott Duke; TEYTELBOYM, Alexander; CRAWFORD, Vincent P. An invitation to market design. *Oxford Review of Economic Policy*, v. 33, n. 4, p. 541-571, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1093/oxrep/grx063>.

²⁴ KOMINERS et al. (2017)

o conjunto de competidores, garantindo condições isonômicas para todos os agentes qualificados.

Restringir acesso de todos os interessados à primeira fase do certame macula esses princípios basilares do certame licitatório, principalmente porque não há evidências robustas que apontem que o faseamento evitará a concentração de mercado, tampouco que aumentará a eficiência da operação. Trata-se, ao meu ver, de “**achismo regulatório**” que muitos e graves danos poderão causar na operação do Tecon 10 do Porto de Santos.

Mais que isso, a despeito de a ANTAQ ter competências para a tutela da concorrência, como ressaltam Rafael Vêras e Leonardo Coelho²⁵, “de tais interfaces, não se depreende a prerrogativa da ANTAQ de se valer de presunções ex ante do exercício de posição dominante, restringindo a instalação de um ambiente concorrencial no segmento de exploração da infraestrutura portuária”. É que das principais diferenças entre a defesa da concorrência e a regulação é a incidência de cada qual. Enquanto as autoridades antitruste procuram assegurar a manutenção da concorrência continuamente, as autoridades reguladoras estão orientadas para substituir as forças naturais de mercado²⁶.

De fato, o regulador, a despeito de possuir competências normativas de tutela da concorrência, as exerce, de forma tangencial, acessória, motivo pelo qual sua atividade é completamente distinta da do regulador transversal (CADE). Dito em outros termos, lhe falta capacidade institucional (e expertise técnica) para tutelar a concorrência, de forma apriorística e sem a cooperação do regulador transversal (CADE)²⁷.

Daí a razão pela qual a previsão ou inclusão, em editais de licitação, de cláusulas ou exigências que, direta ou indiretamente, restrinjam ou impeçam a participação de determinado licitante ou grupo de licitantes, com fundamento em razões de ordem concorrencial, deve ser lastreada em um regramento mais estrito, tal como o previsto nesta proposição.

A própria legislação brasileira de licitações e contratos consagra os princípios da **ampla concorrência e da isonomia**, conforme estabelecido no rol amplo consignado no art. 5º da lei 14.133/21, a saber: “*Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao*

²⁵ FREITAS, Rafael Vêras de Regulação e concorrência nos portos / Freitas, Rafael Vêras de, Leonardo Coelho Ribeiro. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 70

²⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. Concorrência e regulação: a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação setorial. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15).

²⁷ MARQUES NETO. Floriano de Azevedo Marques. A regulação setorial e a autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). Concorrência e regulação no sistema financeiro, p.100).

edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

E para reforçar esse rol, a Constituição Federal, no Art. 37 estabelece que: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....
*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que **assegure igualdade de condições** a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (grifo nosso);*

No regime portuário, embora a Lei nº 12.815/2013 (Lei dos Portos) tenha regras próprias, aplicam-se subsidiariamente princípios da Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) que veda cláusulas ou exigências que **frustrem o caráter competitivo da licitação sem fundamentação em lei ou no interesse público**. Em suma, a restrição de potenciais proponentes somente se legitima quando necessária para garantir capacitação mínima, segurança nacional ou outro interesse público relevante – nunca para **favorecer ou desfavorecer agentes específicos**.

A teoria dos leilões também explora cenários em que pode haver **restrições deliberadas para promover determinados objetivos**, como participação de pequenos players ou evitar resultados anti-competitivos. Por exemplo, Milgrom discute **mecanismos de “set-asides”** (reservas de participação) para determinados grupos, visando estimular a entrada de novos entrantes ou favorecer minorias, mesmo ao custo de alguma perda de receita.

Tais medidas, porém, devem ser usadas com parcimônia e embasadas em análise de custo-benefício, o que não parece ser o caso da decisão de faseamento por parte da ANTAQ.

Restringir a concorrência ex ante implica um trade-off: diminui a pressão competitiva imediata (podendo reduzir o preço de outorga e a eficiência alocativa), mas busca-se, em tese, um benefício colateral, como incentivar uma estrutura de mercado mais competitiva a longo prazo ou evitar a consolidação de poder excessivo. A literatura econômica alerta que **regras de leilão “viciadas” para favorecer certos licitantes geralmente produzem resultados inferiores**. Milgrom cita diversos exemplos em que **leilões fracassaram por terem regras desenhadas para favorecer um participante específico, desestimulando os demais** – nesses casos, a concorrência esvaziada resultou em lances baixos e alocação ineficiente.

Quanto à potencial redução do valor da outorga na licitação do Tecon 10 do Porto de Santos, trabalho realizado por Ribeiro²⁸ aponta que em um ambiente de ampla concorrência (incumbentes e entrantes) estima-se que o ágio poderia girar em torno de 40% , ao passo que com a restrição imposta esse ágio poderia ser substancialmente menor, determinando uma perda potencial de arrecadação para o Estado que pode superar R\$ 1,2 bilhão de reais. Assim, a medida da ANTAQ pelo faseamento resta, além de desarrazada e desproporcional, capaz de infringir danos aos cofres públicos.

É importante notar que um argumento recorrente para o faseamento é que isso incentivaria a entrada de novos players. Isso é falacioso porque o **faseamento na verdade reduz competição efetiva e gera seleção adversa**. Ao excluir, logo de início, os agentes com **maior sinergia e melhor informação**, o edital **quebra a revelação informacional** (núcleo do mecanismo licitatório) e **piora a descoberta de preço**. Ter-se-ia como resultado provável lances menos agressivos e **pressão futura por reequilíbrios** (efeito “winner’s curse”/renegociação) quando a realidade técnica e de demanda aparecer.

No caso dos arrendamentos portuários, existe uma tensão clássica entre **“concorrência no mercado” versus “concorrência pelo mercado”**. Reguladores podem temer que se um incumbente vencer a nova licitação, isso aumentará sua fatia de mercado, reduzindo a concorrência intraportuária futura – especialmente se esse incumbente for verticalmente integrado (e.g. um armador que controla terminais).

Segunda Conclusão: impedir a participação do incumbente no leilão pode levar à vitória de um entrante potencialmente menos eficiente ou com menor sinergia, além de, como visto, diminuir o preço pago pela outorga.

Nesse sentido, **Tirole** ensinou que a intervenção regulatória em estruturas de mercado deve ser guiada pelo princípio da proporcionalidade e por análises específicas: **contar meramente o número de competidores não determina por si só se o mercado será competitivo** (há mercados com poucos players bastante competitivos e vice-versa). Assim, soluções “per se” – como banir determinada empresa do certame – podem ser **excessivamente rígidas**, quando uma abordagem baseada na **regra da razão** (análise caso a caso) seria mais adequada²⁹. A **defesa da concorrência moderna** prefere avaliar concretamente se a participação de certo agente de fato gerará prejuízos concorrenciais e, se sim, aplicar **remédios direcionados** para mitigar tais efeitos, ao invés de simplesmente impedir sua atuação de antemão.

No âmbito de defesa da concorrência, vale lembrar que a Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) prevê instrumentos para avaliar e condicionar operações que

²⁸ RIBEIRO, Cassio Lourenço. **Relatório de Análise de Impacto Econômico e Regulatório**: Quanto custam as restrições na licitação do terminal de contêineres Tecon Santos 10.

²⁹ TIROLE, Jean. *Market Failures and Public Policy*. **American Economic Review**, v. 105, n. 6, p. 1665-1682, 2015.

resultem em concentrações. O **CADE**, autoridade antitruste brasileira, pode revisar aquisições de controle de terminais portuários por grupos já atuantes e impor **remédios estruturais ou comportamentais** para prevenir abusos (por exemplo, exigência de venda de um terminal em caso de concentração excessiva, ou compromissos de não discriminação contra rivais). Em linha com as melhores práticas internacionais e as diretrizes do CADE, **remédios estruturais** são geralmente preferidos a meras obrigações comportamentais, por **alterarem a estrutura de mercado de forma duradoura e de mais fácil monitoramento**.

Terceira conclusão: Excluir um competidor poderoso de uma licitação pode ser visto como um *remédio estrutural extremo ex ante*. Uma alternativa menos drástica seria permitir a participação de todos, mas condicionar o resultado – caso o vencedor seja um operador já dominante, este poderia ser compelido a alienar ativos (por exemplo, abrir mão de outro terminal) para evitar a concentração. Essa solução conciliaria a ampla concorrência na etapa do leilão com a preservação da concorrência pós-leilão por meio de ajustes na estrutura de mercado somente se necessários. Essa nos parece uma solução viável e menos drástica no caso em questão.

