

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC-SP**

**Roberto Zilsch Lambauer**

**Autorização para Terminal Portuário de Uso Privado (TUP)**

**na lei nº 12.815/2013**

**MESTRADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO**

**2015**



**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

**PUC-SP**

**Roberto Zilsch Lambauer**

**Autorização para Terminal Portuário de Uso Privado (TUP)  
na Lei nº 12.815/2013**

**MESTRADO EM DIREITO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: Efetividade do Direito (área de concentração: Efetividade do Direito), sob a orientação do Prof. Dr. Clóvis Beznos.

**SÃO PAULO**

**2015**



**Banca Examinadora**

---

---

---



## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Clovis Beznos pela acurada orientação ao longo do curso de Mestrado e em especial por ter privilegiado uma visão aberta do Direito Público, sem o necessário apego a esquemas teóricos rígidos e polarizações ideológicas que costumam marcar este instigante ramo do Direito, sempre em constante evolução.

Agradeço ainda à Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti e ao Professor Jacintho de Arruda Câmara pelas importantes observações realizadas na banca de qualificação, que foram extremamente valiosas para o aprimoramento deste trabalho.

Gostaria de dedicar o trabalho ainda aos meus pais Mathias Lambauer e Gisela Zilsch, que sempre lutaram para assegurar-me educação da melhor qualidade, o que possibilitou a minha busca pelo grau de mestre nesta elevada instituição.

Por fim, gostaria de agradecer à minha amada Juliana Moura pelas inúmeras demonstrações de carinho e companheirismo nesta longa trajetória, sempre com a sabedoria e o equilíbrio de quem já integra o seletivo grupo de pós-graduados *stricto sensu*.



## RESUMO

O objetivo deste trabalho é caracterizar o regime jurídico da autorização para exploração de terminal de uso privado outorgada sob a Lei nº 12.815/2013 e normas infralegais aplicáveis, notadamente o Decreto Federal nº 8.033/2013 e a Resolução ANTAQ nº 3.290/2014. Identificamos a origem da autorização no setor portuário e o emprego de tal mecanismo de outorga para o fomento da concorrência entre terminais públicos e privados. Após delimitar o contexto em que foi editada a Lei nº 12.815/2013, expomos os critérios que diferenciam a autorização das demais modalidades contratuais previstas na referida norma. O trabalho dedica especial atenção ao procedimento de outorga da autorização e às regras aplicáveis ao contrato de adesão. São examinadas, ainda, questões controversas como o dever de compartilhamento das instalações com terceiros e o direito à indenização em caso de extinção antecipada do vínculo. O trabalho também aborda as assimetrias entre os regimes da autorização e do arrendamento. Por fim, examinamos se os operadores que receberam autorização sob a lei anterior em áreas situadas em portos organizados têm direito a permanecer em tal regime.

**Palavras-chave:** Autorização. Terminal Portuário de Uso Privado (TUP). Lei nº 12.815/2013.



## ABSTRACT

This paper deals with the legal framework applicable to authorizations for private port terminals issued under Law No. 12,815/2013 and applicable regulation, notably Federal Decree No. 8,033/2013 and Resolution No. 3,290/2014, issued by the National Agency for Waterway Transportation – ANTAQ. The paper identifies the origin of the authorization in the port sector and the use of said grant mechanism to increase competition between public and private port terminals. After commenting on the context in which Law No. 12,815/2013 was enacted, we address the criteria distinguishing the authorization from the other types of contracts provided in the referred law. The study emphasizes the procedure for the grant of authorization and the rules applicable to the Adhesion Contract. It also deals with controversial issues such as the grant of easement and access to third parties and the payment of indemnification in case of early termination of the grant. Finally, we analyze whether operators that were granted authorization under the previous legal framework in areas located in public ports have acquired right to remain under the same arrangement.

**Keywords:** Authorization. Port Terminal for Private Use (TUP). Law No. 12,815/2013



## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
1.1 Os principais desafios envolvendo a autorização para terminais de uso privado sob a Lei nº 12.815/2013 .....	9
1.2 A relevância dos terminais de uso privado para o desenvolvimento do setor portuário.....	12
2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO SETOR PORTUÁRIO.....	15
2.1 O setor portuário no século XIX – a concessão de obra pública e o Decreto nº 1.746/1869 .....	15
2.2 A previsão do arrendamento portuário como mecanismo alternativo para desenvolvimento dos portos – Lei nº 3.314/1886.....	18
2.3 Início do século XX – a manutenção dos módulos contratuais oriundos do período imperial .....	18
2.4 Sistematização normativa do setor portuário a partir da Constituição de 1934.....	19
2.5 Décadas de sessenta a oitenta – período de estatização – criação de companhias de docas e da Portobrás .....	23
2.6 A reforma do setor portuário na década de noventa – a Lei nº 8.630/1993.....	26
2.7 Conclusões parciais.....	29
3 A NOVA LEI DOS PORTOS .....	33
3.1 As diretrizes adotadas pela Lei nº 12.815/2013.....	33
3.2 A opção pela unificação de competências na Secretaria Especial de Portos.....	35
3.3 O critério de separação entre os regimes jurídicos de exploração dos serviços portuários .....	39
3.4 A concessão do porto organizado .....	40
3.5 O arrendamento de áreas situadas no porto organizado.....	43
3.6 A autorização para instalações portuárias situadas fora do porto organizado .....	49
4 A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO PORTUÁRIO POR INTERMÉDIO DE AUTORIZAÇÃO .....	55
4.1 Os múltiplos significados do termo “autorização” na Constituição Federal .....	55
4.2 Normas constitucionais atribuindo competência à União Federal para a disciplina do serviço público portuário .....	68
4.3 A necessidade de consulta à norma setorial para delimitação do regime jurídico aplicável.....	70
4.4 A noção de serviço público adotada neste trabalho .....	72
4.5 A evolução da noção de serviço público e o cotejo com a autorização portuária .....	76
5 O PROCEDIMENTO DE OUTORGA DA AUTORIZAÇÃO E A COMPATIBILIDADE COM A POLÍTICA SETORIAL.....	89
5.1 Etapa inicial do procedimento: anúncio público ou chamada pública.....	90
5.2 Adequação às diretrizes do planejamento e às políticas setoriais.....	92
5.3 A viabilidade locacional .....	98
5.4 Outorga de autorização portuária e o dever de licitar .....	101
5.5 Providências pré-contratuais.....	105
6 REGIME JURÍDICO DA AUTORIZAÇÃO PORTUÁRIA .....	107
6.1 A outorga de autorização portuária por prazo certo e a estabilidade do vínculo.....	107

6.2 Cláusulas obrigatórias do contrato de adesão e as diferenças em relação ao regime de arrendamento .....	113
6.3 Deveres e direitos do autorizatário .....	115
6.4 O dever de compartilhamento com terceiros .....	120
6.5 O direito a renovações sucessivas .....	124
6.6 As hipóteses de extinção da autorização portuária.....	126
7 ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS ENTRE ARRENDATÁRIOS E AUTORIZATÁRIOS .....	129
7.1 As controvérsias suscitadas por associação de empresas com atuação em terminais públicos .....	129
7.2 O exame da questão sob a ótica da Lei nº 12.815/2013 .....	133
7.3 Autorizações outorgadas sob o regime anterior em áreas de portos organizados .....	137
8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
REFERÊNCIAS.....	145

## 1 INTRODUÇÃO

### 1.1 Os principais desafios envolvendo a autorização para terminais de uso privado sob a Lei nº 12.815/2013

Um dos aspectos que mais desperta a atenção na Lei nº 12.815/2013 é o seu viés centralizador. Em diversos dispositivos, há menção às diretrizes aplicáveis indistintamente a todas as modalidades de outorga, inclusive à autorização, objeto deste estudo. No art. 3

Sob a Lei nº 12.815/2013, a diretriz de expansão, modernização e otimização da estrutura portuária estende-se ao autorizatário, que também deve zelar pelos parâmetros de qualidade do serviço. O autorizatário está obrigado a promover investimentos, manter os serviços portuários e garantir amplo acesso às instalações portuárias durante a vigência do contrato de autorização. Tais diretrizes permitem inferir que a autorização conferida com base na Lei nº 12.815/2013 é um instrumento de outorga do serviço público portuário – o que, aliás, decorre de expressa determinação constitucional (art. 21, XII, alínea “f”, da Constituição Federal).<sup>2</sup>

Os objetivos visados pela Lei nº 12.815/2013 com a concessão, o arrendamento e a autorização são os mesmos: promover a expansão do setor portuário (art. 3º, I), mediante estímulo à concorrência entre as instalações portuárias (art. 3º, V), visando a atribuir maior eficiência aos serviços (art. 3º, III). Há também o objetivo de zelar pelos direitos dos usuários (em especial a igualdade de condição de acesso às instalações portuárias).<sup>3</sup>

Para atingir os referidos objetivos, o legislador previu três arranjos contratuais distintos, quais sejam a concessão (do porto organizado como um todo), o arrendamento (voltado para instalações portuárias situadas no porto organizado) e a autorização (para instalações portuárias implementadas fora do porto organizado), submetendo todas as outorgas ao intenso controle da União Federal, por intermédio da Secretaria Especial de Portos. Apesar de haver nuances entre os regimes jurídicos de cada instrumento de outorga,

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 12.815/2013. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2013b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

<sup>2</sup> Idem, Constituição (1988). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

<sup>3</sup> Idem, 2013b, Art. 3º, II.

há absoluta convergência quanto aos objetivos aos quais todos estão atrelados por força da Lei nº 12.815/2013.

Uma questão antecedente que se coloca, a ser examinada ao longo do estudo, diz respeito à constitucionalidade do uso da autorização como instrumento de outorga do serviço público. Teria o constituinte “errado” ao prever a autorização entre as demais modalidades previstas no art. 21, XII, alínea “f”, da Constituição? Seria tal previsão incompatível com o art. 175 da Constituição, o qual prevê incumbir ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão e permissão?

Assumindo que a autorização seja válida como instrumento de outorga de serviço público, outra questão que se coloca é se o legislador poderia ter instituído um regime mais flexível de exploração quando comparado àqueles estabelecidos para a concessão e para o arrendamento portuário, que também envolvem a delegação do serviço público portuário. O autorizatário atua sem vinculação à autoridade portuária do porto organizado, além de estar dispensado de contratar mão de obra avulsa por intermédio dos órgãos gestores de mão de obra (OGMOs). O regime mais flexível é uma forma de fazer frente ao alto risco a ser enfrentado pelo autorizatário, que deverá construir um terminal portuário a partir do zero, sem contar com a estrutura do porto organizado, além de atuar sem garantia de equilíbrio econômico-financeiro durante a vigência do contrato de autorização.

A circunstância de haver múltiplos regimes para o serviço portuário repercute diretamente no elemento formal do serviço público, pois coloca em cheque uma suposta unidade normativa.<sup>4</sup> Essa é outra questão que se pretende abordar nos próximos capítulos.

Merece atenção especial, ainda, o procedimento de outorga da autorização. A lei exige que a concessão e o arrendamento sejam precedidos de licitação.<sup>5</sup> Para a autorização, a lei estabelece um processo de chamada ou anúncio público, o qual poderá dar origem a um processo seletivo público tomando como critério de julgamento a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga.<sup>6</sup> Note-se que esses mesmos critérios são aplicáveis às licitações dos contratos de concessão e de

---

<sup>4</sup> Conforme ensinamento de Celso Antonio Bandeira de Mello, a submissão a um regime jurídico especial é um dos elementos essenciais do serviço público: “O segundo elemento, formal, isto é, a submissão a um regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo, é que confere caráter jurídico decisivo à noção de serviço público. Sua importância, pois, é decisiva. Convém, então, enumerar princípios que inexoravelmente terão de comparecer quando se esteja perante uma atividade qualificável como serviço público” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 694).

<sup>5</sup> BRASIL, 2013b, Art. 4º.

<sup>6</sup> BRASIL, 2013b, Art. 12, § 3º.

arrendamento, o que pode suscitar dúvida sobre a aplicabilidade do dever de licitação para outorga das autorizações.<sup>7</sup> Ainda que o processo seletivo público não receba a denominação formal de licitação, haveria alguma diferença relevante do ponto de vista material entre tal processo e a licitação para a celebração de concessão e de arrendamento?

Outro objetivo do trabalho é examinar se há discricionariedade na outorga da autorização. Pelo artigo 12, *caput*, a autorização somente poderá ser outorgada se for compatível com as diretrizes do planejamento e com as políticas do setor portuário fixadas pela União, por intermédio da Secretaria Especial de Portos. Face ao referido dispositivo, seria possível cogitar uma autorização vinculada, a ser outorgada a todos os interessados que demonstrassem capacidade para seu desempenho?<sup>8</sup> Caso fosse confirmada a impressão de que a autorização é discricionária, haveria alguma forma de evitar arbitrariedades no ato de outorga?

É possível questionar ainda se a autorização dá origem a um vínculo estável. Pelo art. 8º, § 2º, a resposta seria positiva, pois tal dispositivo prevê que as autorizações vigorarão por até 25 anos, prazo esse prorrogável por períodos sucessivos. Tal atributo não é aceito de forma pacífica, pois a doutrina tradicionalmente aponta a precariedade como um traço típico da autorização.

Também pode ser debatida a natureza do vínculo da autorização. Pelo art. 2º, XII, e pelo art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.815/2013, a autorização seria um contrato. Porém, pelo art. 14, a autorização seria um ato administrativo unilateral, pois o referido dispositivo faz menção à “expedição de autorização”. O que se questiona, além do caráter unilateral ou contratual da autorização, é se tal atributo geraria alguma repercussão quanto à estabilidade do vínculo, ainda que se concluísse que a autorização é um ato unilateral.

A Lei nº 12.815/2013 não prevê direito a indenização na hipótese de extinção antecipada da autorização, sem culpa da autorizatária. O estudo procura traçar uma solução satisfatória para essa questão, a partir de interpretação sistemática do ordenamento. Dedicamo-nos, ainda, a enfrentar outro desdobramento relacionado à extinção da autorização, qual seja o direito (ou a mera expectativa) do autorizatário a renovações sucessivas.

Aproveitamos a oportunidade para tecer alguns comentários sobre o direito de acesso de terceiros a instalações portuárias autorizadas, desde que assegurada remuneração adequada

---

<sup>7</sup> Ibidem, Art. 6º.

<sup>8</sup> Ibidem, Art. 1º, § 3º.

ao titular da outorga (art. 13 da Lei nº 12.815/2013). Tal direito foi precariamente regulamentado pelo art. 28 da Resolução da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) nº 3.290/2014.

Capítulo à parte é dedicado às assimetrias entre os regimes de arrendamento e autorização, tema esse que tem sido objeto de controvérsia na última década tendo em vista a crescente competição entre terminais públicos e privados pela movimentação de carga de terceiros.

Por fim, examinamos a delicada situação das autorizações outorgadas sob o regime anterior em relação a áreas situadas em portos organizados. Pela Lei nº 12.815/2013, somente é possível a outorga de autorização fora da perimetral do porto organizado. Há quem defenda a necessidade de transição de regime nesse caso (da autorização para o arrendamento), como forma de coibir concorrência desleal resultante da assimetria de regimes. Por outro lado, tal aspecto deve ser ponderado com a segurança jurídica, que em uma análise *prima facie* levaria à preservação da outorga expedida anteriormente à Lei nº 12.815/2013.