Em suma, a teoria e a experiência prática sugerem que **desenhos de leilão que restrinjam a competição devem ser exceção raríssima**, somente justificáveis se houver evidências robustas de que a competição irrestrita produz um resultado claramente contrário ao interesse público, e desde que não haja medidas menos restritivas disponíveis. No caso em análise, impõe-se avaliar se a decisão da ANTAQ de **vedar ex ante a participação de operadores incumbentes** atendeu a esse alto padrão de justificativa – e se não, em que medida tal escolha comprometeu os objetivos econômicos da licitação.

7 - Licitação como instrumento de emulação do mercado.

A licitação deve ser compreendida como um instrumento cujo papel central é **emular o mercado**. Em outras palavras, trata-se de um mecanismo institucional desenhado para reproduzir, no espaço público, a lógica de funcionamento de um mercado competitivo. Essa função se torna ainda mais relevante quando se considera que, em muitas situações, o Estado é um **monopsonista** — ou seja, um comprador único ou dominante — e não teria, sem o certame, como acessar as informações dispersas que se encontram nas mãos dos agentes privados. Ao criar um ambiente de competição regulada, a licitação permite que essas informações venham à tona, fornecendo ao poder público condições mais próximas da eficiência econômica.

A literatura econômica oferece importantes bases para sustentar essa concepção. Tirole³⁰ assinala que o desenho de mecanismos de contratação é fundamental para extrair informações privadas dos agentes. O Estado, ao lançar mão da licitação, cria incentivos para que os concorrentes revelem custos, eficiências e capacidades que de outra forma permaneceriam ocultas. Do mesmo modo, Milgrom³¹ mostra que leilões e procedimentos competitivos funcionam como mercados artificiais que aproximam os resultados institucionais da lógica da concorrência. A licitação, quando estruturada como leilão, tem exatamente essa função: evitar que a informação permaneça concentrada em um único agente e simular as pressões competitivas que resultariam de um mercado plenamente aberto.

Esse raciocínio é reforçado pela obra de Roth³², que cunhou a expressão *market design* para sublinhar que mercados não surgem de forma espontânea, mas precisam ser cuidadosamente desenhados. Segundo ele, o funcionamento eficiente de qualquer mercado depende da presença de três elementos: **espessura** (um número significativo de participantes), **segurança** (regras estáveis e confiáveis) e **ausência** de congestionamento (procedimentos claros e céleres). A licitação, quando bem formulada, cumpre exatamente essa missão: criar artificialmente um mercado competitivo no qual o Estado possa fazer escolhas informadas.

Entretanto, no campo dos contratos de infraestrutura, a emulação do mercado não pode ser vista apenas no momento inicial. Como demonstram Saussier e Delattre³³, a competição inicial é apenas uma parte da equação. A verdadeira eficiência depende também de mecanismos de governança que considerem a **incompletude dos contratos** e a **interdependência dos riscos**. Ou seja, o desenho licitatório deve não apenas selecionar o melhor agente ex ante, mas também prever arranjos institucionais que permitam adaptações e renegociações ao longo da execução. Se essa dimensão dinâmica é ignorada, a licitação cria apenas uma ilusão de eficiência.

Nessa mesma linha, Bajari e Tadelis³⁴ sublinham que, em contratos complexos, a licitação deve ser entendida menos como um mecanismo para fixar preço e mais como um processo para selecionar o parceiro mais adequado a lidar com incertezas futuras. A emulação do mercado, portanto, é tanto estática quanto dinâmica: estática porque

³⁰ TIROLE, Jean *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge, MA: MIT Press, 1988), p. 3-5.

³¹ MILGROM, op cit

³² ROTH, Alvin E. *Como os mercados funcionam: a nova economia da correspondência e do design de mercados*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

³³ SAUSSIÉ, Stéphane; DELATTRE, Vincent. *Competition in public-private partnerships: the role of contract design*. *Annals of Public and Cooperative Economics*, v. 83, n. 2, p. 157-176, 2012.

³⁴ BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. *Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts*. *RAND Journal of Economics*, v. 32, n. 3, p. 387-407, 2001.

reproduz pressões competitivas no momento inicial do certame, e dinâmica porque busca identificar o agente mais capaz de se adaptar a riscos e transformações ao longo do tempo.

Essas reflexões teóricas ajudam a compreender o caso do **Tecon 10, no Porto de Santos**.

A opção regulatória pela realização de um certame **faseado** comprometeu, de forma decisiva, a função da licitação como mecanismo de emulação do mercado. Ao fragmentar o procedimento e excluir parte dos competidores desde a primeira fase, a agência reguladora reduziu a espessura do certame, no sentido dado por Roth. Essa restrição artificial impediu que toda a informação dispersa no mercado fosse revelada ao poder público, enfraquecendo o caráter competitivo do processo.

Do ponto de vista econômico, isso significa uma perda direta de eficiência. Com menos participantes, diminui-se a probabilidade de que o governo obtenha propostas que reflitam, de fato, os custos e as capacidades do setor. Mais do que isso: ao reduzir a base concorrencial, aumenta-se o risco de **seleção adversa**, descrita por Milgrom e Tirole, uma vez que a empresa vencedora pode não ser necessariamente a mais eficiente, mas apenas a que restou no certame diante das barreiras de entrada impostas.

Quarta conclusão: O resultado final é um paradoxo: um procedimento que deveria emular o mercado termina por afastar-se do seu objetivo essencial. O certame faseado, ao invés de produzir pressão competitiva, cria um ambiente restrito, pouco informativo e potencialmente capturado. O caso Teccon 10 ilustra, portanto, de forma exemplar, como o desenho institucional da licitação pode conduzir a resultados de maior ou menor eficiência. Quando mal estruturado, o processo não só falha em reproduzir o mercado, mas produz uma versão empobrecida dele, com consequências relevantes para a alocação de recursos e para a política pública de infraestrutura portuária.

Em síntese, a licitação deve ser vista como um instrumento de **engenharia institucional** que tem por finalidade recriar o mercado no espaço público. Essa função depende de um desenho que seja, ao mesmo tempo, aberto, competitivo e adaptável. Autores como Tirole, Milgrom, Roth, Saussier, Delattre e Bajari demonstram que a essência do processo licitatório é a criação de incentivos à revelação de informações e à seleção de parceiros eficientes. Quando esses elementos são comprometidos, como no caso do faseamento do Teccon 10, perde-se a principal virtude econômica da licitação: a capacidade de emular a concorrência e, com isso, promover escolhas informadas e eficientes pelo Estado.

8 - Modelo de licitação adotado pela ANTAQ e restrições concorrenciais.

A licitação do Terminal STS10 (Tecon 10), no Porto Organizado de Santos, foi estruturada pela ANTAQ com um modelo inédito de duas etapas, impondo restrições significativas à participação de certos atores. Conforme amplamente noticiado, a proposta aprovada pela Diretoria da ANTAQ estabeleceu que na 1ª fase do leilão somente poderiam concorrer empresas (ou grupos coligados) *que não possuam operações de terminal de contêineres na região do Porto de Santos*³⁵. Ou seja, todos os atuais operadores de terminais de contêiner em Santos ficaram impedidos de apresentar proposta na etapa inicial.

Isso abrange, nominalmente, os três grandes grupos atuantes no porto: BTP (Brasil Terminal Portuário) – controlado pelas duas maiores companhias de navegação do mundo, MSC e Maersk –, Santos Brasil – cujo controle foi assumido em 2022 pelo armador CMA CGM (3º maior do mundo) – e DP World (operador portuário global presente em 75 países, responsável por outro terminal em Santos). Tais players, que juntos movimentam praticamente 100% dos contêineres em Santos atualmente, somente poderiam ingressar na disputa numa eventual 2ª fase, caso nenhum concorrente elegível aparecesse na primeira fase (um cenário considerado extremamente improvável dada a atratividade do ativo).

Adicionalmente, mesmo na hipótese de avanço para a segunda etapa, a regra previa que se algum desses incumbentes viesse a vencer o certame, este deveria se desfazer dos ativos que já possuísse em Santos (ou seja, vender ou sair do controle de seus terminais atuais) como condição para assumir o STS10. Trata-se, portanto, de uma **restrição estrutural ex ante seguida de um remédio estrutural ex post** (desinvestimento) caso o “pior” resultado – do ponto de vista da concentração – se concretize.

Paralelamente, a ANTAQ incluiu uma exigência mínima de experiência operacional: somente poderiam participar empresas (ou consórcios) com comprovação de já haver operado terminal de contêiner com movimentação de pelo menos **100 mil TEU/ano**. Esse patamar, equivalente a meros ~3% da capacidade projetada do STS10, é bastante baixo para o setor – “**um número muito baixo para esse tipo de mercado**”, conforme avaliação de operadores experientes³⁶.