## **1.2 A relevância dos terminais de uso privado para o desenvolvimento do setor portuário**

Antes de enfrentarmos os intrincados debates jurídicos atrelados às autorizações portuárias, é importante que tenhamos consciência da importância desse mecanismo de outorga para a economia nacional. O setor de portos responde pela totalidade das exportações do país, sendo o principal canal de exportação das *commodities*. Parcela relevante da carga exportada passa pelos terminais de uso privado, conhecidos como TUPs.

De acordo com o Anuário Estatístico Aquaviário divulgado pela ANTAQ em abril de 2015, o setor portuário movimentou 970 milhões de toneladas de carga em 2014.<sup>9</sup> Os TUPs movimentaram 621 toneladas (64% do total), enquanto que os portos organizados responderam por 349 toneladas. Os TUPs têm importância especial para exportação de minério de ferro, que responde por 46,2% do total movimentado nessa modalidade de

---

<sup>9</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Anuário Estatístico Aquaviário 2014*. Disponível em: <[http://www.agricultura.gov.br/arq\\_editor/file/camaras\\_tematicas/Infraestrutura\\_e\\_logistica/41RO/Anuario%20Aquaviario%202014%20CONAPORTOS.pdf](http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_tematicas/Infraestrutura_e_logistica/41RO/Anuario%20Aquaviario%202014%20CONAPORTOS.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015.

terminal. Os combustíveis e óleos minerais (carga a granel líquido) têm participação de 27,2%, o que ressalta a importância dos TUPs para o setor de óleo e gás.

Esses números evidenciam uma das grandes vantagens dos TUPs: permitir a movimentação de carga especializada, geralmente a partir de localizações estratégicas na cadeia logística.<sup>10</sup> Por outro lado, há uma crescente demanda pela movimentação de *contêineres* destinados à movimentação de carga geral, embora em velocidade inferior à desejada por especialistas. Nesse segmento de movimentação de carga geral, os portos públicos e os TUPs tendem a competir mais incisivamente, levando vantagem o operador que oferecer os menores custos de forma a trazer mais eficiência para a cadeia logística.

Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013, foram autorizados 40 novos TUPs, totalizando investimentos da ordem de R\$ 11 bilhões. Do total de TUPs autorizados, oito já entraram em operação e outros 28 encontram-se em estágio de implementação. Os quatro pedidos remanescentes referem-se a terminais que já operavam anteriormente, em relação aos quais foram realizados pedidos de expansão, envolvendo investimentos da ordem de R\$ 2,5 bilhões. Ainda que o mau momento pelo qual passa o país possa frear o ritmo dos projetos, para o ano corrente foram projetados 63 novos requerimentos para implementação de TUPs no Programa de Investimentos em Logística (PIL), com o potencial para atrair até R\$ 14,7 bilhões.<sup>11</sup>

Dentre os maiores TUPs em operação, merecem destaque o TUP Ponta da Madeira, responsável pela movimentação de 27,1 milhões de toneladas de carga no segundo trimestre de 2014 e o TUP CVRD Tubarão, que movimentou 26,9 milhões de toneladas no mesmo período.<sup>12</sup> Os TUPs Almirante Barroso e Ilha Guaíba também atingiram movimentações expressivas, da ordem de 13,2 e 10,4 toneladas, respectivamente.

Esses números são mencionados apenas a título ilustrativo, de forma a percebermos a importância dos TUPs para a redução do gargalo logístico que compromete a competitividade do Brasil no contexto do comércio internacional.

O objetivo deste trabalho é elucidar as principais controvérsias em torno da autorização portuária, de forma a contribuímos para a formação de um ambiente jurídico

---

<sup>10</sup> No Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há diversos TUPs nas proximidades da área do pré-sal.

<sup>11</sup> MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. *Portos*. 2015. Apresentação. 69 slides. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2015/portos-pil2015>>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>12</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Gerência de Estatística e Avaliação de Desempenho. *Boletim Informativo*. 2º trimestre 2014. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/estatisticas/arquivos-estatisticas/boletimportuariosegundotrimestre2014.pdf>>. Acesso em 18 out. 2015.

favorável à atração de investimentos necessários para o desenvolvimento do setor portuário. Para atingirmos esse propósito, será necessário dialogar com grandes temas do direito administrativo na atualidade, como o emprego da autorização na outorga de serviços públicos e a aplicabilidade de procedimentos de chamada pública para a preservação dos princípios da isonomia e da publicidade. Os temas são novos e encarados com desconfiança pela comunidade jurídica, o que torna o desafio instigante.

## 2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA NO SETOR PORTUÁRIO

As formas de atuação estatal no setor de portos têm oscilado de acordo com as opções políticas de cada época. Ao longo da exposição, demonstraremos que não apenas o nível de intervenção estatal, mas também a atuação de particulares, contemplaram variados formatos ao longo do tempo.<sup>13</sup> Longe de representar mera curiosidade, o panorama histórico fornece elementos importantes para compreensão das opções legislativas que culminaram na edição da Lei nº 12.815/2013, objeto deste estudo.

### 2.1 O setor portuário no século XIX – a concessão de obra pública e o Decreto nº 1.746/1869

O Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas, promulgado em 1808, é frequentemente apontado como o primeiro registro documental do setor. Esse diploma autorizou a abertura dos portos no Brasil ao comércio com as nações amigas de Portugal, do que se beneficiou largamente o comércio britânico. O documento marca o fim do Pacto Colonial, com a extinção do controle de Portugal sobre produtos exportados pelo Brasil.

A abertura dos portos nacionais ao comércio marítimo internacional não foi acompanhada de qualquer atuação estatal. Itiberê Rodrigues aponta que a primeira ingerência estatal no setor veio a ocorrer somente em 1810, com a criação de postos alfandegários junto aos portos para cobrança de tributos sobre a movimentação de carga.<sup>14</sup> Até então, os portos recebiam o tratamento de bens de uso comum do povo. Não havia nenhuma norma regendo a atividade portuária em si.

No subseqüente período imperial, o controle dos portos refletiu preocupação relacionada à soberania.<sup>15</sup> Os portos serviam como porta de acesso ao território nacional. É

---

<sup>13</sup> GARCIA, Flavio Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael. Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 221/222.

<sup>14</sup> RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime da Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, v. 10, n. 38, p. 147, jul./set. 2012.

<sup>15</sup> Para o traçado de interessante evolução histórica do setor de portos, ver MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos: A lei nº 12.815/2013 e seus desafios. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 37.

esclarecedor constatar que, na Constituição do Império de 1824, a única menção aos portos dizia respeito à competência do Poder Legislativo para “conceder, ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra e mar dentro do Império, ou dos portos delle” (art. 15, XII).<sup>16</sup> Exigia-se autorização legislativa específica para a entrada de navios estrangeiros em território nacional, tamanha a preocupação que evento desta natureza suscitava.<sup>17</sup>

Nas décadas seguintes, o Governo Imperial começa a se dar conta da importância dos portos e do alto volume de investimentos necessários para o seu desenvolvimento. Tendo em vista a escassez de recursos do Tesouro, o governo tenta atrair investimentos privados. Nesse contexto, foi editado o Decreto nº 1.746/1869.<sup>18</sup> O referido diploma autorizou o Império a contratar (art. 1º, § 1º) empresários para a construção de obras de docas e armazéns em (i) portos já existentes; ou (ii) em portos a serem desenvolvidos. A concessão da obra vigoraria por até 90 anos (art. 1º, § 3º). Findo tal período, as obras reverteriam ao Império. Durante a exploração da obra, os empresários poderiam cobrar “taxa regulada” (art. 1º, § 5º) pela prestação de serviços. O decreto previu, ainda, a possibilidade de o Império “encarregar as companhias de docas o serviço de capatazias e de armazenagem das alfândegas” (art. 1º, § 7º). Por conta dessa última menção, o decreto passou a ser conhecido como Lei das Docas.

O mecanismo previsto no Decreto nº 1.746/1869 corresponde claramente à figura da concessão de obra pública.<sup>19</sup> É o que afirma Caio Tácito:

Primeiramente, o Decreto nº 1.746, de 1869, acima citado, adotou um esquema financeiro de extrema simplicidade, reconhecendo-se o capital único a ser investido pelo concessionário em período certo, bem como o congelamento, em um fundo de amortização, dos lucros líquidos do negócio, apenas disponível no término da concessão. Acolhe-se, em suma, a figura da concessão de obra pública, familiar ao direito Francês da época.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> BRASIL. Constituição (1824). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

<sup>17</sup> Em comentário à Constituição do Império, José Antonio Pimenta Bueno observou que “A entrada de forças estrangeiras dentro do império é matéria de grande importância, para que a constituição olvidasse que ela deve ser determinada por lei [...] Ainda mesmo em tempo de paz a entrada e demora, embora amigável, de grande força de navios de guerra ou tropas estrangeiras dentro de portos, baías ou águas territoriais, é assunto que demanda muita atenção: quanto mesmo inocente pode isso afetar não só a polícia do porto, como a segurança do território” (BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p. 97.)

<sup>18</sup> BRASIL. Decreto nº 1.746/1869. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1746-13-outubro-1869-552569-publicacaooriginal-69884-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>19</sup> Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues comenta que, em 1828, foi editada uma Carta de Lei prevendo normas “para a construção das obras públicas que tivessem por objecto a navegação dos rios [...] portos, pontes, calçadas ou aqueductos” pela iniciativa privada, prevendo-se a amortização de investimentos através da cobrança de taxas de uso e de passagem (RODRIGUES, 2012, p. 148).

<sup>20</sup> TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 357.

Naquele momento histórico, a concessão de obra pública não tinha relação com o regime de serviço público. Segundo Giovanna Mayer, “a atividade portuária não era considerada um serviço público [...] A questão estava mais ligada à infraestrutura do que à prestação de serviço público, categoria que no século XIX ainda era desconhecida [...]”.<sup>21</sup>

Ao privado era alocada a obrigação de executar a obra portuária, sendo a sua remuneração extraída a partir da exploração da própria obra. Itiberê Rodrigues comenta que um exemplo marcante foi a concessão de obras de melhoria no Porto de Santos, realizada por meio do Decreto de Concessão nº 9.979/1888.<sup>22</sup> Tal decreto previa que os concessionários “terão o uso e gozo das obras [...] pelo prazo de trinta e nove anos [...]”.<sup>23</sup> Estabeleceu-se a reversão da obra ao Estado ao término da concessão.

A tentativa do Império de contratar concessões de obras não surtiu os efeitos desejados. Salvo algumas exceções, os particulares não aportaram os investimentos previstos por ocasião das outorgas.<sup>24</sup> O reduzido volume de investimentos privados levou o Governo Imperial a buscar alternativas para o desenvolvimento dos portos.

---

<sup>21</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 76.

<sup>22</sup> RODRIGUES, 2012, p. 152.

<sup>23</sup> A situação factual do Porto de Santos foi bem descrita em seguinte trecho de reportagem do jornal A Tribuna: “Ao chegar no Porto de Santos, os navios ancoravam no meio do estuário e as cargas eram descarregadas em pequenos barcos, que as traziam até as pontes dos armazéns, os trapiches. Escravos faziam o transporte dessa mercadoria até os galpões, construídos em madeira, escuros e insalubres. Era assim que funcionava o Porto em 1870.

Nessa época, o Império não passava por um bom momento e, diante da pressão de exportadores de café para que a infraestrutura portuária melhorasse, a escolha foi passar a administração do Porto de Santos para a iniciativa privada. Caberia a ela construir com seu próprio dinheiro uma estrutura de cais e atracação. Em troca, teria o direito de explorar o novo complexo por 90 anos.

O projeto, porém, ficou no papel durante anos. Apenas em 1886, a concorrência para a construção e concessão do cais chamou a atenção de seis investidores. Os vencedores do processo foram conhecidos dois anos depois. Era o grupo liderado por Eduardo Guinle e Cândido Gafrée, então comerciantes no Rio de Janeiro. Eles formaram a Companhia Docas de Santos (CDS), que em 2 de fevereiro de 1892, entregou os primeiros 260 metros de costado, localizados na direção do atual Armazém 4, no Centro” (MAIA, Leandro. O surgimento da Companhia Docas de Santos. *A Tribuna*. 31 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/porto%26mar/o-surgimento-da-companhia-docas-de-santos>>. Acesso em 4 abr. 2015.

<sup>24</sup> “[...] boa parte das concessões não saiu do papel, não tendo sido as docas e portos construídos pelos privados tal qual previstos nos planos de obras, ou tal qual previstos nos cronogramas dessas obras” (RODRIGUES, 2012, p. 150).

## **2.2 A previsão do arrendamento portuário como mecanismo alternativo para desenvolvimento dos portos – Lei nº 3.314/1886**

Sem eliminar a figura da concessão de obra pública, a Lei nº 3.314/1886 estabeleceu um mecanismo adicional denominado arrendamento portuário. Por meio do arrendamento, o Governo Imperial atraía para si a responsabilidade pela execução das obras. Para fazer frente aos investimentos necessários, o Governo passou a taxar as importações e exportações de mercadorias realizadas via portos. De acordo com Paulo Peltier de Queiroz Júnior, as obras seriam custeadas pelo Tesouro Nacional e em seguida arrendadas a particulares, que passariam a ser responsáveis pela sua exploração.<sup>25</sup>

A principal distinção entre a concessão e o arrendamento portuário dizia respeito à responsabilidade pela realização da obra. Na primeira modalidade (concessão), a obrigação de construir era imputada ao concessionário. Já no arrendamento portuário, cabia ao Governo realizar a obra. Em ambas as hipóteses, a atividade portuária era reflexo da utilização de bem público. O vínculo não era interpretado sob a ótica da delegação de serviço público, noção inexistente à época.

## **2.3 Início do século XX – a manutenção dos módulos contratuais oriundos do período imperial**

A Constituição de 1891 – pela qual teve início o período republicano – nada dispôs sobre o regime de exploração dos portos, contendo previsões singelas sobre o tema.<sup>26</sup> A referida carta proibia a União de “criar, de qualquer modo, distinções e preferências em favor dos portos de uns contra os de outros Estados” (art. 8º). Além disso, foi imputada ao Congresso Nacional a competência para legislar sobre comércio exterior e interior, bem como sobre o alfandegamento de portos (art. 34, § 5º).

---

<sup>25</sup> QUEIROZ JÚNIOR, Paulo Peltier de. A reforma conceitual do sistema portuário nacional. Parte I. *Porto Gente*. 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.portogente.com.br/texto.php?cod=5789>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

<sup>26</sup> BRASIL. Constituição (1891). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

Egon Bockmann Moreira comenta que a Constituição de 1891 deixou em segundo plano as implicações dos portos para a soberania nacional, tendo passado a tratar de questões pertinentes ao equilíbrio federativo (isonomia entre estados) e ao comércio e à tributação internacionais. As referidas previsões constitucionais mesclavam elementos de atividade de polícia e direito aduaneiro.<sup>27</sup> Outro aspecto importante da Constituição de 1891 foi ter iniciado o processo de concentração, na esfera federal, de competências afetas ao setor de portos.<sup>28</sup>

No início do século XX, foi mantida a divisão oriunda do período imperial entre a concessão de obra pública e o arrendamento. O Decreto nº 4.859/1903 previa que as obras portuárias poderiam ser executadas pela própria administração (para posterior arrendamento a particular) ou mediante contrato de concessão (art. 2º).<sup>29</sup> O art. 2º do referido decreto previa que a forma de exploração da obra seria estabelecida *a posteriori*, de acordo com o regime que conviesse a cada porto. Por conta deste dispositivo, Itiberê Rodrigues afirma que a União tinha discricionariedade para fixar concretamente as cláusulas do contrato de concessão ou do arrendamento portuário, por intermédio de caderno de encargos. As regras para exploração do porto eram estabelecidas de forma casuística, sem preocupação quanto à uniformização de regime.

#### **2.4 Sistematização normativa do setor portuário a partir da Constituição de 1934**

A Constituição de 1934 atribuiu competência material à União para “explorar ou dar em concessão [...] as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado” (art. 5º, VIII).<sup>30</sup> Note-se que não se trata de competência para exploração dos portos em si, mas tão-somente das vias férreas intraportos.

A mesma Carta atribuiu à União competência para legislar sobre “regime de portos e navegação de cabotagem” (art. 5º, XIX, “e”). Foi replicada a partir da constituição anterior a

---

<sup>27</sup> MOREIRA, 2014, p. 38.

<sup>28</sup> Tal aspecto é mencionado por Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues (RODRIGUES, 2012, p. 152).

<sup>29</sup> BRASIL. Decreto nº 4.859/1903. *Secretaria de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4859&tipo\\_norma=DEC&data=19030608&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4859&tipo_norma=DEC&data=19030608&link=s)>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>30</sup> Idem. Constituição (1934). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

proibição de que a União criasse impostos que gerassem distinção “em favor dos portos de uns contra os de outros Estados” (art. 18).

Entre junho e julho de 1934, a União publicou diversos decretos sobre o regime portuário, delimitando competências e dispondo sobre a forma de prestação dos serviços. Segundo Itiberê Rodrigues, o período foi marcado pela consolidação da legislação portuária, movimento que permitiu a unificação de conceitos e padrões básicos para o setor, até então regulado de forma esparsa.<sup>31</sup>

O Decreto nº 24.447/1934 distribuiu competências entre os diversos ministérios no âmbito dos *portos organizados*, definidos como “os que tenham sido melhorados, ou aparelhados, atendendo-se às necessidades da navegação e da movimentação e guarda de mercadorias” (art. 2º).<sup>32</sup> Cada porto organizado seria gerido por uma *administração do porto*, a quem caberia a execução dos *serviços portuários* e a conservação das *instalações portuárias* (art. 2º). Esses conceitos viriam a ser mais bem elucidados no Decreto nº 24.508/1934, editado em seguida.<sup>33</sup>

A mesma norma uniformizou o tratamento tarifário no âmbito dos portos organizados. Com isso, o governo da época buscava eliminar diferenças de tratamento entre portos, resultado da ampla liberdade de regime que até então vigorava para as concessões e os arrendamentos portuários. O mesmo decreto conceituou o trabalho portuário, definindo categorias importantes como a estiva, o transporte e a capatazia.

Dando continuidade ao projeto uniformizador da época, o Decreto nº 24.511/1934 impunha a igualdade de tratamento aos usuários e eficiência como princípios norteadores (art. 1º, § 1º).<sup>34</sup> A norma instituiu, ainda, monopólio regional de atuação para o porto organizado, denominado *hinterlândia*. Tal conceito deriva da palavra alemã *hinterland* (significando literalmente “terra de trás”), correspondendo à área geográfica atendida por determinado porto. A *hinterlândia* poderia ser a cidade em que o porto está localizado, ou a região do país servida por transporte terrestre, ou, por fim, a região do país servida de vias fluviais de

---

<sup>31</sup> RODRIGUES, 2012, p. 162.

<sup>32</sup> BRASIL. Decreto nº 24.447/1934. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24447-22-junho-1934-501773-norma-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>33</sup> Idem. Decreto nº 24.508/1934. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24508-29-junho-1934-499830-norma-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>34</sup> Idem. Decreto nº 24.511/1934. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24511-29-junho-1934-498406-norma-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

transporte. O decreto tornava obrigatório que as mercadorias de determinada *hinterlândia* fossem embarcadas no porto organizado de sua respectiva região.

De acordo com Giovanna Mayer, “a configuração geográfica dessas hinterlândias lembrava o que outrora foram as capitânicas hereditárias.”<sup>35</sup> Ainda que muitos autores critiquem as *hinterlândias*, a imposição de distâncias mínimas entre os portos obedecia a uma certa lógica econômica. Na medida em que os portos demandam alto volume de investimentos, seria inviável para a realidade econômica da época a operação de mais um porto na mesma região geográfica. Era necessário racionalizar ao máximo os recursos disponíveis. A outorga de concessão deveria ser precedida de “prévio e completo estudo da conveniência econômica da realização, de modo a evitar a dispersão do tráfego” (art. 3º do Decreto nº 24.511/1934).

No mesmo ano, foi editado o Decreto nº 24.599/1934, o qual revogou a legislação do período imperial, notadamente o Decreto nº 1.746/1869. O Decreto nº 24.599/1934 ampliou a possibilidade de outorga de concessões pela União aos Estados, mantendo a possibilidade de concessão a privados. Por outro lado, foram proibidas instalações particulares dentro da área do porto organizado, o que denota movimento de publicização do setor. É o que se depreende do art. 2º, § 2º, do Decreto nº 24.599/1934:

Art. 2º A concessão dos portos nacionais deve abranger: [...]

§ 2º Não serão mais concedidas licenças para o estabelecimento de entrepostos particulares e serão cassadas as que estejam em vigor, desde que as instalações portuárias, realizadas pelos concessionários de portos, sejam abertas ao tráfego público. Excetuam-se os entrepostos destinados a inflamáveis e explosivos, os quais poderão permanecer em funcionamento até que os referidos concessionários disponham de instalações especiais para a guarda e conservação de mercadorias dessa natureza.<sup>36</sup>

O cenário normativo no setor portuário permaneceu inalterado por uma década. Em 1944, foi publicado o Decreto-Lei nº 6.460/1944, disciplinando a construção e a exploração

---

<sup>35</sup> MAYER, 2014, p. 78.

<sup>36</sup> BRASIL. Decreto nº 24.599/1934. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D24599.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24599.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

de instalações portuárias rudimentares pelos estados e municípios (ou, residualmente, por particular), mantida em qualquer caso a titularidade federal.<sup>37</sup>

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Verás de Freitas, esse diploma visava a introduzir a lógica de descentralização em favor das entidades locais e regionais.<sup>38</sup> Seria permitido que estados e municípios construíssem instalações portuárias cujo valor não ultrapassasse certa monta, de forma que tais instalações pudessem suprir as necessidades regionais ou locais não atendidas por portos organizados.<sup>39</sup> Alternativamente, a própria União construiria a instalação portuária e posteriormente delegaria a sua exploração ao estado ou município, conforme o caso.

Na hipótese de o ente federado não ter condições de explorar as instalações portuárias rudimentares, a exploração poderia ser delegada a “entidade privada idônea” (art. 9º). Verifica-se, portanto, que a participação privada nesse tipo de mecanismo era residual.

O órgão competente para a emissão de autorização para exploração de instalações portuárias rudimentares era o Ministério da Viação e Obras Públicas. A autorização poderia ser cassada “sem que o estado ou município tenham direito a qualquer indenização”, em determinadas hipóteses previstas no art. 8º (por exemplo, a inobservância de tetos tarifários ou interrupção do serviço). Tratava-se de instrumento precário.

Conclui-se, portanto, que a partir da Constituição de 1934 foram editadas importantes normas de uniformização do setor, com destaque para a criação do conceito de porto organizado. Houve intenso movimento estatizante, sendo que chegou a ser proibida a instalação portuária privada no âmbito do porto organizado – proibição parcialmente removida pelo Decreto-lei nº 6.460/1944.

A Constituição de 1946 não trouxe novidades relevantes quanto aos portos, tendo apenas reproduzido as normas que já constavam da Carta de 1934.<sup>40</sup> Não foi prevista competência material da União para exploração dos portos. Ademais, as normas

---

<sup>37</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 6.460/1944. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6460-2-maio-1944-416256-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>38</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 23.

<sup>39</sup> O valor máximo da instalação correspondia a Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei nº 6.460/1944.

<sup>40</sup> BRASIL. Constituição (1946). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

infraconstitucionais emitidas no período revelam a opção do legislador por manter o tratamento do porto como uma concessão de uso de bem público.

## **2.5 Décadas de sessenta a oitenta – período de estatização – criação de companhias de docas e da Portobrás**

A Constituição de 1967 foi igualmente lacônica em matéria de portos.<sup>41</sup> Em seu artigo 8º, “m”, a Carta previa a competência da União para legislar sobre o regime dos portos e da navegação de cabotagem, fluvial e lacustre. Novamente, foi prevista a competência da União para explorar “as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais” (art. 8º, XV, “d”), mas não dos portos em si.

Por meio do Decreto-Lei nº 5/1966, a União reintroduziu a figura do arrendamento “aos que se dispuserem a investir para completar, expandir ou aparelhar as instalações” (art. 27).<sup>42</sup> Assim como ocorrera no período imperial, o arrendamento envolve a ideia de um bem pré-existente, de titularidade federal, cujo uso é cedido à pessoa que se dispuser a aportar investimentos para expandir e aprimorar a infraestrutura pública. Fica claro que o objetivo primordial do decreto era angariar novos investimentos para o setor de portos, com base em mecanismo contratual já utilizado no passado.

Como alternativa ao arrendamento, a União passou a admitir, por intermédio do referido Decreto-lei nº 5/1966, a construção e exploração de instalações portuárias para o uso privativo, desde que a construção fosse realizada sem ônus para o Poder Público. Tal previsão constava do art. 26 do referido decreto, nos seguintes termos:

Art 26. É permitido a embarcadores ou a terceiros, satisfeitas as exigências da legislação em vigor, construir ou explorar instalações portuárias, a que se refere o Decreto-lei número 6.460, de 2 de maio de 1944, independentemente da movimentação anual de mercadorias, desde que a construção seja realizada sem ônus para o Poder Público ou prejuízo para a segurança nacional, a exploração se faça para uso próprio.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1967). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

<sup>42</sup> Idem, Decreto nº 5/1966. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0005-66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0005-66.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

A instalação portuária era conferida para uso privativo, o que significava a possibilidade de movimentação apenas de carga própria. Somente em caráter excepcional, “quando ocorrer congestionamento nas instalações dos portos organizados” (art. 32, § 5º), é que se permitia que as instalações portuárias privadas movimentassem carga de terceiros. A distinção entre carga própria e de terceiros é extremamente relevante para o setor, tendo sido tema central de discussões que viriam a ser travadas nas décadas seguintes.

É interessante constatar que, já na década de sessenta, a previsão de instalações portuárias privadas surge como uma alternativa para o desenvolvimento dos portos. Porém, naquele momento, a opção foi por uma tímida abertura do setor, autorizando-se que o particular suprisse a ausência de atuação estatal apenas para atender a suas próprias necessidades. A instalação portuária não poderia fazer frente ao porto organizado, aberto à movimentação de todo o tipo de carga, independentemente da origem (se do próprio titular da outorga ou de terceiros). A previsão de instalações portuárias privadas não atraiu investimentos relevantes. O que se viu durante o período do regime militar foi um forte movimento de estatização dos portos, a exemplo do que ocorreu em outros setores.

Em 1975, a Lei nº 6.222 criou a empresa pública federal denominada Portobrás, responsável originalmente por um enorme plexo de atividades afetas ao setor de portos, dentre as quais (i) administração e exploração; (ii) fiscalização; (iii) planejamento; e (iv) execução de obras.<sup>44</sup> Flavio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas comentam que a criação da Portobrás representa o “ápice da estatização” no setor de portos.<sup>45</sup>

Na prática, era inviável que um único ente federal administrasse, fiscalizasse e explorasse todos os portos do país, dada a sua sujeição a fatores locais e regionais. Dessa forma, a gestão dos portos foi parcialmente descentralizada<sup>46</sup>, a partir da criação de sociedades de economia mista nas quais a União detém participação de 99% (na prática, empresas públicas). Tais sociedades, denominadas companhias de docas, passaram a gerir os portos organizados, centralizando ainda outras atividades afetas ao porto, como a movimentação de carga. As companhias de docas foram submetidas ao controle da Portobrás (*holding*). Mencionem-se alguns exemplos de companhias que surgiram no período: (i) Companhia de Docas do Rio de Janeiro (CODERJ), criada em 1967; (ii) Companhia de Docas

<sup>44</sup> A Empresa de Portos do Brasil S.A., Portobrás, sucedeu o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN), extinto pela Lei nº 6.222/1975 (BRASIL. Lei nº 6.222/1975. Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6222-10-julho-1975-357668-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2015). Cf. Art. 5º.

<sup>45</sup> GARCIA; FREITAS, 2014, p. 222.

<sup>46</sup> A Portobrás permaneceu responsável diretamente pela administração de alguns portos organizados.

da Bahia (CODEBA), em 1977;<sup>47</sup> (iii) Companhia Docas do Maranhão (CODOMAR), em 1979; e (iv) Companhia de Docas do Ceará, em 1979.<sup>48</sup> Na leitura de Vitor Rhein Schirato – com a qual concordamos – os decretos introduziram o modelo tradicional de prestação de serviços públicos por intermédio de empresas estatais, refletindo tendência da época.<sup>49</sup>

Paralelamente ao regime de exploração por meio de companhias de docas federais, alguns portos foram objeto de convênio com estados, como por exemplo o Porto do Rio Grande do Sul, gerido pela administração estadual. Até 2012, havia ainda um caso de concessão de porto a particular: o Porto de Imbituba, em Santa Catarina, atualmente sob gestão estadual.

Carlos Ari Sundfeld comenta que as companhias de docas atuavam com forte autonomia, acumulando “o papel de administradoras dos portos [...] e o papel de prestadoras dos diversos serviços (como a movimentação e armazenagem de mercadorias)”.<sup>50</sup> A concentração da administração do porto e da atividade de movimentação de carga em um único ente tornava evidentemente complexa a operação das companhias de docas no âmbito dos portos organizados, o que pode ter contribuído para a má qualidade dos serviços portuários.

Na década de oitenta, o setor portuário passaria por uma crise generalizada, fruto da recessão econômica e do crescente grau de endividamento das empresas públicas. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Verás de Freitas, a prestação de serviços públicos por intermédio de empresas estatais “apresentou uma série de vicissitudes, ocasionadas por uma gestão estatal ineficiente”.<sup>51</sup> Os autores apontam que houve significativa retração dos investimentos no período, bem como inchaço no quadro pessoal das companhias de docas. Giovanna Mayer comenta que “as balizas do setor não eram as mais adequadas para atender a demanda crescente e a inserção do Brasil no comércio exterior”:

[...] o que se tinha até a publicação da Lei nº 8.630/93 era um modelo em que a prestação do serviço público portuário era realizada por meio de portos, concedidos ou explorados diretamente pela União, ou instalações

<sup>47</sup> EMPRESA DE PORTOS DO BRASIL S.A. *Ata da sessão pública de constituição da companhia das docas do estado da Bahia*. 17 fev. 1977. Disponível em: <<http://codeba.com.br/eficiente/repositorio/LAI%20-%20Lei%20de%20Acesso%20a%20Informacao/Institucional/2271.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

<sup>48</sup> Em hipóteses específicas, a União delegou a gestão dos portos a Estados. Menciona-se, por exemplo, o Porto do Rio Grande do Sul, delegado ao Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>49</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. Serviços portuários e as infraestruturas privadas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 10, n. 39, p. 229, jul/set. 2012.