O efeito prático dessa cláusula foi **vetar a participação de investidores puramente financeiros**, como fundos de infraestrutura que não tivessem participação

³⁵ AGÊNCIA INFRA. *Antaq sugere restringir competição pelo Tecon Santos 10 afastando grandes operadores*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/antaq-sugere-restringir-competicao-pelo-tecon-santos-10-afastando-grandes-operadores/#:~:text=A%20proposta%20prev%C3%AA%20um%20leil%C3%A3o,seria%20aberta%20a%20outros%20participantes>. Acesso em: 26 ago. 2025.

³⁶ AGÊNCIA INFRA. *Antaq sugere restringir competição pelo Tecon Santos 10 afastando grandes operadores*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/antaq-sugere-restringir-competicao-pelo-tecon-santos-10-afastando-grandes-operadores/#:~:text=A%20regra%20de%20restri%C3%A7%C3%A3o%20por,para%20esse%20tipo%20de%20mercado>. Acesso em: 26 ago. 2025.

prévia em operações portuárias, a menos que se aliassem a um operador experiente. Em síntese, as duas restrições combinadas **afunilaram drasticamente o universo de concorrentes potenciais**: excluíram-se os principais operadores globais atuantes no Brasil e os fundos de investimento sem operação própria, restando aptos basicamente **dois operadores já presentes no Brasil** (porém fora de Santos) – o grupo **J&F (JBS)**, que recentemente assumiu a operação transitória do porto de Itajaí (SC) – coincidentemente com volume pouco acima de 100 mil TEU/ano – e a multinacional **ICTSI**, que opera um terminal no Porto de Suape (PE). Além destes, **operadores estrangeiros sem atuação prévia no país** (e.g. **Hudson Ports (EUA)**, **Cosco (China)**, **ONE (Japão)**) poderiam participar formando consórcios, contanto que atendessem ao requisito de experiência através de algum parceiro ou operador contratado³⁷.

Em termos de **motivações declaradas**, a **justificativa da ANTAQ** para tais medidas se baseou em **preocupações concorrenciais e estratégicas**. O **Diretor-Geral interino da agência**, relator do processo, apontou em seu voto os diversos conflitos de interesse concorrenciais gerados pelo controle cruzado de terminais por grandes *armadores* (companhias de navegação) e defendeu ser necessária uma intervenção preventiva para proteger o “interesse público e do usuário”³⁸.

Foi destacado o Porto de Santos como infraestrutura estratégica nacional – crucial para o comércio exterior brasileiro, para a segurança alimentar e inserção geopolítica do país – de modo que decisões regulatórias ali deveriam considerar uma perspectiva estratégica de longo prazo.

Nesse espírito, argumentou ainda que **permitir que os armadores que já controlam terminais em Santos também conquistem o novo STS10 poderia reforçar posições dominantes e integrar verticalmente ainda mais a cadeia**, potencialmente lesando a concorrência no fornecimento de serviços portuários e prejudicando usuários (exportadores, importadores) no longo prazo. Em suma, a ANTAQ temeu que, se um dos grupos já estabelecidos vencesse, **aproximadamente 50% da capacidade de contêineres de Santos adicional ficaria nas mãos do mesmo grupo econômico**, aumentando o risco de exercício de poder de mercado (e possivelmente práticas discriminatórias, como um armador privilegiar seu próprio terminal, elevando custos para concorrentes).

³⁷ MAIS custo Brasil no leilão de Santos: a ANTAQ quer menos competição. *Brazil Journal*, 2023. Disponível em: <https://braziljournal.com/mais-custo-brasil-no-leilao-de-santos-a-ANTAQ-quer-menos-competicao/#:~:text=uma%20capacidade%20de%20pouco%20mais,terminal%20de%20cont%C3%AAs%20em%20Pernambuco>. Acesso em: 25 ago. 2025.

³⁸ ANTAQ sugere restringir competição pelo Tecon Santos 10 afastando grandes operadores. *Agência iNFR*, 2023. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/ANTAQ-sugere-restringir-competicao-pelo-tecon-santos-10-afastando-grandes-operadores/#:~:text=%E2%80%9CInteresse%20p%C3%ABlico%20e%20do%20usu%C3%A1rio%E2%80%9D,interesse%20p%C3%ABlico%20e%20do%20usu%C3%A1rio%E2%80%9D>. Acesso em: 25 ago. 2025.

A **área técnica de regulação portuária da ANTAQ (Superintendência de Regulação – SRG)** realizou estudos de análise concorrencial (Nota Técnica nº 51/2025/GRP/SRG) justamente para avaliar esses riscos no caso STS10. Conforme citado no voto do diretor, a nota concluiu haver sim **risco relevante de concentração** caso um operador já instalado em Santos vencesse a licitação³⁹. A título ilustrativo, considerou-se que a **BTP (MSC/Maersk)**, maior operadora atual, se levasse o STS10, consolidaria posição dominante difícil de desafiar. Assim, a área técnica sugeriu opções para mitigar esse risco. **Importante notar** que a própria Gerência de Regulação, em manifestação anterior, **propôs uma alternativa menos restritiva** – qual seja, **não excluir ninguém do leilão inicialmente, mas adotar um remédio concorrencial após o certame**: se o vencedor fosse um dos incumbentes, ele deveria **desinvestir ativos** para não ultrapassar determinados limites de mercado.

Essa abordagem permitiria a concorrência plena no leilão (maximizando a disputa) e trataria da estrutura de mercado somente caso necessário, obrigando o concessionário vencedor a vender um terminal excedente.

Contudo, essa sugestão não prevaleceu na decisão final. Conforme apurado, **o diretor-relator alinhou-se à posição mais restritiva** defendida por outra parte da superintendência, optando por **barrar desde logo os incumbentes na etapa inicial**. Em seu voto, ele cita inclusive precedentes em que a ANTAQ teria adotado “instrumentos concorrenciais” semelhantes em licitações de outros terminais (STS13A, STS08, STS14, IQI e MAC, entre outros projetos) – embora, como veremos, tais casos diferissem e acabaram revistos.

A decisão final da ANTAQ foi submetida ao **Ministério de Portos e Aeroportos (MPor)**, autoridade concedente, que rapidamente a encaminhou para o TCU no final de maio de 2025.

Essa celeridade chamou atenção: o Ministério dos Portos e Aeroportos praticamente chancelou a proposta em 1–2 dias e a remeteu ao TCU, sem alterações, indicando entender que a palavra final caberia à agência e ao órgão de controle. Tal atitude gerou estranhamento no setor e no próprio governo estadual paulista, sugerindo uma certa **omissão do Ministério na mediação da política pública** e transferência da controvérsia diretamente ao TCU. De fato, o **Governo do Estado de São Paulo**, que havia participado da fase de estudos e defendido um leilão competitivo, manifestou forte inconformismo. Em ofício datado de 28/5/2025, o governo paulista criticou duramente as restrições impostas pela ANTAQ – alegando ter sido **“pego de surpresa”** – e pleiteou que **“todos os participantes do mercado tenham condições irrestritas, amplas e isonômicas de participar”** do certame^{[36][37]}.

³⁹ AGÊNCIA INFRA. *TCU já alertou Antaq que restringir players em leilão portuário depende de análise do Cade*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/tcu-ja-alertou-antaq-que-restringir-players-em-leilao-portuario-depender-de-analise-do-cade/#:~:text=No%20voto%20que%20definiu%20o,no%20porto%20levarem%20o%20STS10>. Acesso em: 26 ago. 2025.

O ofício sustenta que **não é pertinente criar regras restritivas que esvaziem a ampla competição, impeçam a participação de agentes tecnicamente qualificados e resultem em um serviço potencialmente menos eficiente e mais custoso para a cadeia logística**”. Ressalta ainda que a própria agência reguladora indicou alternativa menos gravosa (**a possibilidade de desinvestimento na 2ª fase**) que **mitigaria riscos de concentração**, “demonstrando não haver justificativas legais ou técnicas” para a restrição ex ante adotada.

Em síntese, o caso Tecon 10 apresenta um embate claro entre duas abordagens de desenho do leilão: de um lado, a **abertura total da competição desde o início**, seguida do tratamento de eventuais problemas concorrenciais após o leilão (visão defendida por muitos operadores, pelo governo estadual e alinhada às práticas tradicionais); de outro, a **restrição preventiva da concorrência** na licitação em nome de um objetivo concorrencial de longo prazo (visão da diretoria da ANTAQ). Para avaliar criticamente qual abordagem é mais adequada, é preciso analisar os **impactos práticos** da restrição adotada em termos de eficiência alocativa, preço de outorga e legitimidade, à luz da teoria e da experiência regulatória.

Impactos da restrição de competição: eficiência, preço e legitimidade.

a) Eficiência alocativa e operacional:

Ao excluir ex ante os operadores incumbentes (BTP, Santos Brasil, DP World), a ANTAQ eliminou do leque alguns dos **candidatos potencialmente mais eficientes ou com maior sinergia operacional** para explorar o STS10.