<sup>50</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na lei dos portos: centralizar para privatizar? In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 26.

<sup>51</sup> MOREIRA NETO; FREITAS, 2015, p. 25.

rudimentares, autorizadas pela União. Ao lado disso, existiam os terminais portuários privados, os quais eram utilizados unicamente para movimentar mercadorias próprias. A configuração do setor portuário foi essa no período de 1944 a 1993, ou seja, durante quase cinquenta anos. Percebeu-se, no entanto, que as balizas do setor não eram as mais adequadas para atender a demanda crescente e a inserção do Brasil no comércio exterior.<sup>52</sup>

Naquele momento, as companhias de docas federais operavam com passivos elevados, o que impossibilitava a expansão do setor portuário em nível suficiente para atender à crescente demanda pelos serviços. Esse cenário conduziu à busca por novos mecanismos para atração de investimentos privados, o que se materializou na década de noventa, sob a égide da atual Constituição.

## **2.6 A reforma do setor portuário na década de noventa – a Lei nº 8.630/1993**

A Constituição de 1988 replica dispositivos que constavam das cartas anteriores prevendo competência privativa da União para legislar sobre o regime dos portos (art. 22, X, alínea “a”).<sup>53</sup> Por outro lado, a Constituição é pioneira ao inserir a exploração de portos no rol de competências materiais da União. De acordo com o art. 21, XII, alínea “f”, incumbe à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres.

A ausência de norma constitucional atribuindo à União a obrigação de explorar os portos não impediu que o referido ente assumisse para si a gestão do setor portuário ao longo do tempo. Um dos fatores que certamente contribuiu para afetação dos portos à União consiste na “íntima relação do porto com bens que, constitucionalmente, são definidos como de domínio da União, como o terreno de marinha e o mar territorial” (art. 20, incisos VI e VII da Constituição).<sup>54</sup> Isso pode ser constatado a partir da legislação introduzida no período imperial, a qual previa a celebração de contratos de arrendamento, figuras equiparadas a concessões de obras públicas.

---

<sup>52</sup> MAYER, 2014, p. 80-81.

<sup>53</sup> BRASIL, 1988.

<sup>54</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. Pacote Portuário: O que mudou? Revista brasileira de Infraestrutura, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 46, jan./jun. 2013.

Além de receber tratamento de bens públicos, historicamente os portos tiveram importância em matéria de soberania e defesa, tendo atraído ainda o controle aduaneiro da União. A partir da década de trinta, são editadas normas visando à sistematização do setor. Durante o regime militar, ganha força a exploração dos portos por meio de empresas públicas federais. Havia um nítido descompasso entre as funções que a União foi assumindo no setor de portos e o singelo tratamento do tema nas constituições anteriores.

Tal lacuna foi saneada pela Constituição em vigor, a qual insere a exploração dos portos no rol de serviços públicos titularizados pela União – o que já se verificava na prática do setor, concentrado na atuação das companhias de docas federais. Segundo Egon Bockmann Moreira, “o cometimento de tais bens e serviços à União gera o correspondente dever de desenvolvê-los de modo proativo e eficiente – sempre em atenção aos interesses nacionais”.<sup>55</sup>

A Constituição consolidou o tratamento dos portos como serviços públicos, deixando para trás a visão oriunda do período imperial que enquadrava a exploração portuária exclusivamente como modalidade de uso de bem público. Tal visão seria obsoleta para a realidade do setor, que engloba um grande plexo de atividades e de relações jurídicas entre os operadores portuários, o Poder Público e os usuários dos serviços. Ademais, ainda que segurança nacional e fiscalização aduaneira sejam preocupações ainda presentes, obviamente sua importância passou a ser periférica frente aos desafios econômicos que se colocam para a exploração dos serviços portuários.

É importante ter em mente que, a partir da década de noventa, o setor passou por significativo aprimoramento tecnológico. Dentre os avanços, registre-se o advento do transporte intermodal, o que permitiu a interligação entre modais de transporte terrestre (por ferrovias e rodovias), fluvial e marítimo. Isso só foi possível a partir da difusão do *contêiner*, um recipiente de medidas padronizadas utilizado em escala global entre o produtor e o destinatário final da carga. Ademais, os navios cresceram em tamanho e capacidade, o que aumentou a eficiência do transporte, gerando nova demanda pelos serviços portuários e superando a antiga visão de que o porto seria um bem escasso, o que justificaria o monopólio estatal sobre o setor e a instituição de hinterlândias.

Visando atender à complexidade e ao dinamismo crescentes do setor de portos, foi editada a Lei nº 8.630/1993, à época denominada Lei de Modernização dos Portos. A referida

---

<sup>55</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, n. 0, maio/jun., 2013, p. 41-42.

lei resgatou a figura do contrato de arrendamento. No setor portuário, o arrendamento representa uma espécie de subconcessão tendo por objeto a utilização e exploração de área situada no porto organizado, firmada entre particulares e as companhias de docas federais (na maioria dos casos, concessionárias dos portos organizados). Previu-se a celebração do contrato de arrendamento pela União ou por sua concessionária, “sempre mediante licitação” (art. 4º, I).<sup>56</sup>

A partir desse mecanismo, os arrendatários particulares passaram a ser os responsáveis pela movimentação de carga nos portos organizados, mediante o pagamento de prestações mensais às companhias de docas, dentre outras obrigações (como a obediência a tetos tarifários e a sujeição ao oneroso regime de contratação de mão de obra avulsa). As áreas arrendadas no âmbito de portos organizados recebiam a denominação de instalações portuárias de uso público, podendo movimentar cargas do próprio arrendatário ou de terceiros, sem qualquer distinção.

A utilização do arrendamento gerou uma espécie de desverticalização das atividades das companhias de docas. Até a década de oitenta, estas concentravam tanto funções de autoridades portuárias responsáveis pela administração do porto como de operadoras de carga. Com a celebração de contratos de arrendamento, as companhias de docas transferiram a atividade de movimentação de cargas aos arrendatários, passando a concentrar-se nas atividades de fiscalização e gestão do porto organizado.<sup>57</sup>

A Lei nº 8.630/1993 previu, ainda, a outorga de autorizações para instalações portuárias de uso privativo. Tal modalidade de instalações comportava (i) o uso exclusivo (art. 4º, § 2º, alínea “a”), para movimentação de cargas do próprio autorizatário; ou (ii) uso misto, para movimentação de carga própria e de terceiros (art. 4º, § 2º, alínea “b”).

Durante os anos 2000, foram editadas normas infralegais impondo restrições às instalações privativas de uso misto, o que ameaçava inviabilizar o projeto inovador da Lei de Modernização dos Portos.

Em 2005, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) editou a Resolução nº 517. O referido normativo exigia que, ao apresentar requerimento de

---

<sup>56</sup> BRASIL. Lei nº 8.630/1993. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8630-25-fevereiro-1993-363250-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>57</sup> Em grande parte, as modificações ocorridas no setor portuário nessa época correspondem à reforma dos serviços públicos em geral. O Estado passou a concentrar maiores esforços nas atividades de regulação e fiscalização, delegando ao particular a prestação dos serviços.

autorização para instalação portuária privativa de uso misto, o empresário estimasse a quantidade de carga própria que seria movimentada, a justificar “por si só [...] a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiro, se houver, a natureza destas” (art. 5º, II, alínea “c”).<sup>58</sup> A resolução tinha pouca aplicabilidade, por não fixar nenhum parâmetro objetivo para mensuração da quantidade de carga própria que seria proporcional à outorga. No entanto, era nítido o propósito de se restringir a atuação dos autorizatários, sem qualquer base legal.

Posteriormente, em 2008, foi publicado o Decreto Federal nº 6.620, o qual exigia que as instalações privativas de uso misto movimentassem carga preponderantemente própria “e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros” (art. 35, II).<sup>59</sup> Ainda que se admita em tese a legalidade da exigência – o que não cabe aqui ser discutido, tendo em vista que se trata de legislação revogada –, permanecia incerto o percentual mínimo de carga própria a ser movimentado pelas referidas instalações.

Cristiana Maria Melhado Araújo Lima propunha o estabelecimento de um patamar mínimo de 50% de carga própria, podendo a ANTAQ fixar percentual maior, segundo critérios técnicos que julgasse pertinentes.<sup>60</sup> Porém, como não chegou a ser editada regulamentação fixando o percentual obrigatório de carga própria, o setor portuário conviveu com alto nível de incerteza acerca da abrangência da atuação das instalações privativas de uso misto, incerteza essa que perdurou até a edição da Lei nº 12.815/2013, objeto deste estudo.

## 2.7 Conclusões parciais

Antes de passar-se à análise das disposições da Lei nº 12.815/2013, é importante observar que historicamente nunca houve um modelo global e estático para a exploração dos serviços portuários.

---

<sup>58</sup> AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Resolução nº 517*, 18 out. 2005. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/publicacao/PublicacoesAntigas/Resolucao517.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>59</sup> Tal restrição não tinha base legal, uma vez que a Lei nº 8.630/1993 permitia indistintamente a movimentação de carga própria e de terceiros (art. 4º, § 2º, alínea “b”), sem fixar preponderância de uma espécie de carga (BRASIL. Decreto nº 6.620/2008. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm)>. Acesso em 18 out. 2015).

<sup>60</sup> LIMA, 2013, p. 90.

No início do século XIX, a atuação estatal sobre o setor de portos era limitada. Buscava-se basicamente submeter a movimentação de cargas à fiscalização aduaneira, bem como realizar o controle de embarcações estrangeiras, o que refletia preocupação relacionada à soberania. Os portos recebiam o tratamento de bens públicos de uso comum do povo. À época, o setor ainda não era compreendido sob a dinâmica dos serviços portuários.

O Governo Imperial buscou atrair investimentos privados para o desenvolvimento dos portos na segunda metade do século XIX, valendo-se da figura da concessão de obra pública. A concessão de obra não despertou interesse do setor privado, tendo em vista o alto volume de recursos necessários para a implementação de um porto, a indisponibilidade de capital e a incerteza de amortização dos investimentos no longo prazo. Em resposta à pouca atratividade do modelo de concessão, foi criado mecanismo alternativo denominado arrendamento portuário, por intermédio do qual o Estado passou a ser responsável pela construção das instalações portuárias, com a posterior transferência onerosa de sua exploração. Nessa fase inicial, apesar de haver assumido a maior parte dos investimentos em infraestrutura, o Estado contou com a colaboração do setor privado para viabilizar a exploração dos portos.<sup>61</sup> O setor era regulado de forma esparsa, segundo as regras que melhor conviessem a cada módulo contratual.

A primeira metade do século XX é marcada pela consolidação da competência da União em matéria de portos.<sup>62</sup> Durante a década de trinta, a União editou diversas normas visando a uniformizar e sistematizar o setor. Foi um período de forte estatização, com a divisão de competências no âmbito dos ministérios e a instituição de monopólios geográficos de atuação (*hinterlands*). Tudo passou a girar em torno dos portos organizados. No período em questão, chegou a ser proibida a implantação de instalações privadas, o que denota abertura para o setor privado.

Na década de sessenta, a União resgatou a figura do arrendamento oriunda do período imperial. Ademais, foi prevista novamente a possibilidade de implantação de instalações portuárias privadas, desde que voltadas ao atendimento exclusivo dos interesses do

---

<sup>61</sup> A experiência histórica desautoriza afirmações generalizantes, como a de que o Estado sempre teria concentrado a prestação de serviços portuários.

<sup>62</sup> Acima, foi relatado que a Constituição de 1891 imputava ao Congresso Nacional competência legislativa em matéria de comércio internacional e alfandegamento de portos, o que criou bases para maior concentração do setor na esfera federal. A Constituição de 1934 consolidou na União a competência para legislar sobre o regime de portos.

empresário (movimentação de carga própria). Não obstante, o que prevaleceu na época foi a gestão e prestação dos serviços portuários por intermédio de empresas públicas federais.<sup>63</sup>

Ainda que o setor tenha alcançado algum grau de desenvolvimento sob o referido modelo, a tradicional forma de prestação de serviços públicos por meio de estatais passou a mostrar limitações na década de oitenta. O alto nível de endividamento, politização e ineficiência das companhias de docas levou a uma crise generalizada.

Desde a Lei nº 8.630/1993, a opção legislativa tem sido atrair investimentos privados a partir da liberalização dos serviços portuários.<sup>64</sup> A abertura do setor ocorreu em duas frentes: (i) o estímulo aos contratos de arrendamento, o que viabilizou a outorga a entes privados de direitos de uso e exploração de instalações situadas em portos públicos, gerando a desverticalização das atividades (companhias de docas deixam de ser as responsáveis pela movimentação de carga, passando a concentrar-se nas atividades de gestão e fiscalização do porto); e (ii) autorizações para instalações privativas de uso misto, as quais poderiam movimentar cargas de terceiros, em regime de competição com os portos públicos.

O vazio normativo criou campo para intensa discussão sobre os limites de atuação das instalações privativas de uso misto, tendo sido introduzidas restrições em nível infralegal quanto à capacidade dessas instalações de movimentar cargas de terceiros. Essa espécie de restrição foi eliminada pela Lei nº 12.815/2013, conforme verificaremos no próximo capítulo.

---

<sup>63</sup> Também houve concessões a estados e uma concessão privada.

<sup>64</sup> Ver SUNDFELD, 2014, p. 26-27.



### 3 A NOVA LEI DOS PORTOS

A Nova Lei dos Portos, como passou a ser conhecida a Lei nº 12.815/2013, estabelece parâmetros normativos para o setor portuário brasileiro, revogando a legislação setorial anterior, notadamente a Lei nº 8.630/1993. A nova lei permite a exploração direta de portos e instalações portuárias pela União, bem como a transferência da prestação dos serviços a operadores portuários, que a lei denomina de exploração indireta (art. 1º).<sup>65</sup> A Nova Lei dos Portos foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.033/2013. A ANTAQ editou norma específica tratando da autorização portuária, qual seja a Resolução nº 3.290/2014.

Tais previsões normativas estão em linha com o art. 21, XII, alínea “f”, da Constituição Federal, segundo o qual compete à União explorar, “diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres”.<sup>66</sup> Apesar de a Constituição haver previsto três instrumentos para outorga da atividade portuária pela União, o legislador ordinário fez uso apenas dos institutos da concessão e da autorização ao disciplinar os mecanismos de exploração indireta das instalações portuárias. Além disso, o legislador lançou mão do arrendamento – uma espécie de subconcessão – como mecanismo de cessão onerosa de áreas situadas no porto organizado.