Essas empresas já detêm know-how local, equipes treinadas, infraestrutura de apoio e, no caso das ligadas a armadores, carga cativa que poderia garantir alta utilização do terminal. Sob a ótica da eficiência estrita, é plausível que um desses incumbentes estivesse disposto a pagar mais pela área por vislumbrar ganhos de escala ou escopo – e em virtude disso, também tivessem capacidade de operar o ativo com custos médios menores (dada a experiência prévia). Ao impedir sua vitória, corre-se o risco de entregar o terminal a um **entrante possivelmente menos eficiente ou com curva de aprendizado a percorrer**.

Embora a concorrência intraportuária adicional (um novo player em Santos) possa trazer benefícios de longo prazo, há o **perigo de perda de eficiência estática**: o ativo pode não ser alocado a quem o valorizava mais e/ou sabia operá-lo melhor. A própria teoria de leilões indica que restringir licitantes fortes pode provocar **alocação ineficiente** se esses licitantes possuem *valuation* mais alto derivado de eficiência e não apenas de poder de mercado.

Por outro lado, se o valor que incumbentes atribuem ao STS10 decorre em parte de **rendas de monopólio** (por poder cobrar preços mais altos ou deter posição

dominante), então sua exclusão pode evitar a materialização de um resultado concentrador.

Esse é o argumento da ANTAQ: melhor ter um novo concorrente operando o terminal, mesmo que inicialmente menor, do que reforçar um quase-monopólio privado.

Em tese, um **novo operador independente poderia induzir maior competição de preços e qualidade nos serviços portuários** em Santos, beneficiando usuários (armadores e, indiretamente, os exportadores/importadores). Contudo, essa expectativa de benefícios pró-competitivos depende de premissas: (i) de que os operadores existentes não reajam estrategicamente (por exemplo, usando seu poder de mercado atual para dificultar a entrada do novo terminal ou reduzindo preços para inviabilizá-lo); (ii) de que o novo entrante tenha capacidade de investimento e eficiência comparáveis para efetivamente desafiar os incumbentes; e (iii) de que não haja **comportamentos coordenados ou implícitos** entre os operadores após a licitação (risco de conluio tácito, que pode aumentar quando poucos players compartilham o mercado).

Com **quatro operadores no mercado pós-ST10** (BTP, Santos Brasil, DPW e o novo vencedor), não é trivial garantir um ambiente fortemente competitivo – notadamente se o novo entrante for de porte muito inferior aos rivais.

Ademais, a restrição da ANTAQ não considerou alguns **aspectos de concorrência dinâmica**: as grandes companhias globais (MSC, Maersk, CMA CGM) excluídas poderiam buscar alternativas privadas para expandir presença (por exemplo, investindo em Terminais de Uso Privado nas proximidades, fora da área do porto organizado, o que a regulação permite). Assim, a tentativa de engessar o mercado via edital pode levar a **outros desequilíbrios fora do leilão**, se esses players decidirem crescer por outras vias.

O próprio voto do Diretor da ANTAQ reconhece isso ao **recomendar ao Ministério cautela na autorização de novos terminais privados (TUPs) na região, para não desestimular investimentos em arrendamentos**⁴⁰. Ou seja, a intervenção pontual no desenho do leilão do ST10 poderia demandar uma **postura intervencionista contínua** para ser coerente, o que é complicado e possivelmente indesejável, incrementando significativamente o ônus regulatório.

b) Preço de outorga e valor público:

⁴⁰ AGÊNCIA INFRA. *Antaq sugere restringir competição pelo Tecon Santos 10 afastando grandes operadores*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/antaq-sugere-restringir-competicao-pelo-tecon-santos-10-afastando-grandes-operadores/#:~:text=Seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20E%20vai%20al%C3%A9m,desestimular%20investimentos%20em%20arrendamentos%20portu%C3%A1rios%E2%80%9D>. Acesso em: 26 ago. 2025.

Um efeito praticamente inevitável de excluir grandes competidores é a **redução na agressividade dos lances e, portanto, do preço final de outorga**. Estimativas informais no setor indicavam que, em um cenário de leilão aberto, dada a importância do ativo e o apetite das gigantes globais, **a disputa poderia atingir valores de outorga na casa de R\$ 4 a 5 bilhões** (presentes), com lances elevados impulsionados pela rivalidade entre armadores. Com a restrição, acredita-se que o leilão deva atrair lances bem mais modestos – algumas análises mencionaram **R\$ 1 a 2 bilhões** como patamar provável se apenas J&F, ICTSI e talvez um consórcio estrangeiro concorressem. Essa diferença de **bilhões de reais** representa perda direta para os cofres públicos (União e fundos setoriais) e, em última instância, para a sociedade.

Se o incumbente estava disposto a pagar um ágio tão superior, significa que havia um **excedente econômico significativo** associado ao ativo (seja por eficiência, seja por poder de mercado) que, no caso da disputa ampla, seria apropriado pelo governo como outorga; no caso da disputa restrita, esse excedente fica nas mãos do concessionário vencedor, que pagará menos. Em termos de *welfare* agregado, o menor pagamento de outorga não chega a ser “desperdício” econômico (apenas transferência), mas do ponto de vista de **interesse público** e equidade, deixar dinheiro sobre a mesa em favor de um privado requer forte justificativa. Afinal, trata-se de recurso que poderia ser investido em políticas públicas ou na melhoria da infraestrutura portuária.

Além disso, há implicações sobre os **incentivos do arrendatário**.

Se um operador paga um valor muito alto pelo arrendamento portuário, ele se vê compelido a **operar com a máxima eficiência e ocupar a capacidade rapidamente** para rentabilizar o investimento. Isso costuma se traduzir em maior pressão por ganhos de produtividade, inovações e até redução de tarifas cobradas dos clientes (a fim de atrair mais volume e receitas), irradiando ainda benefícios sociais como a contratação de mão de obra, a arrecadação fiscal pelos entes federados, dentre outros. Por outro lado, se o vencedor obtém a concessão a “preço de barganha” por falta de competição, pode acabar menos pressionado a extrair o máximo desempenho do terminal.

Conforme noticiado, um executivo do setor comparou: **“Quem colocar R\$4-5 bi de outorga vai ter que fazer o terminal girar muito para ter retorno, gerando um choque de preço e eficiência; se for um leilão sem competição, com outorga de R\$1-2 bi, a história é bem diferente.”**⁴¹. Ou seja, a **intensidade competitiva do leilão pode influenciar indiretamente o comportamento pós-contratual** do concessionário, especialmente num arranjo em que as tarifas portuárias não são totalmente controladas e dependem do mercado (a rentabilidade do terminal advém de volume e preço cobrados por contêiner movimentado). Assim, limitar a concorrência no leilão pode comprometer não apenas a arrecadação pública imediata, mas também a **eficiência produtiva e**

⁴¹ BRAZIL JOURNAL. *Mais Custo Brasil: no leilão de Santos, a Antaq quer menos competição*.

Disponível em: <https://braziljournal.com/mais-custo-brasil-no-leilao-de-santos-a-antaq-quer-menos-competicao/#:~:text=A%20competi%C3%A7%C3%A3o%20tamb%C3%A9m%20%C3%A9%20importante,ter%C3%A1%20a%20maior%20efici%C3%Aância%20poss%C3%ADvel>. Acesso em: 26 ago. 2025.

alocativa ao longo da concessão, caso o vencedor resulte menos motivado a expandir o uso do ativo.

c) Legitimidade regulatória e segurança jurídica:

O episódio do STS10 suscita também questões de **governança regulatória e confiança dos agentes no processo licitatório**. A imposição de restrições inéditas, **não previstas na minuta original submetida à consulta pública**, gerou surpresa e ressentimento em diversas partes interessadas – alguns viram nisso potencial favorecimento a certos grupos. Não por acaso, circulou no mercado a especulação se “**as normas foram desenhadas para favorecer players específicos**”. Ainda que não haja evidência cabal de intenção de direcionamento, a percepção de **quebra de isonomia** pode **arranhar a legitimidade** do certame e da própria agência.

Operadores incumbentes argumentaram que foram alijados sem oportunidade de ajustar suas estratégias ou manifestar-se adequadamente na audiência pública, e de fato **acionaram tanto o TCU quanto o Poder Judiciário** buscando reverter ou ao menos questionar tais regras⁴². Segundo notícias, **ações foram protocoladas na Justiça Federal** e resultaram em ordens para que a ANTAQ explicasse as restrições e para que o TCU analisasse detidamente o caso⁴³⁻⁴⁴. Essa litigiosidade representa **risco à segurança jurídica e ao cronograma do leilão**, podendo atrasar ainda mais um projeto que se arrasta há anos, pressionando os preços praticados para cima, ante a saturação de capacidade, em prejuízo dos produtores usuários do serviço⁴⁵.

⁴² JOTA. *Insatisfação com leilão do Porto de Santos gera riscos à segurança jurídica*. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/transporte-maritimo-e-concorrenca/insatisfacao-com-leilao-do-porto-de-santos-gera-riscos-a-seguranca-juridica>. Acesso em: 26 ago. 2025.

⁴³ POLÍTICA BRASILEIRA. *Justiça dá prazo para agência explicar critérios de leilão de contêineres*. Disponível em: <https://politicabrasileira.com.br/politicas-publicas/infraestrutura/justica-da-prazo-para-agencia-explicar-criterios-de-leilao-de-containers/#:~:text=Leil%C3%A3o%20do%20Tecon%2010%3A%20Justi%C3%A7a,%C3%A9%20questionado%20por%20governo%20paulista>. Acesso em: 26 ago. 2025.

⁴⁴ INFRA NEWS. *Tecon 10 e os limites da competição portuária no Brasil*. Disponível em: <https://infranews.com.br/tecon-10-e-os-limites-da-competicao-portuaria-no-brasil/#:~:text=Tecon%2010%20e%20os%20limites,o%20m%C3%A9rito%20da%20restri%C3%A7%C3%A3o%20concorrencial>. Acesso em: 26 ago. 2025.

⁴⁵ AGÊNCIA INFRA. *Antaq sugere restringir competição pelo Tecon Santos 10 afastando grandes operadores*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/antaq-sugere-restringir-competicao-pelo-tecon-santos-10-afastando-grandes-operadores/#:~:text=Seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20E%20vai%20al%C3%A9m,desestimular%20investimentos%20em%20arrendamentos%20portu%C3%A1rios%E2%80%9D>. Acesso em: 26 ago. 2025.

Quinta Conclusão: um desenho de mercado controvertido acaba por criar incertezas e potenciais custos de transação (disputas judiciais e administrativas) que poderiam ser evitados com uma solução mais consensual.

Do ponto de vista normativo, a medida da ANTAQ enfrenta questionamentos quanto à sua **aderência aos princípios do direito público**. Conforme destacado por especialistas, **impor barreiras à ampla concorrência sem embasamento robusto pode afrontar princípios da legalidade, moralidade e isonomia que regem as licitações públicas**, além de comprometer a busca da proposta mais vantajosa (princípio da eficiência). No caso, a **diferenciação de tratamento entre grupos econômicos** – vedando uns e permitindo outros – carece de previsão legal específica; derivou de interpretação regulatória da ANTAQ sobre uma suposta necessidade concorrencial. Tal **discrímen** só seria legítimo se **fundado em estudo técnico-jurídico sólido que demonstre que a participação de certos players lesaria o interesse público** de forma irreparável.

Entretanto, como será visto na próxima seção, o TCU **já se pronunciou no sentido de que medidas excepcionais assim exigem justificativa exhaustiva e chancela do órgão antitruste**, sob pena de serem consideradas indevidas. Quando a credibilidade do procedimento licitatório é posta em dúvida – seja por acusação de direcionamento, seja por reações negativas de governos e órgãos de controle – há claramente um **abalo na legitimidade regulatória**. Reguladores dependem de confiança dos stakeholders para implementar políticas eficientes. Um leilão bem-sucedido não é apenas aquele que maximiza preço, mas também aquele percebido como **justo e transparente** por todos os participantes.

No caso STS10, a forma como as restrições foram inseridas (após a consulta pública, surpreendendo até o governo local) e a falta de alinhamento prévio com outras entidades do governo⁴⁶ contribuíram para uma percepção de **processo pouco coordenado e possivelmente arbitrário**, arranhando a reputação da ANTAQ.

Tanto é que o **Ministério Público junto ao TCU (MPTCU)** representou pela suspensão cautelar do processo, alegando possíveis irregularidades e necessidade de averiguar a condução do certame. Diante desse cenário, fica patente que um desenho de mercado que **sacrifica demais a concorrência** pode acabar também **sacrificando a confiança e aceitação dos resultados**, gerando impasses políticos e jurídicos – um resultado oposto ao desejado de estabilidade e eficiência.

Sexta Conclusão: A decisão da ANTAQ trouxe trade-offs severos: embora motivada por preocupação legítima (evitar concentração excessiva e verticalização

⁴⁶ AGÊNCIA INFRA. *Antaq sugere restringir competição pelo Tecon Santos 10 afastando grandes operadores*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/antaq-sugere-restringir-competicao-pelo-tecon-santos-10-afastando-grandes-operadores/#:~:text=Seguran%C3%A7a%20jur%C3%ADdica%20E%20vai%20al%C3%A9m,desestimular%20investimentos%20em%20arrendamentos%20portu%C3%A1rios%E2%80%9D>. Acesso em: 26 ago. 2025.

danosa em Santos), a solução adotada implicou custo em eficiência estática, perda de receita pública e turbulência institucional.

Resta averiguar se havia alternativas viáveis (como as apontadas pela própria área técnica e outros entes) que atingiriam o objetivo concorrencial com menos efeitos adversos – tema que será retomado na conclusão. Antes, porém, examinemos como o **TCU e a doutrina jurídico-concorrencial brasileira** encaram medidas desse tipo, pois isso iluminará quais caminhos regulatórios são considerados aceitáveis.

8 - Jurisprudência do TCU e controle das restrições concorrenciais em concessões.

O Tribunal de Contas da União (TCU), no exercício do controle externo das licitações de arrendamentos portuários, tem se deparado com o dilema entre maximizar a competição e prevenir concentração econômica. Em sua atuação de acompanhamento prévio dos editais (conforme determina a Lei de Portos e a IN-TCU 81/2018), o TCU desenvolveu entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de coibir cláusulas restritivas de concorrência injustificadas, especialmente aquelas não submetidas à apreciação das autoridades competentes em defesa da concorrência.

No caso em tela, o processo do STS10 chegou ao TCU em meados de 2025 e deve ser julgado pelo plenário até setembro de 2025⁴⁷.

Entretanto, já há precedentes diretos sobre matéria similar. Em setembro de 2024, ao analisar a modelagem da licitação do terminal ITG02 (granéis minerais no Porto de Itaguaí/RJ), o TCU deparou-se com uma situação em que a ANTAQ havia proposto impedir a participação de grupos com participação relevante naquele mercado (alegadamente para evitar concentração no minério de ferro). O Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do caso, em seu voto (acórdão ainda não numerado oficialmente em 2024), estabeleceu parâmetros importantes: enfatizou que vedar a participação de agentes econômicos em certames é medida “excepcionalíssima”, que somente se legitima se “exaustivamente justificada” e previamente submetida ao escrutínio do CADE.

O plenário do TCU acompanhou esse entendimento, resultando em determinação para que, no caso ITG02, a ANTAQ se abstivesse de inserir restrição concorrencial sem consultar o órgão antitruste. O acórdão correspondente (Processo TC 039.355/2023-3) apontou a “ausência de estudos concorrenciais que justificassem a medida” de restrição de participação e condicionou a autorização do certame ao aprimoramento da

⁴⁷ JOTA. *Entenda o impasse no leilão de terminal no Porto de Santos que o TCU enfrenta*. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/transporte-maritimo-e-concorrencia/entenda-o-impasse-no-leilao-de-terminal-no-porto-de-santos-que-o-tcu-enfrenta>. Acesso em: 26 ago. 2025.

modelagem⁴⁸, isto é, retirada da cláusula restritiva ou apresentação de análise robusta aprovada pelo CADE.

Importante destacar que, no julgamento do ITG02, Walton Alencar chegou a citar explicitamente o caso do STS10 (contêineres em Santos) como referência. Isso porque, em instrução do processo de Itaguaí, consta uma nota técnica oriunda do CADE – emitida anteriormente no contexto dos estudos do STS10 – reconhecendo que haveria riscos concorrenciais caso a BTP (MSC/Maersk) viesse a ganhar o Tecon Santos 10, mas ponderando que a exclusão prévia de competidores “é deletéria às melhores práticas internacionais”, só se justificando se houvesse certeza de que o competidor causaria prejuízo ao mercado e de que não existiriam outras soluções menos gravosas para conter o problema.

Em outras palavras, já no contexto dos estudos iniciais do STS10, a posição técnica antitruste era cautelosa quanto a proibir players de participar: trata-se de um último recurso, a ser usado apenas diante de evidências claras e falta de alternativa. Essa manifestação do CADE embasou a decisão do TCU em Itaguaí: determinar que a ANTAQ não poderia prever restrições concorrenciais em edital sem ouvir previamente o CADE e sem uma análise concorrencial robusta que a ampare. Como consequência, a ANTAQ acabou retirando a restrição do edital do ITG02 e realizou o leilão de forma aberta a todos os interessados, acolhendo a orientação do Tribunal.

Esse precedente lança forte luz sobre o caso STS10. O TCU já alertou formalmente a ANTAQ – ainda antes da submissão do Tecon 10 – que “o órgão não pode criar restrição concorrencial em leilões portuários sem antes consultar o CADE”. Essa advertência, veiculada no Acórdão do ITG02/2024, sinaliza que a Corte de Contas entende ser indispensável o diálogo interinstitucional: a ANTAQ pode (e deve) preocupar-se com a defesa da concorrência, mas quem detém competência para análise antitruste é o CADE.