A compreensão do regime da autorização portuária – tema central deste trabalho – passa pelo exame das diretrizes previstas na Lei nº 12.815/2013. Também é importante consideramos o amplo leque de competências que a lei atribui à União Federal, o que repercute nos procedimentos de outorga e nas prerrogativas do Poder Concedente durante a vigência dos instrumentos. Ainda neste capítulo, serão examinados os regimes jurídicos que vigoram para os serviços portuários e as respectivas diferenças entre eles, sempre com o objetivo de identificar os traços diferenciadores da autorização portuária.

#### 3.1 As diretrizes adotadas pela Lei nº 12.815/2013

A Lei nº 12.815/2013 adota como diretrizes a expansão, modernização e otimização do setor portuário (art. 3º, I). O legislador reconhece que o setor está aquém das necessidades.

---

<sup>65</sup> BRASIL, 2013b.

<sup>66</sup> Idem, 1988.

O aprimoramento dos portos visa a atender à crescente demanda pela movimentação de cargas, um dos gargalos logísticos que reduz a competitividade do país no contexto do comércio internacional. Mesmo no âmbito interno, dada a sua ineficiência e o seu alto custo, os portos frequentemente são preteridos em favor de outros meios de transporte que em tese deveriam ser mais onerosos para longas distâncias, como o transporte rodoviário (frente à cabotagem).

Outro pilar da Lei nº 12.815/2013 é a garantia de modicidade de tarifas e preços praticados no setor de portos, bem como da qualidade e continuidade dos serviços. Há uma preocupação com a efetividade dos direitos dos usuários (art. 3º, II), aos quais deve ser assegurado tratamento isonômico, inclusive pelo autorizatário.

Assim como a legislação anterior, a Lei nº 12.815/2013 adota como objetivo estimular a concorrência no setor de portos, por meio da ampliação da participação do setor privado (Art. 3º, V). Isso ocorre tanto no âmbito dos portos organizados (por meio de concessões e arrendamentos), como fora do porto organizado (por intermédio de autorizações). Historicamente, o setor foi exposto a pouca competição, por dois motivos centrais. Em primeiro lugar por ter sido considerado um bem escasso na acepção econômica. As limitações tecnológicas e o alto volume de recursos necessários para a implantação de terminais tornavam inviável a multiplicação das instalações a ponto de permitir a concorrência. Ademais, entre as décadas de sessenta e noventa, o setor foi centralizado no modelo de prestação de serviços por meio de empresas estatais, com a instituição de monopólios regionais de atuação, o que gerava pouco estímulo ao desenvolvimento.

Essa realidade começou a mudar apenas na década de noventa, com a previsão de arrendamentos, pelos quais empresas privadas passaram a ser as responsáveis pela movimentação de carga no âmbito dos portos organizados. A Lei nº 8.630/1993 possibilitou, ainda, a implementação de terminais privativos de uso misto. O objetivo era incentivar a competição entre os operadores pela movimentação de carga. Esse objetivo chegou a ser seriamente ameaçado por restrições regulatórias supervenientes à Lei 8.630/1993, pelas quais terminais de uso misto deveriam movimentar carga “preponderantemente própria”.

A Lei nº 12.815/2013 removeu a referida restrição, permitindo que terminais de uso privado movimentem carga independentemente de sua origem (se própria ou de terceiros). Nesse aspecto, há uma busca por maior dinamização e por incremento da competição no setor de portos. A aposta do legislador é que a ampliação dos serviços depende da entrada de novos

prestadores privados que possam competir com prestadores já consolidados nos portos organizados. É importante considerar que assimetria não significa que os regimes devam ser radicalmente distintos. Parece que a intenção do legislador foi apenas de liberar o autorizatário de alguns dos encargos impostos aos arrendatários. Contudo, as diferenças entre os regimes não chegam a ser substanciais, podendo até mesmo passar despercebidas em uma primeira análise.

Outra preocupação da Lei nº 12.815/2013 é assegurar amplo acesso aos portos organizados e às instalações portuárias (art. 3º, V). Tal dever é aplicável também às instalações exploradas por intermédio de autorização (art. 13). A finalidade é atingir a otimização da infraestrutura disponível, reduzindo-se ao máximo a capacidade ociosa das instalações.

Por um lado, a norma atual reflete uma continuidade do projeto anterior, pois adota como diretriz o incentivo à participação privada (art. 3º, V), mantendo o arrendamento para outorgas no porto organizado e conferindo maior amplitude à atuação dos autorizatários, que agora podem movimentar carga de terceiros sem qualquer limitação. O que há de inovador – e de certa forma contraditório na referida lei – é o intenso grau de controle a que são submetidos os prestadores (inclusive os autorizatários) especialmente no momento da outorga, que a lei condiciona expressamente a fatores políticos.

### **3.2 A opção pela unificação de competências na Secretaria Especial de Portos**

Por definição constitucional, a exploração dos portos é um serviço público titularizado pela União Federal.<sup>67</sup> Partindo dessa premissa, a Lei nº 12.815/2013 centraliza as competências decisórias na Secretaria Especial de Portos.<sup>68</sup> Tal órgão foi criado pela Lei nº 11.518/2007 com a função de auxiliar o Poder Executivo na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento dos portos. Carlos Ari Sundfeld comenta que o elemento que mais desperta atenção na Nova Lei dos Portos “é que ela consolida a centralização da autoridade no Executivo (Presidente da República e Secretaria de Portos).”<sup>69</sup>

---

<sup>67</sup> BRASIL, 1988, Art. 21, XII, alínea “f.”

<sup>68</sup> Conforme previsto no art. 1º, parágrafo único (Idem, 2013b).

<sup>69</sup> SUNDFELD, 2014, p. 29.

À Secretaria Especial dos Portos incumbe (i) elaborar o planejamento setorial; (ii) definir diretrizes para realização de licitações nos portos organizados e chamadas públicas e processos seletivos para outorga de autorizações; (iii) firmar contratos; e (iv) estabelecer normas e critérios para a pré-qualificação de operadores portuários (art. 16 da Lei nº 12.815/2013).

De acordo com o art. 15, *caput*, cabe à Secretaria Especial de Portos elaborar proposta sobre a definição das perimetrais dos portos organizados. Ao demarcar a área do porto organizado, a SEP deverá levar em consideração a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrentes da escala das operações e as instalações portuárias já existentes (art. 15, parágrafo único). A proposta elaborada pela Secretaria deverá ser submetida à Presidência da República. A possibilidade de alteração da perimetral do porto organizado via decreto sujeita os autorizatários a sério risco regulatório. Caso áreas privadas venham a ser abrangidas pela perimetral do porto organizado – o que não seria inédito no setor –, haverá grande insegurança jurídica acerca do regime aplicável aos autorizatários. A experiência aconselhava que a delimitação do porto organizado fosse submetida à reserva legal.

A Secretaria Especial de Portos é responsável por coordenar a atuação integrada de órgãos no âmbito do porto organizado (art. 22), bem como por monitorar o desempenho das companhias de docas (art. 64). Por fim, a Lei nº 12.815/2013 transfere à Secretaria dos Portos as competências que até então eram acumuladas pelo Ministério dos Transportes (art. 65).

Cabe à referida Secretaria a missão de planejar e estruturar o setor de portos, bem como expedir outorgas para exploração indireta dos serviços.<sup>70</sup> Há uma tentativa de ampliar o nível de controle da União sobre o setor de porto, que historicamente se desenvolveu de forma esparsa e desconexa.

Outro traço marcante da Lei nº 12.815/2013 é a redução das atribuições da ANTAQ. No regime anterior, a ANTAQ formulava as políticas públicas setoriais. Além disso, competia à agência outorgar autorizações de instalações privadas, bem como regular e fiscalizar as atividades dos agentes públicos no âmbito dos portos organizados. A lei anterior também

---

<sup>70</sup> É o que consta da exposição de motivos da Lei nº 12.815: “[...] caberá ao poder concedente, planejar o setor em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios e dos processos seletivos, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios, celebrar os contratos de concessão e de arrendamento e expedir as autorizações e estabelecer as normas, critérios e procedimentos para a pré-qualificação dos operadores portuários” (BRASIL, 2013b).

conferia à agência a missão de controlar a atuação das companhias de docas, sujeitas a interesses políticos regionais desconectados das políticas públicas desenhadas para o setor.<sup>71</sup>

A ANTAQ não conseguiu atingir os resultados esperados, por diversos fatores. Em primeiro lugar, por se tratar de agência reguladora pequena, sem estrutura suficiente para encabeçar um setor de grande complexidade. Outra explicação é que a agência foi criada tardiamente, apenas em 2001 – oito anos após a entrada em vigor da Lei nº 8.630/1993 –, quando o setor já estava amplamente consolidado em nível regional. Segundo Carlos Ari Sundfeld, a ANTAQ enfrentou “natural dificuldade em enquadrar empresas estatais, todas elas fortemente apoiadas pela política partidária”.<sup>72</sup> Em 2012, um estudo realizado pela consultoria Booz & Company com o custeio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) apontou que a ANTAQ vinha falhando também em relação a suas demais atribuições, notadamente de regulação, fiscalização de tarifas e preços, zelo pela livre concorrência e garantia de universalidade de atendimento aos usuários.<sup>73</sup>

A norma atual transfere todo o poder decisório à Secretaria Especial de Portos (SEP), relegando à ANTAQ tarefas meramente operacionais, tais como (i) a condução de licitações (art. 6º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013) e processos de chamada pública de acordo com diretrizes fixadas pela Secretaria dos Portos (art. 10); e (ii) elaboração de relatório setorial (art. 3º, VI, do Decreto nº 8.033/2013). Além disso, cumpre à ANTAQ fiscalizar os serviços tanto no âmbito dos portos organizados como das instalações privadas. Dentre as atribuições de maior relevância da agência, cite-se a disciplina das condições de acesso por terceiros interessados às instalações portuárias.<sup>74</sup>

A Lei nº 12.815/2013 optou pela centralização de competências em ente da administração direta, em detrimento do modelo de agência reguladora. Trata-se de uma escolha discricionária do legislador.<sup>75</sup> A unificação de competências no âmbito da Secretaria Especial de Portos tem como pretexto assegurar a implementação de políticas de planejamento setorial e integração dos portos com os demais modais de transporte (principalmente rodovias e ferrovias utilizadas para o escoamento de carga). No modelo

---

<sup>71</sup> SUNDFELD, 2014, p. 28.

<sup>72</sup> Ibidem, p. 29.

<sup>73</sup> BOOZ & COMPANY. *Análise e avaliação da organização institucional e da eficiência de gestão do setor portuário brasileiro*. São Paulo, 2012, p. 47.

<sup>74</sup> Tal previsão consta do art. 7º da Lei nº 12.815/2013, no tocante às instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, bem como do art. 13, em relação às instalações autorizadas.

<sup>75</sup> Uma das razões de fundo que levaram à criação da SEP é o baixo interesse do governo atual pelo modelo de atuação independente das agências.

anterior, cada Autoridade Portuária era responsável por elaborar o planejamento do respectivo porto organizado. Não havia a preocupação de integrar os portos a um programa nacional de investimentos.<sup>76</sup> Agora, a SEP passa a concentrar a competência para planejar o setor de forma sistêmica, sendo que tal competência foi retirada das Autoridades Portuárias.

A intenção é que os investimentos em logística passem a ser planejados de forma sistêmica (o que se denomina Planejamento Logístico Integrado), levando-se em consideração interesses de longo prazo do país e não apenas interesses regionais e locais.<sup>77</sup> Essa preocupação está refletida no Programa de Investimento em Logística: Portos, lançado em 2012 pela Empresa de Planejamento e Logística S.A.<sup>78</sup>

A concentração de poderes na Secretaria Especial de Portos é marcante especialmente nos procedimentos para celebração de contrato de arrendamento e de autorização. Somente serão concedidas novas outorgas em relação a instalações portuárias que forem compatíveis com as diretrizes de planejamento e políticas do setor portuário.<sup>79</sup>

A sujeição das outorgas a fatores políticos é uma novidade.<sup>80</sup> Ainda que tal previsão possa gerar desconfiança, há uma premissa a ampará-la: a de que o planejamento do setor depende do intenso controle realizado pela Secretaria Especial de Portos. Trata-se de nova tentativa de impor uma sistematização sobre o setor portuário.

O problema que se coloca é o mau uso da competência a partir da margem de discricionariedade em abstrato de que dispõe a União nos processos de outorga. Há risco de que pedidos de autorização sejam negados sem a devida motivação, com base no pretexto genérico de serem contrários às “políticas do setor portuário” (art. 12, *caput*).

A Secretaria Especial de Portos foi elevada pela Lei nº 12.815/2013 ao papel de principal protagonista no setor, cabendo-lhe formular a política setorial e avaliar a

---

<sup>76</sup> MESQUITA, Patricia Laurentino de. Planejamento Portuário Nacional. *Secretaria de Portos da Presidência da República*. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/pnpl>>. Acesso em: 18 out. 2015.

<sup>77</sup> Esse objetivo parece extremamente ambicioso para o setor de portos, historicamente marcado pelo estabelecimento de hinterlândias (monopólios regionais de atuação dos portos organizados). Além de o poder de gestão do sobre os portos estar pulverizado em diversas autoridades locais e regionais, há também a dispersão geográfica dos portos como elemento adicional a dificultar a consolidação de uma autoridade central. Atuação dessa magnitude demandará um aparato governamental sofisticado e com amplo domínio da realidade do setor portuário. Por enquanto, o referido objetivo não foi minimamente atingido, passados dois anos desde a entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013.

<sup>78</sup> EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. *Programa de Investimentos em Portos*. Disponível em: <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-portos1>>. Acesso em 18 out. 2015.

<sup>79</sup> O art. 6º, § 2º da Lei nº 12.815/2013 subordina as licitações para outorga de arrendamentos no âmbito dos portos organizados às diretrizes da SEP. Na outorga de autorizações, prevê-se igualmente a análise discricionária da SEP (art. 10 e art. 12, § 4º).

<sup>80</sup> Na Lei nº 8.630/1993, as autorizações eram outorgadas de forma vinculada.

possibilidade de novas outorgas. Resta saber se a Secretaria explorará adequadamente a competência que lhe foi legalmente atribuída, promovendo a expansão do setor portuário por meio de novas outorgas, com arrendamentos (para instalações nos portos organizados) e autorizações (para instalações situadas fora do porto organizado).

### **3.3 O critério de separação entre os regimes jurídicos de exploração dos serviços portuários**

A Lei nº 12.815/2013 estabelece regimes jurídicos distintos para a outorga da exploração indireta dos serviços. A lei prevê a *concessão*, tendo por objeto a cessão onerosa do porto organizado como um todo.<sup>81</sup> Há ainda a figura do *arrendamento*, cujo objeto é a cessão onerosa de área localizada no porto organizado (art. 1º, § 1º). Já o regime de *autorização* é aplicável às instalações portuárias localizadas fora do porto organizado (art. 1º, § 2º). Confira-se:

Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

§ 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público.

§ 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei.<sup>82</sup>

O critério utilizado pelo legislador para distinguir os regimes de concessão e arrendamento da autorização é geográfico: dentro da poligonal do porto organizado, poderão ser firmados contratos de concessão e de arrendamento. Fora da poligonal do porto, somente serão outorgadas autorizações.

A partir da aferição da área em que será explorado o serviço, poder-se-á delimitar o regime jurídico aplicável, sem que seja criada uma zona de penumbra para eleição do

---

<sup>81</sup> A concessão é prevista no Art. 1º, § 1º, e no art. 2º, IX.

<sup>82</sup> BRASIL, 2013b.

instrumento de delegação adequado.<sup>83</sup> No regime anterior, não havia essa clareza. A Lei nº 8.630/1993 permitia tanto a celebração de arrendamentos quanto a outorga de autorizações a terminais situados no porto organizado.<sup>84</sup> Havia grande insegurança jurídica quanto aos limites de atuação dos terminais privativos, um dos pontos fracos do antigo marco legal. A Lei nº 12.815/2013 prevê um critério claro para a separação entre os regimes que vigoram no âmbito do porto organizado e fora dele.

O porto organizado é considerado bem público destinado à navegação de passageiros, transporte e armazenagem de mercadorias. A área do porto organizado é “delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado” (art. 2º, II). No setor de portos, é a Secretaria Especial de Portos quem edita os referidos atos. A título de exemplo, mencione-se o Decreto Federal nº 4.333/2002, o qual delimita as áreas dos Portos Organizados de Santos, Fortaleza, e Vitória.

Sob a Lei nº 12.815/2013, a exploração indireta dos serviços portuários estará sempre condicionada a um instrumento de outorga a ser conferido pela União, a ser eleito de acordo com a posição geográfica da área em questão (se situada fora ou dentro do porto organizado). Portanto, não há espaço para o particular prestar serviço portuário diretamente, sem receber outorga da União.

### **3.4 A concessão do porto organizado**

Conforme mencionado no tópico anterior, a concessão é definida na Lei nº 12.815/2013 como a cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado (art. 2º, IX). A concessão é outorgada mediante contrato, sendo obrigatoriamente precedida de licitação (art. 4º).<sup>85</sup> Os contratos podem vigorar por até 25 anos, período esse prorrogável uma única vez, a critério da União.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> A única hipótese que pode suscitar dúvida acerca do regime jurídico aplicável é a alteração da perimetral do porto organizado para abranger áreas privadas do objeto de autorização, o que, apesar de não ser inédito, representa uma anomalia.

<sup>84</sup> Ver o comentário de Flavio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas (2014, p. 242).

<sup>85</sup> As cláusulas obrigatórias do contrato de concessão estão previstas no art. 5º da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

<sup>86</sup> Art. 19 do Decreto nº 8.033/2013 (Idem, 2013a).

Segundo observa Floriano de Azevedo Marques Neto, a concessão compreende a gestão de bem público (o porto organizado) e a prestação de serviços portuários (ou o seu gerenciamento quando executados por terceiros), bem como o provimento de suporte para atividades portuárias.<sup>87</sup> O mesmo jurista afirma que “o principal direito transferido à concessionária é o de prestar serviços e disponibilizar a infraestrutura portuária às embarcações e aos operadores privados, recebendo as tarifas correspondentes.”.<sup>88</sup>

A concessionária é responsável pelo desempenho da função de administração do porto (art. 17 da Lei nº 12.815/2013). Na hipótese de o porto organizado não ser objeto de concessão, a sua administração será exercida diretamente pela União. A administração do porto importa na assunção de atribuições relevantes, tais como (i) fiscalizar a atividade portuária de acordo com as normas aplicáveis; (ii) qualificar os operadores portuários; (iii) viabilizar e fiscalizar obras necessárias à conservação, ampliação e melhoria da infraestrutura portuária; (iv) operar o porto, coordenando o movimento de embarcações; (v) autorizar a movimentação de cargas; e (vi) organizar a guarda portuária.

Além de relacionar-se com o Poder Concedente (União, por intermédio da SEP), a concessionária é parte de uma ampla teia de relações jurídicas que se estabelecem no porto, envolvendo os arrendatários, os embarcadores, os proprietários ou consignatários de carga, os armadores, e os trabalhadores sujeitos ao regime previsto no art. 32 da Lei nº 12.815/2013, cuja administração é centralizada no Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária (OGMO).

No âmbito de cada porto organizado, é instituído um conselho de autoridade portuária (CAP), que atua como órgão consultivo da autoridade portuária (centralizada na concessionária). Os CAPs são compostos por representantes do poder público (50%), representantes da classe empresarial (25%) e representantes dos trabalhadores (25%).<sup>89</sup>

A concessionária interage, ainda, com as autoridades alfandegárias e aduaneiras que atuam nos portos organizados, fiscalizando o fluxo de mercadorias e arrecadando os tributos correspondentes (art. 24). A concessionária está obrigada a prestar informações à ANTAQ (art. 5º, XIV) e aos órgãos de controle, notadamente ao Tribunal de Contas. Dessa forma, verifica-se que o porto organizado representa uma complexa articulação de bens e agentes a serem geridos pela concessionária.

---

<sup>87</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 266.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 267.

<sup>89</sup> BRASIL, 2013b, Art. 20, § 3º.

A Lei nº 12.815/2013 não impõe um formato único para o contrato de concessão portuária. Além da administração do porto, a concessão poderá abranger a exploração direta ou indireta das atividades portuárias. Essa questão foi regulada no art. 20 do Decreto nº 8.033/2013, nos seguintes termos:

Art. 20. O objeto do contrato de concessão poderá abranger:

I - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias;

II - o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou

III - o desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.<sup>90</sup>

No primeiro formato (previsto no inciso I), a concessionária concentra tanto a função de administração como a exploração direta e indireta das instalações portuárias. Na hipótese de exploração direta, a própria concessionária opera as instalações, passando a ser responsável pela prestação do serviço de movimentação de carga diretamente aos usuários. Esse mesmo formato permite que a concessionária transfira a exploração das instalações portuárias, por meio de arrendamentos precedidos de licitação. Nesse caso, os arrendatários é que entrariam em interface direta com os usuários dos serviços.

No segundo formato, a concessionária concentra integralmente a função de administração do porto, sendo-lhe vedada a exploração direta dos serviços portuários em si. Ou seja, por esse modelo, a concessionária deve firmar contratos de arrendamento com terceiros, atuando diretamente apenas na administração do porto. Adota-se como premissa a desverticalização das atividades, alocando-se aos arrendatários a prestação de serviços de movimentação de carga.

No terceiro formato, a concessionária recebe apenas funções de administração do porto, sendo-lhe vedada a exploração das instalações portuárias. A União permaneceria com a atribuição de contratar terceiros por meio de arrendamento.

O Decreto nº 8.033/2013 atribui ao Poder Concedente ampla liberdade para optar pelo modelo de concessão que se revelar mais conveniente. Os mecanismos disponíveis permitem concentrar no concessionário tanto a gestão do porto organizado como a prestação de serviços de movimentação portuária, o que seria inovador. Há também a possibilidade de a concessão ser inspirada no modelo atualmente vigente, com a desverticalização das atividades, o que

---

<sup>90</sup> BRASIL. Decreto nº 8.033/2013. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2013a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

significa impedir a concessionária responsável pela gestão e fiscalização do porto organizado de prestar diretamente o serviço de movimentação portuária, reservado aos arrendatários.

Os mecanismos introduzidos pelo Decreto nº 8.033/2013 são viáveis para novos projetos de portos organizados. Por ora, não há previsão de outorga a entes privados de concessões dos portos já existentes, que ao que tudo indica permanecerão sob a gestão das companhias de docas.<sup>91</sup>

### **3.5 O arrendamento de áreas situadas no porto organizado**

O contrato de arrendamento envolve a cessão onerosa de área e de bem públicos localizados no porto organizado, para exploração por prazo determinado (art. 2º, XI). O prazo previsto para os arrendamentos é de 25 anos, prorrogável por igual período.<sup>92</sup> Apesar da terminologia, o arrendamento previsto na Lei nº 12.815/2013 não tem nenhuma relação com a modalidade de locação de bem público prevista no art. 96 do Decreto-Lei nº 9.760/1946.

A nomenclatura do arrendamento foi repetida na Lei nº 12.815/2013 certamente por uma razão histórica. O legislador preferiu privilegiar um instrumento já consolidado em detrimento da criação de nova modalidade contratual, o que poderia gerar insegurança jurídica. Note-se que havia diversos contratos de arrendamento quando a Lei nº 12.815/2013 entrou em vigor. Se tal modalidade contratual tivesse sido alterada, poderiam surgir questionamentos quanto à subsistência dos contratos firmados sob a lei anterior.

O arrendamento é um mecanismo complexo, envolvendo (i) a cessão de área situada no porto organizado; (ii) a utilização onerosa de bem público; e (iii) a transferência da prestação do serviço público portuário titularizado pela União (art. 21, XII, alínea “f”). Diversos autores entendem que o arrendamento tem natureza de subconcessão, por envolver parcela do porto organizado, estando necessariamente vinculado à concessão. A título ilustrativo, mencione-se o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Apesar das mudanças legislativas, sigo entendendo que o arrendamento portuário mais se aproxima de uma figura especial de subconcessão do que do instituto jurídico de direito privado de mesmo nome existente no direito

---

<sup>91</sup> Ver o comentário de Carlos Ari Sundfeld (SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 31).

<sup>92</sup> Art. 19 do Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013a).

privado. O caráter de subconcessão fica ainda mais claro quando cotejamos a definição legal de concessão portuária com a de arrendamento portuário, pois ambas são definidas como “cessão”, mas a primeira é a de cessão do todo (porto organizado), enquanto a segunda é a “cessão” da parte: “infraestruturas públicas localizadas dentro do porto organizado.”<sup>93</sup>

A principal diferença em relação a uma subconcessão típica é que, no arrendamento portuário, o arrendatário forma vínculo contratual diretamente com o Poder Concedente (e não com a concessionária), o que está previsto no art. 16, III, da Lei nº 12.815/2013.<sup>94</sup> A interlocução do arrendatário com a concessionária fica adstrita aos assuntos atinentes à organização e ao funcionamento do porto organizado.<sup>95</sup>

Assim como a concessão portuária, o arrendamento também deve ser outorgado mediante licitação. De acordo com o art. 6º, *caput*, da Lei nº 12.815/2013, o certame será baseado em (i) maior capacidade de movimentação; (ii) menor tarifa; (iii) menor tempo de movimentação de carga; ou (iv) outros critérios a serem previstos no Edital.

A lei anterior não dispunha sobre os critérios de julgamento da licitação visando à celebração de contratos de arrendamento. Na prática, os certames foram baseados na maior oferta pela outorga.<sup>96</sup> A Lei nº 12.815/2013 não chega a inovar nesse aspecto, pois contém brecha para adoção do critério de maior valor de outorga (item “iv” acima). Em 6 de junho de 2015, foi editado o Decreto nº 8.464/2015, permitindo expressamente a adoção do critério de maior valor de outorga em licitações para a outorga de concessão e de arrendamento portuários.

O critério de maior valor de outorga mostra-se desvinculado da política pública proposta para o setor, pois estimula a permanência de prestadores já consolidados nos portos organizados. Arrendatários tendem a manter instalações com alta capacidade ociosa, voltadas apenas às próprias necessidades, se o único critério do certame for a maior oferta. Tal critério tem finalidade meramente arrecadatória. Ainda que o país passe por notórias dificuldades fiscais, entendemos que as necessidades de médio e longo prazo para o desenvolvimento do

---

<sup>93</sup> MARQUES NETO, 2014, p. 265.

<sup>94</sup> “Art. 16. Ao poder concedente compete:

III - celebrar os contratos de concessão e arrendamento e expedir as autorizações de instalação portuária, devendo a Antaq fiscalizá-los em conformidade com o disposto na Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001” (BRASIL, 2013b)

<sup>95</sup> Art. 4º, I e II, do Decreto nº 8.033/2013 (Idem, 2013a).

<sup>96</sup> Tal critério está previsto no art. 15, II, da Lei nº 8.987/1995 (Idem. Lei nº 8.987/1995. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm)>. Acesso em 18 out. 2015).

setor portuário não devem ser perdidas de vista. E, de fato, a própria norma prevê critérios mais condizentes com tais necessidades.

O critério da maior capacidade de movimentação (item “i”) visa a ampliar a oferta de serviços. Será sagrado vencedor pelo referido critério aquele que ofertar a estrutura com maior capacidade de armazenagem e movimentação de carga.<sup>97</sup> O objetivo é combater ao máximo a ociosidade das estruturas. O critério do menor tempo de movimentação de carga (item “iii”) segue racional semelhante, privilegiando a eficiência do prestador.

Apesar de estarem mais bem sintonizados aos objetivos da Lei nº 12.815/2013, esses critérios podem ser de difícil aplicação prática. Em primeiro lugar porque não há como estabelecer critérios objetivos para mensuração da maior capacidade ou do menor tempo de movimentação de carga. Esses fatores podem variar de acordo com o tipo de carga movimentada, bem como pela própria natureza da atividade realizada pelo interessado. A proposta sempre terá algum grau especulativo, pois conterà projeção de demanda por serviços portuários, sujeita a constante variação.

Já o critério da menor tarifa visa a reduzir ao máximo os custos para o usuário do serviço portuário. Tal mecanismo tende a fomentar a competição entre prestadores, pois aquele que for capaz de reduzir custos operacionais e atuar de forma mais eficiente será capaz de ofertar a menor tarifa, passando a atuar em situação de vantagem perante os demais operadores. Ademais, o critério da menor tarifa comporta mensuração objetiva, não padecendo dos mesmos inconvenientes práticos aplicáveis aos critérios de maior capacidade e de menor tempo de movimentação de carga.

Um dos desafios que se coloca é que há instalações portuárias verticalizadas, em que arrendatário (operador portuário) e usuário (proprietário da carga) coincidem. Nesses casos, o arrendatário explora a instalação portuária pública voltado para o atendimento de interesses próprios, muitas vezes subaproveitando o potencial da instalação e, ao mesmo tempo, violando os direitos de usuários.

O critério baseado na menor tarifa forçaria o arrendatário a oferecer a mesma tarifa aos usuários do serviço público portuário que pleiteassem acesso às instalações arrendadas. Isso geraria um afastamento gradual da utilização dos portos públicos em operações verticalizadas, pois os operadores que tivessem a intenção de explorar as instalações para uso próprio teriam dificuldade em ofertar tarifas competitivas nas licitações.

---

<sup>97</sup> É o que se depreende do art. 9º, § 2º, I e II do Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013a).

Parece-nos, portanto, que a adoção do critério da menor tarifa é uma forma de concretização de política pública desejável para o setor de portos. Caso tal critério passe a ser aplicado com frequência em licitações nos portos organizados (ainda que combinado com outros, como o de maior investimento), permitir-se-á que as áreas sejam arrendadas a empresas cuja atividade principal seja a exploração dos serviços portuários em si, em detrimento de oligopólios consolidados nos portos organizados.

Superada a etapa da licitação, o contrato de arrendamento deverá conter as cláusulas obrigatórias previstas no art. 5º da Lei nº 12.815/2013. Merecem destaque as cláusulas que tratam dos seguintes tópicos: (i) delimitação do objeto, da área e do prazo do arrendamento; (ii) definição de metas e dos níveis de serviço a serem alcançados; (iii) investimentos a cargo do arrendatário; (iv) critérios de revisão e reajuste tarifário; (v) direitos e deveres dos usuários; (vi) reversão de bens ao término do arrendamento; (vii) obrigações de modernização e ampliação das instalações; (viii) formas de fiscalização pelas autoridades portuárias; e (ix) hipóteses de extinção.