Logo, qualquer medida como excluir licitantes por concentração deve ser precedida da anuência técnica do CADE. Além disso, o TCU enfatiza o caráter extremamente excepcional de restrições à participação. O princípio constitucional da livre concorrência (art. 170, IV da CF) e o princípio da isonomia em licitações impõem que todos os potenciais competidores, preenchendo os requisitos técnicos mínimos, tenham igualdade de condições para disputar. Restringir a ampla concorrência ex ante, sem base legal ou análise acurada, configura ofensa a esses princípios, podendo inclusive comprometer a legalidade e moralidade do certame.

O Acórdão do TCU no caso ITG02 é contundente: *“a imposição de barreiras à ampla concorrência só se legitimaria quando amparada em estudos concorrenciais*

⁴⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1834/2024 – Plenário*. Diário Oficial da União, 16 set. 2024, p. 129. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/09/2024&jornal=515&pagina=129&totalArquivos=145>. Acesso em: 26 ago. 2025.

robustos e previamente submetidos ao crivo do órgão competente (CADE)”. Do contrário, tal imposição afronta os princípios da isonomia e da eficiência, podendo direcionar indevidamente o certame em favor de um participante e prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa para a administração⁴⁹. Em suma, para o TCU, não basta alegar risco concorrencial de forma genérica: é preciso demonstrá-lo com estudo, buscar parecer do CADE, e esgotar alternativas menos restritivas antes de optar por barrar competidores.

No momento da elaboração desta análise, a expectativa no mercado é que o TCU determine a retirada das restrições de participação do edital STS10, ou ao menos condicione a continuidade do certame a uma análise do CADE e eventuais ajustes contratuais (por exemplo, inclusão de cláusula de desinvestimento condicionada ao resultado). Essa provável deliberação do TCU se dá “em consonância ao entendimento jurisprudencial consolidado” de preservar a livre concorrência nos processos licitatórios⁵⁰.

Outro ponto relevante é que o TCU não atua isoladamente; a decisão final sobre o modelo do STS10 envolverá essa interação tripartite: TCU emite recomendações ou determinações, o Ministério de Portos e Aeroportos recebe de volta o processo e pode acatar (ou contestar via Poder Executivo, embora incomum), e a ANTAQ deve então ajustar o edital e publicá-lo. Dado o cenário, se o TCU mandar abrir a competição, dificilmente o Ministério ou a ANTAQ irão divergir, sob pena de atrasar indefinidamente o leilão e possivelmente perdê-lo (pois judicializações de preteridos poderiam prosperar caso não se sigam as orientações do órgão de controle). Inclusive, já há preocupação de que essa controvérsia atrasará o cronograma, antes previsto para publicar edital em setembro e leiloar em dezembro/2025. Porém, tal atraso pode ser o preço a pagar para corrigir o design do leilão e assegurar sua legitimidade e sucesso.

Em termos de **jurisprudência complementar**, cabe mencionar que o **CADE** historicamente analisa concentrações portuárias caso a caso. Por exemplo, na aquisição da Santos Brasil pela CMA CGM em 2022, impôs certos compromissos de desempenho (monitoramento de não discriminação, etc.). O CADE não possui poder formal de intervir em editais, mas pode fornecer recomendações técnicas a pedido de outras agências ou do TCU, como fez no caso citado. A **coordenação entre CADE e ANTAQ** é respaldada por acordos de cooperação e pelo próprio arcabouço legal que incentiva regulação pró-concorrência.

Portanto, a solução institucionalmente adequada para endereçar preocupações válidas da ANTAQ seria **submeter previamente o estudo de impacto concorrencial do**

⁴⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1834/2024 – Plenário*. Processo TC 039.355/2023-3. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 4 set. 2024. Unidade Técnica: AudPortoFerrovia. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/>. Acesso em: 26 ago. 2025.

⁵⁰ **CNN Brasil**. *TCU discorda de restrições do governo e prevê leilão aberto em Santos*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/investimentos/tcu-discorda-de-restricoes-do-governo-e-preve-leilao-aberto-em-santos/>. Acesso em: 27 ago. 2025.

STS10 ao CADE, buscando ali uma análise especializada e, se necessário, sugestões de salvaguardas (seja cláusula de desinvestimento, seja limite de participação acionária cruzada, etc.). Essa integração de políticas setoriais e política de concorrência é justamente o que o TCU está reforçando: evitar decisões unilaterais da agência setorial que possam “**afetar negativamente o ambiente competitivo**”, e buscar harmonização com a **política nacional de defesa da concorrência**.

Em suma, a **jurisprudência do TCU** e o **posicionamento do CADE** caminham no sentido de desencorajar fortemente o desenho de leilões que restrinjam concorrentes relevantes sem análise criteriosa e validação antitruste. A ênfase recai em **preservar a livre concorrência nos certames licitatórios**, recorrendo a medidas mitigadoras posteriores caso necessário. Esse entendimento coaduna-se com os princípios gerais de licitações e com as melhores práticas apontadas pela teoria econômica – privilegiam-se mecanismos de mercado na alocação inicial e mecanismos regulatórios na correção de eventuais falhas posteriores. A decisão da ANTAQ no STS10, ao destoar dessa linha, provavelmente será ajustada pelas “**freios e contrapesos**” institucionais, restabelecendo o equilíbrio entre competição e regulação.

10 - Conclusão e Recomendações

A análise desenvolvida permite concluir que a decisão da ANTAQ de **restringir ex ante a competição** no leilão do Tecon Santos 10 configurou-se como um **equivoco de desenho de mercado**, na medida em que **comprometeu os dois objetivos econômicos centrais da licitação** – a plena revelação de informações e a emulação de um mercado competitivo. Ao **afastar os principais operadores incumbentes da disputa inicial**, a agência reduziu significativamente a **espessura do mercado licitatório**, potencialmente privando o processo de lances que refletissem todo o espectro de valorizações do ativo.

Isso **limitou a competição explícita por preço**, enfraquecendo o papel do leilão como mecanismo de descoberta do valor e possivelmente levando a uma alocação subótima e a um preço de outorga aquém do máximo socialmente desejável^[9]. Ademais, a medida lançou dúvidas sobre a **legitimidade e transparência** do certame, suscitando contestações e a necessidade de intervenção correccional do TCU.

Reconhece-se, por outro lado, que a ANTAQ agiu motivada pela **preocupação válida** de prevenir concentrações excessivas e efeitos anticompetitivos no mercado portuário de Santos – mercado esse já altamente concentrado e peculiar pela integração vertical com armadores. No entanto, a solução escolhida representou um **remédio desproporcional**, aplicado no momento inadequado. A **falha de market design** residiu em não harmonizar os dois tempos da política pública: (i) o **momento do leilão**, que clama por máxima competição e isonomia entre proponentes; e (ii) o **momento do controle estrutural** do mercado, que pode ser efetuado *após* o leilão, mediante condições ao vencedor ou ação antitruste, caso este gere riscos à concorrência. Em vez de conciliar

esses objetivos sequencialmente, a ANTAQ optou por sacrificar o primeiro objetivo (concorrência no leilão) em prol do segundo (concorrência no mercado), quando havia alternativas para atender ambos.

Assim, é possível sistematizar seis conclusões principais:

Primeira Conclusão – O Faseamento e a Seleção Adversa:

O modelo faseado reduziu a capacidade do Estado de realizar uma escuta ampla do mercado, quebrando o fluxo informacional e criando risco de seleção adversa. A Administração pode acabar escolhendo um agente “second best”, menos qualificado, apenas porque se enquadrou nas regras restritivas do edital.

Segunda Conclusão – Exclusão de Incumbentes e Ineficiência Econômica:

Impedir a participação de operadores estabelecidos pode levar à vitória de um entrante com menor sinergia ou capacidade operacional, além de reduzir a disputa e, consequentemente, o valor da outorga a ser paga.

Terceira Conclusão – Remédios Estruturais Pós-Leilão como Alternativa: Excluir ex ante grandes competidores equivale a impor um remédio estrutural extremo. Seria mais eficiente permitir a participação ampla e condicionar a assinatura do contrato a desinvestimentos ou obrigações concorrenciais, caso o resultado apontasse riscos efetivos de concentração.

Quarta Conclusão – A Ruptura da Função de Emulação do Mercado:

O desfecho revela um paradoxo: o procedimento que deveria aproximar-se do funcionamento do mercado acaba por dele se distanciar. O modelo de certame faseado, em vez de estimular a pressão competitiva, reduz a densidade informacional e limita a disputa, abrindo espaço para restrições e eventuais capturas. O episódio do Tecon 10 demonstra de maneira emblemática como o desenho institucional da licitação influencia diretamente os resultados em termos de eficiência. Quando concebido de forma inadequada, o processo não apenas deixa de replicar as dinâmicas de mercado, mas cria uma versão empobrecida dessas dinâmicas, com efeitos significativos sobre a alocação de recursos e sobre a condução da política pública de infraestrutura portuária.