As cláusulas obrigatórias refletem o regime de serviço público aplicável aos contratos de arrendamento, pois o arrendatário deve observar os direitos dos usuários, adotar uma política tarifária tendente à modicidade e manter nível de serviço adequado.<sup>98</sup>

Ao arrendatário é assegurada a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, garantia essa prevista no art. 37, XXI, da Constituição Federal. O art. 8º da Resolução nº 3.220/2014 prevê a recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro nos casos em que vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos pelo poder concedente, conforme a alocação de riscos realizada no contrato.<sup>99</sup>

O regime para contratação de mão de obra portuária no âmbito do porto organizado é peculiar. Exige-se a criação de um órgão gestor no âmbito de cada porto organizado, denominado Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO). O OGMO é constituído pelos operadores portuários, com o objetivo de centralizar e administrar os trabalhadores alocados à

---

<sup>98</sup> Art. 175, II, III e IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

<sup>99</sup> A ANTAQ submeteu a consulta pública minutas de editais visando à celebração de contratos de arrendamento nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde, Outeiro e Miramar. As minutas de contrato, em suas cláusulas 13.1 e 13.1.19, alocavam integralmente os riscos ao arrendatário, inclusive aqueles relacionados à teoria da imprevisão (tais como modificações tributárias, os decorrentes de caso fortuito, variação das taxas de câmbio e de juros, bem como os riscos relacionados à efetivação da demanda). Tal sistemática contraria a lógica da distribuição equitativa de riscos em contratos públicos, segundo a qual cada risco deve ser alocado à parte que estiver em melhores condições de evitá-lo. Note-se que os procedimentos para outorga de arrendamentos foram suspensos pelo Tribunal de Contas da União (TC nº 029.083/2013-3), principalmente em decorrência de falhas nos estudos de viabilidade dos arrendamentos.

prestação dos serviços (art. 32 da Lei nº 12.815/2013). Há duas espécies de trabalhadores: (i) os que são contratados por prazo indeterminado, sujeitos ao regime empregatício da CLT; e (ii) os trabalhadores portuários avulsos. Independentemente da modalidade de contratação (se por prazo indeterminado ou pelo regime de trabalho avulso), o arrendatário deve contratar os trabalhadores registrados no OGMO (art. 40, § 2º) estabelecido no porto organizado. O referido órgão deve promover o treinamento e a habilitação profissional dos trabalhadores portuários (art. 32, III). É sabido no setor que a maior parte dos trabalhadores que atuam em portos organizados não possuem registro no OGMO. Sob a lei atual, não será possível a renovação dos respectivos contratos, o que gera instabilidade para essa classe de trabalhadores.

O órgão exerce ainda atribuições específicas em relação aos trabalhadores avulsos, tais como a arrecadação da remuneração paga pelos operadores portuários para posterior repasse aos trabalhadores (art. 32, VII), bem como a aplicação de punições, nos termos da lei, de contrato ou de acordo coletivo de trabalho (art. 33, I). O OGMO atua como um supervisor e gestor do trabalho portuário avulso, do que resulta a ausência de vínculo empregatício entre essa modalidade de trabalhador e o operador portuário (art. 34).

A justificativa para a presença da modalidade de trabalho avulso é a sazonalidade inerente ao setor portuário. Os portos oscilam entre períodos de maior e menor movimentação de cargas. A centralização dos trabalhadores avulsos no OGMO permite que as instalações requisitem pessoal na medida de suas necessidades concretas. A possibilidade de compartilhamento de um *pool* de trabalhadores torna desnecessário que cada arrendatário mantenha quadro fixo de trabalhadores em períodos de baixa demanda.

A racionalidade por trás dos OGMOs é mal explorada no plano concreto. O estudo realizado pela consultoria Booz & Company aponta quadro de excesso de trabalhadores avulsos nos OGMOs.<sup>100</sup> Há um sistema de rodízio obrigatório, pelo qual os trabalhadores cadastrados devem revezar-se em turnos tipicamente de seis horas. Uma das formas de assegurar remuneração mínima aos avulsos é a alocação de mais trabalhadores para cada turno. Quanto maior o grupo alocado para cada turno, mais rodízios ocorrerão, o que gera distorções na remuneração desses trabalhadores. O elevado custo com pessoal é arcado pelo tomador dos serviços (o arrendatário/operador portuário).

---

<sup>100</sup> BOOZ & COMPANY, 2012, p. 230.

O estudo menciona, ainda, a baixa qualificação e a improdutividade dos trabalhadores avulsos como algumas das principais causas da ineficiência dos serviços prestados no porto organizado, aliadas às pressões políticas e sociais exercidas sobre os arrendatários para que não haja contratação de trabalhadores com vínculo fixo e por prazo indeterminado.<sup>101</sup> A necessidade de o arrendatário valer-se dos OGMOs para contratação de pessoal é uma das principais amarras que pesam sobre os terminais públicos.

Os arrendatários convivem com outros encargos derivados do fato de operarem em portos organizados. Um deles consiste no pagamento de parcelas remanescentes a título de outorga, exigível para arrendamentos firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 12.815/2013. Os arrendatários sujeitam-se a controle tarifário exercido pela ANTAQ (art. 27, VII da Lei nº 10.233/2001).<sup>102</sup>

Ademais, os arrendatários são fiscalizados pela autoridade portuária, que tem ingerência sobre diversos assuntos, dentre os quais (i) o horário de funcionamento do porto (art. 17, XIV, da Lei nº 12.815/2013); (ii) a entrada e saída de embarcações na área do porto (art. 17, VIII); e (iii) a movimentação de carga das embarcações (art. 17, IX). Os arrendatários pagam tarifas operacionais às autoridades portuárias, o que também contribui para onerar a sua atuação.

Em contrapartida, os arrendatários utilizam a estrutura do porto organizado, bem público que é preexistente à celebração do contrato – ao contrário dos autorizatários, que desenvolvem empreendimentos a partir do zero (*greenfields*).

Alguns arrendatários têm deixado de promover os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações. Espera-se que a Lei nº 12.815/2013 contribua para a melhoria desse cenário, mediante a desoneração do valor de outorga e a partir de uma fiscalização mais incisiva pelas autoridades do cumprimento dos cronogramas de investimentos previstos nos contratos.

Outro desafio a ser enfrentado é permitir o amplo acesso às instalações arrendadas por usuários, especialmente os de menor porte, que frequentemente enfrentam dificuldades ao tentar negociar movimentação de carga junto aos arrendatários. Cabe à ANTAQ zelar pela

---

<sup>101</sup> BOOZ & COMPANY, 2012, p. 231-232.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei nº 10.233/2001. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

efetividade dos direitos dos usuários, arbitrando eventuais conflitos de interesse (art. 20, II, alínea “b” da Lei nº 10.233/2001).

### **3.6 A autorização para instalações portuárias situadas fora do porto organizado**

Nos tópicos anteriores, expusemos as diretrizes adotadas pela Lei nº 12.815/2013, bem como as principais características dos instrumentos previstos na referida lei para a outorga do serviço portuário no âmbito do porto organizado. A partir desse momento, passaremos a tratar do tema central objeto deste estudo, qual seja a autorização. O objetivo principal deste tópico é estabelecer com nitidez os critérios que diferenciam a autorização dos demais instrumentos de outorga previstos na referida lei.

A autorização é a modalidade de outorga cabível em relação a instalações portuárias situadas fora da área do porto organizado (art. 1º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013), enquanto que as demais modalidades são voltadas para o porto organizado. A concessão envolve a cessão onerosa do porto organizado como um todo, bem como a prestação de serviços de administração do porto. Já o arrendamento tem por objeto a cessão de parcela da área do porto organizado, bem como a prestação do serviço público portuário no âmbito da instalação arrendada.

Tanto a concessão como o arrendamento envolvem a cessão de bem público. Já a autorização implica tão-somente a delegação do serviço portuário titularizado pela União. O terreno sobre o qual se funda a autorização é privado, devendo o autorizatário comprovar posse legítima sobre tal área para que se possa dar início ao procedimento de outorga (art. 11, parágrafo único).

O que justifica a outorga ao autorizatário é a circunstância de o serviço portuário ser titularizado pela União, por imposição constitucional.<sup>103</sup> Historicamente, os portos eram atrelados a modalidades de uso de bem público (concessão de obra pública, arrendamento de bem público etc.). Na Constituição atual, não há associação necessária entre o uso de bem público e o serviço portuário. O serviço portuário tem assento constitucional autônomo, cabendo à União legislar sobre os diversos regimes de prestação do referido serviço, não

---

<sup>103</sup> Art. 21, XII, alínea “f” (BRASIL, 1988).

necessariamente vinculados ao uso de bem público.<sup>104</sup> Portanto, a autorização é uma modalidade de outorga do serviço portuário que não está atrelada à utilização de bem público, diferenciando-se do arrendamento e da concessão quanto a esse último aspecto.

A Lei nº 12.815/2013 prevê a outorga de autorizações para as seguintes modalidades de instalações portuárias: (i) terminal de uso privado;<sup>105</sup> (ii) estação de transbordo de carga;<sup>106</sup> (iii) instalação portuária pública de pequeno porte;<sup>107</sup> e (iv) instalação portuária de turismo.<sup>108</sup> Dentre tais modalidades de instalação, a que desperta maior interesse prático é o terminal de uso privado. As demais modalidades são pouco usuais. Em contraste com a autorização, o arrendamento permite apenas a exploração de instalações portuárias.<sup>109</sup>

Quando comparado à concessão e ao arrendamento (mecanismos de outorga de áreas situadas no porto organizado), verifica-se que o contrato de autorização não conterà cláusulas relativas ao reajuste tarifário e à reversão de bens à União. Isso ocorre por expressa determinação legal, *ex vi* do art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.815/2013. De forma a reforçar a inexistência de cláusula de reversão de bens em contratos para outorga de autorização, o art. 5º, § 2º, prevê que os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, sendo que tal previsão inexistente para o regime de autorização.

Portanto, não há diferença entre a autorização, a concessão e o arrendamento quanto à natureza do vínculo. As três modalidades de outorga geram vínculo contratual entre a União e o delegatário do serviço portuário. A autorização portuária conferida com base na Lei nº 12.815/2013 não é unilateral, ao contrário do que ocorre com algumas outras espécies de autorização.<sup>110</sup>

De acordo com o art. 26, § 1º, do Decreto nº 8.033/2013, a operação da instalação portuária será iniciada em três anos a partir da outorga de autorização, “contado da data de

---

<sup>104</sup> Ou exploração indireta, como previsto no art. 1º, § 1º e § 2º da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

<sup>105</sup> Terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado (Ibidem, art. 2º, IV).

<sup>106</sup> Estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem (Ibidem, art. 2º, V).

<sup>107</sup> Instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior (Ibidem, art. 2º, VI).

<sup>108</sup> Instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo (Ibidem, art. 2º, VII).

<sup>109</sup> Ibidem, Art. 2º, III e art. 2º, VII.

<sup>110</sup> Conforme mais bem abordado no capítulo \_\_, autorização é um termo polissêmico, o que gera controvérsia sobre os atributos da autorização. Em nossa opinião, a autorização é um gênero do qual decorrem diversas espécies, de acordo com o regime jurídico específico que vier a ser fixado pelo legislador ordinário.

celebração do contrato de adesão”, prazo esse que é prorrogável por igual período, a critério da Secretaria dos Portos.<sup>111</sup>

A autorização vigorará por até 25 anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que (a) o serviço portuário seja mantido; e (b) o autorizatário promova investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias (art. 8º, § 2º, I e II). Para o arrendamento e a concessão, também está previsto prazo de 25 anos, com a diferença de que o referido prazo é prorrogável uma única vez, a critério da União.<sup>112</sup>

A lei exige intensos monitoramento e fiscalização por parte da ANTAQ para verificação do cronograma de investimento a que o autorizatário se comprometer, para o que poderá a referida agência reguladora exigir garantias ou aplicar sanções, “inclusive a cassação da autorização” (art. 8º, § 3º).

Outra disposição relevante está contida no art. 13, pelo qual a ANTAQ poderá disciplinar condições de acesso “por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, assegurada remuneração adequada ao seu titular”. Portanto, a outorga não é conferida no interesse exclusivo do autorizatário. As instalações portuárias autorizadas integram o sistema portuário nacional, e devem ser compreendidas nesse contexto mais amplo, que impõe um dever de compartilhamento de infraestrutura. Nesse aspecto, a autorização é equiparada à concessão e ao arrendamento, para os quais também se prevê a obrigação de disponibilizar acesso a terceiros.<sup>113</sup>

Conforme já mencionado, na Lei nº 12.815/2013, desapareceu a distinção constante da legislação anterior quanto ao tipo de carga movimentada.<sup>114</sup> No novo regime, o autorizatário poderá movimentar livremente carga de terceiros.

Não há mais exigência de que a carga seja preponderantemente própria ou exclusiva do autorizatário – o que anteriormente era critério diferenciador entre os “terminais privativos” (que coerentemente passaram a ser denominados terminais privados) e os portos públicos. De fato, sob a Lei nº 8.630/93, os terminais de uso privativo (e não “privado”, denominação introduzida pela nova lei) eram classificados de acordo com o tipo de carga movimentada (art. 4º, § 2º). No terminal privativo de uso exclusivo, o particular somente

---

<sup>111</sup> BRASIL, 2013a.

<sup>112</sup> Art. 19 do Decreto nº 8.033/2013 (Ibidem).

<sup>113</sup> Art. 7º A Antaq poderá disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato (Ibidem).

<sup>114</sup>Esta novidade é comentada por LIMA, 2013.

podia movimentar carga própria. Os terminais de uso misto destinavam-se à movimentação de carga própria e de terceiros. Resoluções da ANTAQ limitavam o direito do autorizatário de movimentar carga de terceiros. Havia uma obrigação de movimentação de carga “preponderantemente própria” (art. 3º da Resolução ANTAQ nº 1.660/2010), a qual desapareceu a partir da Lei nº 12.815/2013.

Essa restrição desestimulava a competição no setor de portos, na medida em que o delegatário sujeito ao regime privado deveria observar limitações quanto à movimentação de carga de terceiros. Há certo alinhamento entre essa antiga restrição regulatória e a noção clássica de autorização, pelo qual a autorização é concedida no interesse do autorizatário. Ou seja, pela mesma noção, o atendimento ao interesse de terceiros somente poderia ser realizado em caráter subsidiário, sob pena de desnaturação da autorização. É interessante notar que essa restrição não tinha base constitucional. A Constituição não diz que o interesse a ser atendido mediante autorização exarada com fundamento no art. 21, XII, “f” deve ser preponderantemente próprio.

A intenção do Governo Federal em acabar com a referida distinção quanto à origem da carga constou da mensagem de veto da Presidência da República ao dispositivo do projeto de lei que fazia a comentada restrição: “a retomada de restrições ao tipo de carga a ser movimentada em cada terminal portuário constitui um empecilho à ampla abertura do setor e à elevação da concorrência.”<sup>115</sup>

Portanto, sob a Lei nº 12.815/2013, terminais públicos e privados competem pela movimentação de cargas. É uma tentativa de ampliar a eficiência em setor que historicamente esteve sujeito ao privilégio estatal.<sup>116</sup> Considerando que áreas localizadas fora de portos organizados também podem receber terminais portuários, a saída encontrada pelo legislador foi permitir a exploração de áreas privadas por meio de autorização, em regime de competição com os terminais públicos.