Quinta Conclusão – Insegurança Jurídica e Custos de Transação:

O desenho controverso da licitação gerou judicialização, questionamentos de legitimidade e aumento de custos de transação institucionais, elementos que poderiam ser evitados com um processo mais estável e consensual.

Sexta Conclusão – Trade-offs Severos da Decisão Regulatória:

Embora motivada por uma preocupação legítima (evitar concentração excessiva e integração vertical danosa), a solução da ANTAQ implicou perda de eficiência estática, redução de arrecadação pública e turbulência regulatória, revelando que o remédio adotado foi desproporcional em relação ao problema visado.

Recomendações:

Diante desse cenário, apresentam-se as seguintes **recomendações**, à guisa de parecer técnico e orientadas pelas melhores práticas econômicas e regulatórias, visando aprimorar o desenho de mercado de concessões portuárias no Brasil:

a) Assegurar concorrência ampla na fase licitatória, com remédios pós-leilão se necessários:

A regra geral deve ser permitir a **participação irrestrita de todos os agentes qualificados** nos leilões de arrendamento portuário, **evitando restrições ex ante** que não estejam expressamente previstas em lei. Se houver legítima preocupação quanto ao resultado (por exemplo, um incumbente vencer e deter posição dominante), deve-se lançar mão de **cláusulas condicionantes ou controle posterior**. No caso de terminais portuários, uma solução equilibrada é incluir no edital uma **condição resolutiva ou obrigação de desinvestimento**: ex. “se o vencedor já operar terminal concorrente na mesma hinterlândia, deverá, como condição para assinatura do contrato, apresentar plano de alienação ou transferência de direitos do terminal preexistente”. Essa medida, já sugerida nos estudos internos da ANTAQ, **mitiga o risco de concentração sem tolher a competição de lances**. Além disso, caso ainda sobre preocupações (como integração vertical armador-terminal), o CADE **pode impor restrições comportamentais** no controle de ato de concentração, ou a agência pode inserir cláusulas de **não discriminação e acompanhamento de práticas comerciais** no contrato de concessão. Em suma, **remédios estruturais ou comportamentais ex post** devem ser preferidos a **exclusão de players ex ante**, salvo em circunstâncias excepcionalíssimas.

b) Fortalecer a coordenação ANTAQ–CADE na análise concorrencial das concessões:

Recomenda-se institucionalizar procedimentos de **consulta prévia ao CADE** quando da elaboração de editais de arrendamento portuário que envolvam potenciais impactos concorrenciais. Poder-se-ia firmar um **acordo de cooperação** ou protocolo entre as entidades para que, identificados riscos de concentração em estudos preliminares, o CADE realize uma **análise preventiva (“competition assessment”)** e emita parecer técnico. Esse parecer embasaria a decisão da ANTAQ sobre necessidade (ou não) de

medidas restritivas. Tal coordenação antecipada evitaria desencontros e retrabalhos: **o filtro antitruste seria aplicado antes da publicação do edital**, alinhando a política setorial portuária à política nacional de defesa da concorrência[60]. O resultado tende a ser mais robusto juridicamente e mais aceito pelos stakeholders, já que conta com a chancela da autoridade especializada. Ressalte-se que o **TCU já demandou essa prática** no caso concreto; cabe às agências implementarem-na de forma sistemática doravante.

3. Observar estritamente o princípio da isonomia e motivação nas eventuais restrições impostas:

Caso, em último caso, se decida incluir alguma restrição de participação em licitações, esta deve ser **fundamentada em critérios objetivos, proporcionais e divulgados com transparência já na fase de consulta pública**. Por exemplo, se a preocupação é capacidade técnico-operacional, que se estabeleça um patamar justificável e isonômico (como exigência de experiência mínima, capacidade financeira etc., o que é usual e permitido). Contudo, **critérios que diferenciem participantes pelo fato de já atuarem ou não no setor/região** são extremamente sensíveis e devem vir acompanhados de **justificativa técnica aprofundada**. A motivação deve explicitar por que tal medida beneficia o interesse público e por que **não há medida alternativa menos restritiva**. Além disso, recomenda-se submeter tais minutas a **consulta pública robusta**, permitindo escrutínio e comentários dos agentes de mercado, de governos locais e da sociedade civil. No caso do STS10, a inclusão tardia das cláusulas pós-consulta prejudicou a legitimidade do processo. Daqui em diante, **mudanças de relevância concorrencial** nos editais **devem ser evitadas após a consulta**, a não ser que decorram de ordem do órgão de controle – e ainda assim, preferencialmente abrindo-se diálogo com os afetados.

4. Adotar limites e salvaguardas proporcionais em vez de exclusões totais:

Em linha com o exposto, é preferível adotar medidas estruturantes proporcionais, que não proíbam a participação de certos players. Por exemplo, caso se queira evitar que um único grupo detenha parcela excessiva da capacidade portuária de determinado mercado relevante, pode-se estipular algum limite que oriente a adoção de medidas proporcionais de desenho de mercado. No setor de telecomunicações, analogamente, optou-se por **spectrum caps** (limites de espectro por operadora) em vez de proibir incumbentes nos leilões – assim, os incumbentes podiam participar, mas sabiam que só poderiam levar até certo montante. Essa abordagem **permite concorrência pelo ativo e simultaneamente previne concentração extrema**. Obviamente, a definição desses limites deve ser técnica e envolver CADE/ANTAQ, mas a mensagem é que **soluções nuançadas** superam soluções binárias de “pode ou não pode participar”.

5. Garantir estabilidade regulatória e confiança dos investidores:

O caso analisado mostra os percalços advindos de alterações regulatórias abruptas. Para preservar a atratividade dos leilões portuários brasileiros – especialmente num momento de busca de investimentos privados – é crucial fornecer aos investidores um ambiente de regras **claras, estáveis e alinhadas às práticas internacionais**. A percepção de regras

“ad hoc” ou potencial favorecimento/desserviço a determinados agentes pode afastar interessados e encarecer o custo de capital (dado o risco regulatório). Portanto, recomenda-se que o Poder Concedente (MPor) e a ANTAQ elaborem **diretrizes públicas de desenho de leilões**, contemplando objetivos concorrenciais. Tais diretrizes poderiam constar em resoluções do Conselho do PPI ou em normativos da ANTAQ, estabelecendo, por exemplo: “Em princípio, a participação nos certames será ampla; somente em casos excepcionais, mediante estudos e aprovação pelas instâncias competentes, poderão ser impostas restrições proporcionais visando resguardar a concorrência, devendo quaisquer medidas assim ser submetidas previamente ao TCU e CADE”. Uma orientação geral assim teria dupla função: **conferir previsibilidade** e sinalizar comprometimento com competição leal.

6. Reforçar mecanismos concorrenciais durante a execução contratual:

Por fim, além do leilão em si, a autoridade pode empregar instrumentos no **próprio contrato de arrendamento para fomentar ambiente competitivo**. Exemplo: cláusulas de **acesso não discriminatório** obrigando o terminal a publicar tarifas e condições equânimes a todos os clientes (impedindo que um armador-controlador favoreça suas cargas em detrimento de concorrentes). Também a **regulação tarifária ex post** pode ser acionada se for detectado abuso de poder de mercado (a Lei dos Portos permite intervenção via regulação de preços se houver redução não transitória de concorrência). Em síntese, **fortalecer a regulação econômica setorial** pode aliviar o dilema de ter que escolher entre um incumbente eficiente, porém possivelmente dominante, e um entrante menos experiente. Se o incumbente vencer, mas souber que estará sujeito à vigilância e obrigações de competição (e.g. acesso de terceiros, tetos tarifários caso abuse, etc.), o **custo concorrencial de sua vitória diminui**. Assim, ANTAQ e CADE, em cooperação, podem monitorar o mercado pós-leilão, garantindo que quaisquer temores iniciais não se concretizem em detrimento dos usuários – e, se acontecerem, agindo prontamente. Isso devolveria confiança de que permitir todos no leilão não significa abrir mão do controle sobre a concorrência no longo prazo.

Conclusão final:

A licitação do Tecon Santos 10 mostrou-se um **marco importante para aprendizagem regulatória**. Ficou evidenciado que **soluções de desenho de mercado mal calibradas podem gerar efeitos colaterais indesejados**, exigindo atuação corretiva das instituições de controle. A abordagem correta, iluminada tanto pela teoria econômica (Milgrom, Roth, Tirole, McAfee, Kominers etc.) quanto pela jurisprudência pátria (TCU, CADE), é buscar um **equilíbrio inteligente: maximizar a competição no leilão**, pois disso derivam transparência e eficiência, e **mitigar quaisquer problemas concorrenciais decorrentes do resultado com instrumentos pós-leilão**, de preferência estruturais e coordenados com as autoridades antitruste.

Dessa forma, atende-se às duas funções econômicas fundamentais da licitação – obtenção de informação e de preços competitivos – sem negligenciar a promoção da concorrência efetiva no mercado a longo prazo. Em última análise, um desenho de

mercado bem-sucedido para concessões portuárias deve **conciliar os imperativos econômicos com os jurídicos**, reforçando a confiança dos agentes e assegurando que o interesse público seja alcançado tanto no momento da adjudicação quanto ao longo de toda a vigência do contrato. O caso STS10, espera-se, servirá para aprimorar futuros processos, garantindo que o Brasil atraia investimentos em infraestrutura **com concorrência, eficiência e integridade**.

11 - Referências bibliográficas e normativas selecionadas:

Bibliografia:

AKERLOF, George A. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

ARROW, Kenneth J. Uncertainty and the welfare economics of medical care. *The American Economic Review*, v. 53, n. 5, p. 941-973, Dec. 1963

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. *Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts*. RAND Journal of Economics, v. 32, n. 3, p. 387-407, 2001

BAZERMAN, Max H.; SAMUELSON, William F. I won the auction but don't want the prize. *Journal of Conflict Resolution*, 27(4), 618-634, 1983. Smith, James L., “Non-Aggressive Bidding Behavior and the ‘Winner’s Curse,’” *Economic Inquiry*, 19, July, 1981: 380-388.

BULOW, Jeremy; KLEMPERER, Paul. Auctions versus negotiations. *The American Economic Review*, Nashville, v. 86, n. 1, p. 180-194, mar. 1996

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho. *Regulação e concorrência nos portos*. Belo Horizonte: Fórum, 2025.

HAYEK, Friedrich A. The use of knowledge in society. *The American Economic Review*, v. 35, n. 4, p. 519-530, 1945.

KLEMPERER, P. (2004). *Auctions: Theory and Practice*. Princeton University Press.

KOMINERS, Scott Duke; TEYTELBOYM, Alexander; CRAWFORD, Vincent P. *An invitation to market design*. Oxford Review of Economic Policy, v. 33, n. 4, p. 541-571, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oxrep/grx063>. Acesso em: 26 ago. 2025.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; ALMEIDA, João Paulo Simões de; FORTE, André Matos. *Concorrência e regulação: a relação entre a autoridade da concorrência e as autoridades de regulação setorial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15).

MARQUES NETO. Floriano de Azevedo Marques. A regulação setorial e a autoridade antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO; ROCHA; MATTOS (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, p.100).

McAFEE, R. Preston. Auction design for privatization. In: HURWICZ, Leonid; SCHMALENSEE, Richard; STIGLITZ, Joseph E. (ed.). *Privatization*. Cambridge, MA: MIT Press, 1998. p. 229-278.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MILGROM, Paul. *Aplicando a teoria dos leilões: do pioneiro do desenho de leilões de espectro*. Tradução de Edite Sievert. 1. ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2023.

NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson. O que o Prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente? *IRB – Instituto Rui Barbosa*, [s.l.], 2020. Disponível em: <https://irbcontas.org.br/artigos/o-que-o-premio-nobel-de-economia-de-2020-tem-a-ensinar-a-hely-lopes-meirelles-o-modelo-de-licitacoes-que-temos-no-brasil-e-eficiente/>. Acesso em: 26 ago. 2025.

NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Ronny Charles Lopes de; CAMELO, Bradson. *Teoria econômica das licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação** e o problema da seleção adversa. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, Belo Horizonte, v. 18, n. 69, p. 9–32, abr./jun. 2020.

RIBEIRO, Cassio Lourenço. **Relatório de Análise de Impacto Econômico e Regulatório**: Quanto custam as restrições na licitação do terminal de contêineres Tecon Santos 10.

ROTH, Alvin E. *Como os mercados funcionam: a nova economia da correspondência e do design de mercados*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

SAUSSIÉ, Stéphane; DELATTRE, Vincent. *Competition in public-private partnerships: the role of contract design*. *Annals of Public and Cooperative Economics*, v. 83, n. 2, p. 157-176, 2012.

TIROLE, Jean. *The theory of industrial organization*. Cambridge, MA: MIT Press, 1990.

TIROLE, Jean. *Market Failures and Public Policy*. *American Economic Review*, v. 105, n. 6, p. 1665-1682, 2015.

Legislação e jurisprudência.

Tribunal de Contas da União – **Acórdão TCU Plenário nº 1220/2022** (caso PAR12 – Paranaguá, mencionando princípio da ampla concorrência em arrendamentos).

Tribunal de Contas da União – **Processo TC 039.355/2023-3 (Arrendamento ITG02/Itaguaí)**: Relatório e Voto do Min. Walton Alencar (sessão de 13/9/2024).

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – **Nota Técnica SEI nº 14/2021/CADE** (análise preventiva de arrendamentos portuários, citada no Acórdão TCU supra).

Lei Federal nº 12.815/2013 – Lei dos Portos (especialmente arts. 4º, 5º e 34, que tratam da licitação de arrendamentos e competição intraportuária).

Constituição Federal de 1988 – art. 170, IV (princípio da livre concorrência) e art. 37, XXI (princípio da isonomia nas licitações).

Lei Federal nº 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência (art. 36, §2º: presunção de posição dominante; art. 9º: competência do CADE para zelar pela concorrência).

Decreto nº 8.033/2013 – Regulamenta a Lei dos Portos (prevendo participação do TCU na aprovação de editais).

Resolução ANTAQ nº 858/2007 – (Dispõe sobre procedimentos licitatórios de arrendamentos portuários, incorporando princípios da Lei 8.666/93).

Fontes Conectadas:

AGÊNCIA INFRA. *Antaq sugere restringir competição pelo Tecon Santos 10 afastando grandes operadores*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/antaq-sugere-restringir-competicao-pelo-tecon-santos-10-afastando-grandes-operadores/#:~:text=A%20proposta%20prev%C3%AA%20um%20leil%C3%A3o,seria%20aberta%20a%20outros%20participantes>. Acesso em: 26 ago. 2025.

AGÊNCIA INFRA. *TCU já alertou Antaq que restringir players em leilão portuário depende de análise do Cade*. Disponível em: <https://agenciainfra.com/blog/tcu-ja-alertou-antaq-que-restringir-players-em-leilao-portuario-depender-de-analise-do-cade/#:~:text=No%20voto%20que%20definiu%20o,no%20porto%20levarem%20o%20STS10>. Acesso em: 26 ago. 2025.

BRAZIL JOURNAL. *Mais custo Brasil: no leilão de Santos, a ANTAQ quer menos competição*. *Brazil Journal*, 23 maio 2024. Disponível em: <https://braziljournal.com/mais-custo-brasil-no-leilao-de-santos-a-ANTAQ-quer-menos-competicao/#:~:text=A%20mudan%C3%A7a%20impossibilita%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o,escoamento%20de%20cargas%20do%20Brasil>. Acesso em: 26 ago. 2025.

CNN Brasil. *TCU discorda de restrições do governo e prevê leilão aberto em Santos*. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/economia/investimentos/tcu-discorda-de-restricoes-do-governo-e-preve-leilao-aberto-em-santos/>. Acesso em: 27 ago. 2025.

INFRA NEWS. *Tecon 10 e os limites da competição portuária no Brasil*. Disponível em: <https://infranews.com.br/tecon-10-e-os-limites-da-competicao-portuaria-no-brasil/#:~:text=Tecon%2010%20e%20os%20limites,o%20m%C3%A9rito%20da%20restri%C3%A7%C3%A3o%20concorrencial>. Acesso em: 26 ago. 2025.

JOTA. *Entenda o impasse no leilão de terminal no Porto de Santos que o TCU enfrenta*. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/transporte-maritmo-e-concorrencia/entenda-o-impasse-no-leilao-de-terminal-no-porto-de-santos-que-o-tcu-enfrenta>. Acesso em: 26 ago. 2025.

JOTA. *Insatisfação com leilão do Porto de Santos gera riscos à segurança jurídica*. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/transporte-maritmo-e-concorrencia/insatisfacao-com-leilao-do-porto-de-santos-gera-riscos-a-seguranca-juridica>. Acesso em: 26 ago. 2025.

POLÍTICA BRASILEIRA. *Justiça dá prazo para agência explicar critérios de leilão de contêineres*. Disponível em: <https://politicabrasileira.com.br/politicas-publicas/infraestrutura/justica-da-prazo-para-agencia-explicar-criterios-de-leilao-de-containeres/#:~:text=Leil%C3%A3o%20do%20Tecon%2010%3A%20Justi%C3%A7a,%C3%A9%20questionado%20por%20governo%20paulista>. Acesso em: 26 ago. 2025.