De forma proposital, o legislador introduziu uma assimetria entre os regimes de autorização e de arrendamento. Como os autorizatários não contam com a estrutura do porto organizado – ao contrário dos arrendatários –, foi necessário estabelecer um regime mais flexível para possibilitar a entrada de novos operadores. Tal mecanismo visa a compensar o

---

<sup>115</sup> BRASIL. Mensagem nº 222, de 5 jun. 2013. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2013c. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-222.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-222.htm)>. Acesso em 7 jul. 2014.

<sup>116</sup>No julgamento da ADPF nº 46/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o termo “monopólio” é aplicável apenas à prestação de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes privados.

encargo imposto aos autorizatários de construir um terminal literalmente do zero, sem qualquer infraestrutura preexistente.

Os autorizatários estão liberados da obrigação de contratar mão de obra por intermédio do Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO), órgão esse responsável pela contratação de trabalhadores avulsos no âmbito do porto organizado (além de fornecer cadastro de trabalhadores que podem ser contratados por prazo indeterminado). James Dantas comenta que não há possibilidade de intervenção do OGMO nos terminais de uso privado, sendo que os autorizatários podem optar por contratar trabalhadores (i) com vínculo empregatício; (ii) temporários; ou (iii) terceirizados. Confira-se:

A Lei nº 12.815/2013 sepultou definitivamente a discussão quanto a possibilidade de intervenção do OGMO nas atividades portuárias realizadas nos Terminais de Uso Privado, de modo que os mesmos poderão [...] contratar livremente a mão de obra, em direta concorrência com os agentes lotados na área do porto organizado [...]

O próprio art. 44 da Lei nº 12.815/2013 facultou aos titulares de instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a vínculo empregatício, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo, o que faz inclusive sugerir a possibilidade dos Terminais de Uso Privado se utilizarem de mão de obra terceirizada ou temporária, nos moldes da Lei nº 6.019/74.<sup>117</sup>

O mesmo autor afirma que a contratação de mão de obra avulsa por intermédio dos OGMOs é um entrave para o desenvolvimento do setor portuário, dada a baixa eficiência e alto custo dos serviços prestados pelos trabalhadores avulsos.<sup>118</sup>

É projetado declínio do trabalho avulso mesmo no âmbito do porto organizado, onde tal modalidade deverá ficar restrita a atividades de menor complexidade e que exijam força física. A modernização dos métodos de movimentação de carga, com a crescente utilização de contêineres, tem reduzido a quantidade de trabalhadores necessários para a operação dos terminais. A tendência atual é a contratação de trabalhadores mais qualificados e em menor número, mediante vínculo empregatício permanente.<sup>119</sup>

O autorizatário é responsável pela disciplina da atividade portuária realizada nas instalações autorizadas. A autoridade portuária que atua no âmbito do porto organizado

---

<sup>117</sup> DANTAS, James. As alterações trazidas pela lei nº 12.815/2013 no trabalho portuário. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 294-295.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 295.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 302.

fiscalizando a operação portuária dos arrendatários não exerce qualquer influência sobre a atividade do autorizatário. Apesar disso, o autorizatário deve observar a regulamentação da ANTAQ e submeter-se às autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima.<sup>120</sup>

Em contrapartida a um regime mais flexível de atuação, o autorizatário atua por sua conta e risco, sem qualquer garantia quanto à preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O risco referente à amortização dos investimentos é assumido integralmente pelo autorizatário, que não fará jus a qualquer espécie de remuneração por parte do poder titular da outorga durante a vigência do contrato de autorização.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Art. 30 da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

<sup>121</sup> A observação é de Vitor Rhein Schirato. SCHIRATO, Vitor Rhein. As Infraestruturas privadas no novo marco setorial dos portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 338/339.

## **4 A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO PORTUÁRIO POR INTERMÉDIO DE AUTORIZAÇÃO**

Para respondermos as questões levantadas no capítulo anterior, de forma a delinear o regime das autorizações portuárias, entendemos que a análise deve partir da Constituição Federal. Nesse sentido, concordamos com a observação de Egon Bockmann Moreira de que

[...] a Constituição deve ser interpretada a partir dela mesma (sobretudo de seu texto normativo) em confronto com o caso em exame, não se deve tentar compreender o seu significado e alcance por meio de teorias jurídicas em outro tempo elaboradas.<sup>122</sup>

O mesmo autor prossegue com a observação de que é inviável aplicar modelos conceituais extraídos da doutrina de forma acrítica e automática. A hermenêutica constitucional é evolutiva e adaptativa, devendo o intérprete procurar o sentido atual das normas, sem apegar-se a formulações teóricas tradicionais.

### **4.1 Os múltiplos significados do termo “autorização” na Constituição Federal**

O delineamento do regime da autorização portuária passa por uma dificuldade inicial: a polissemia do termo autorização no ordenamento jurídico brasileiro, a qual pode ser constatada a partir da leitura de normas constitucionais. Na legislação ordinária, o tratamento da autorização é igualmente díspar.

No art. 5º da Constituição Federal, a autorização é relacionada ao exercício de liberdades individuais. O art. 5º, XVI, assegura a todos o direito de reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente. O art. 5º, XVIII é de natureza semelhante, estabelecendo que a criação de associações e de cooperativas independente de autorização estatal.

---

<sup>122</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, n. 0, maio/jun., 2013. p. 31–45.

A autorização aparece novamente como ato disciplinador do exercício de liberdade individual no art. 8º, I, da Constituição Federal. De acordo com o referido dispositivo, a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, sendo vedado ao Poder Público interferir na organização sindical.

O art. 21, VI, da Constituição, sujeita a produção e o comércio de material bélico à prévia autorização da União. A norma em questão volta-se ao exercício de atividade econômica específica.

Já o art. 170, parágrafo único, contém regra mais abrangente acerca da intervenção estatal no domínio econômico: a todos será assegurado o exercício de atividades econômicas, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Dentre as exceções à referida regra, está o próprio art. 21, VI.

As normas mencionadas nos tópicos anteriores refletem a acepção mais corrente do termo autorização, como ato unilateral relacionado ao poder de polícia da Administração. Ocorre que há várias outras acepções para o termo autorização, todas extraíveis diretamente de normas constitucionais. No art. 21, incisos XI e XII, a autorização é prevista como instrumento de outorga de serviços públicos titularizados pela União. Confira-se:

Art. 21. Compete à União: [...]

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.<sup>123</sup>

Há diferença substancial entre os dispositivos previstos no art. 21, de um lado, e o art. 5º, incisos XVI e XVIII, e o art. 170 da Constituição, de outro lado. O primeiro bloco de normas diz respeito a serviços titularizados pelo Estado. Assim como a permissão e a

---

<sup>123</sup> BRASIL, 1988.

concessão, a autorização é um ato jurídico pelo qual a União transfere a prestação do serviço a terceiro (ente da Administração Indireta ou privado).

O art. 170 refere-se a atividades que integram o setor privado. Nos casos em que a atuação do particular estiver sujeita à prévia autorização, estar-se-á diante de atividade inserida no domínio privado, cujo exercício dependerá do controle prévio da Administração. De igual modo, o art. 5º, XVI e o art. 5º, XVIII dizem respeito a possíveis injunções estatais sobre a esfera privada, nas quais a Administração se utilizaria de prerrogativas de autoridade.

A disparidade dos blocos de normas descritos acima torna de todo inconveniente a formulação de conceito unificado de autorização. A má técnica legislativa consistente no emprego do referido termo na disciplina de relações jurídicas que nada têm em comum deve ser superada pelo intérprete, e não tomada como referência. Mais adiante, será demonstrado que essa questão não é meramente teórica; a pretensão unificadora da doutrina brasileira gera repercussões sobre os atributos da autorização, em especial quanto à unilateralidade/bilateralidade e quanto à precariedade/estabilidade do vínculo.

A reforçar a impossibilidade de extrair-se sentido único de autorização do texto constitucional, frisamos que o referido termo é empregado com outros significados, sem relação com a outorga de serviços públicos e tampouco com o controle de atividades privadas.

O art. 37, XX, da Constituição prevê a necessidade de autorização legislativa para a criação de subsidiárias por empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista. O art. 128, § 2º, condiciona a destituição do Procurador-Geral da República à autorização da maioria absoluta do Senado Federal. O art. 137 trata da solicitação de autorização do Congresso Nacional para decretação do estado de sítio. Há várias outras normas na Constituição invocando a autorização, das quais é impossível extrair regime jurídico homogêneo.

Apesar de a Constituição empregar o termo autorização em diversos sentidos, a doutrina tradicionalmente tem definido o instituto de maneira uniforme. Autores amplamente consagrados replicam a noção clássica de autorização, vinculando-a aos atributos de unilateralidade, discricionariedade, e precariedade. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello define a autorização como “ato unilateral pelo qual a Administração,

discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário.”.<sup>124</sup> A conceituação de Hely Lopes Meirelles é semelhante:

[...] autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao interessado a realização de certa atividade, serviço, ou a utilização de determinados bens particulares ou públicos de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração.<sup>125</sup>

O mesmo autor afirma que, “na autorização, há apenas uma aquiescência unilateral, precária e discricionária, que possibilita a atividade ou a execução do serviço, sem qualquer encargo para o autorizante e sem nenhuma garantia para o autorizatário.”.<sup>126</sup>

Cid Pompeu realizou abrangente estudo acerca da autorização administrativa, sem focar em legislação ou em setor específicos. A finalidade era apresentar um panorama do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O autor concluiu que é “impossível obter um conceito universal do instituto”, tendo em vista os múltiplos significados com que o termo é empregado na legislação brasileira, fenômeno que também ocorreria em outros países.<sup>127</sup> Face à ausência de uniformidade normativa, o autor optou por definir a autorização a partir da utilização que seria a mais corrente – relacionada ao poder de polícia da Administração –, tendo proposto o seguinte conceito:<sup>128</sup>

[...] ato administrativo discricionário, pelo qual se faculta a prática de ato jurídico ou de atividade material, objetivando atender diretamente a interesse público ou privado, respectivamente, de entidade estatal ou de particular, que sem tal outorga seria proibida.<sup>129</sup>

Cid Pompeu define a autorização como ato unilateral, dado o seu enquadramento na categoria de ato administrativo. Segundo o autor, apenas atos jurídicos que recebessem a denominação de “contrato, acordo, convênio, tratado” é que poderiam ser bilaterais. Em princípio, o referido atributo não poderia ser atrelado à autorização:

[...] em se tratando de ato administrativo, está implícita a condição de ato unilateral. Se bilateral, deveria ser denominado contrato, acordo, convênio, tratado, mas não simplesmente ato. Como a unilateralidade é característica

<sup>124</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 444.

<sup>125</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 13. ed, São Paulo: RT, 1987, p. 147.

<sup>126</sup> Idem, Transporte Coletivo Urbano. *Estudos e pareceres de direito público*. 20. ed. São Paulo: RT, 1977, p. 503.

<sup>127</sup> POMPEU, Cid. *Autorização administrativa*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 199-200.

<sup>128</sup> O conceito está em linha com a definição clássica do instituto da autorização.

<sup>129</sup> Ibidem, p. 199.

do ato administrativo, somente se a autorização fosse bilateral é que tal fato precisaria ser especificado.<sup>130</sup>

Entendemos que o conceito de autorização proposto por Cid Pompeu é contraditório com a premissa identificada pelo próprio autor, de que não é possível extrair uma acepção universal de autorização a partir do ordenamento jurídico. Parece-nos despropositado privilegiar a acepção que seria supostamente a mais corrente em detrimento de vários outros significados possíveis. O arbitramento de um conceito genérico pode gerar algum conforto teórico, mas acaba sendo de pouca utilidade prática, sobretudo quando se visa a identificar um regime jurídico específico (no caso deste trabalho, da autorização portuária).

Obras recentes ainda são influenciadas pela definição tradicional de autorização administrativa. André Luis Freire admite que a Constituição não é uniforme no tratamento da autorização administrativa, admitindo seu emprego como ato de polícia ou instrumento de outorga de serviço público. No entanto, ao definir os atributos da autorização, o autor afasta-se do texto constitucional e procura amparo em obras doutrinárias, concluindo que a autorização de serviço público é em regra precária e unilateral. Quanto ao traço da unilateralidade, o autor chega a afirmar que “a autorização sempre teve essa natureza, não havendo razão para reputar que o constituinte fez menção à autorização em sentido diverso.”<sup>131</sup>

As transcrições acima revelam grande carga conceitual – quase uma força magnética – em torno da autorização administrativa na doutrina brasileira, a qual vem de longa data.<sup>132</sup> Há uma indiscutível tendência em negar à autorização outros atributos que não aqueles que foram cristalizados no conceito clássico. Vitor Rhein Schirato aponta que o conceito de autorização foi moldado historicamente sem base no direito positivo. Como era escassa a produção legislativa em matéria de direito administrativo, foi a doutrina que se encarregou do delineamento dos principais atributos afetos ao instituto da autorização.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> POMPEU, 2010, p. 199-200.

<sup>131</sup> FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 396.

<sup>132</sup> A partir do interessante mapeamento feito por Cid Pompeu, constata-se que, na década de trinta do século passado, os conceitos de autorização eram semelhantes aos constantes de manuais recentes. É citado, por exemplo, o conceito de Mario Masagão: “ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que a lei declara, salvo assentimento da administração, proibida” (MASAGÃO, Mario. *Natureza jurídica da concessão de serviço público*. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 8-10, *apud* POMPEU, 2010, p. 128).

<sup>133</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*, São Paulo: Fórum, 2012, p. 312.

Nesse aspecto, a doutrina brasileira buscou inspiração em obras publicadas na Europa Continental no final do século XIX, as quais relacionam a autorização administrativa ao exercício do poder de polícia pela Administração, no controle de atividades privadas.

Segundo Eduardo García de Enterría, uma das primeiras formulações doutrinárias em torno da autorização administrativa foi desenvolvida por Otto Mayer, em 1895.<sup>134</sup> A definição pretendida pelo autor alemão colocava ênfase na descrição do mecanismo com base no qual a autorização atua, como ato administrativo que levanta a proibição preventivamente estabelecida pela norma de polícia, após a verificação de que o exercício da atividade proibida não irá perturbar a boa ordem da coisa pública. O levantamento da *vedação sob ressalva de autorização* restabeleceria a liberdade inicial do autorizado. A autorização teria conteúdo negativo, pois não ampliaria a esfera jurídica do autorizado.

Na Itália, recebeu ampla divulgação a teoria de Oreste Ranelletti, a qual orbita em torno da preexistência de direito próprio por parte do autorizado, cujo exercício se sujeita à licença ou autorização da Administração, que, agindo em nome do interesse público, resguarda atividades eventualmente nocivas ou perigosas que podem ser desenvolvidas pelo indivíduo. A outorga da autorização eliminaria o limite que a lei condicionalmente impôs ao exercício do direito.<sup>135</sup>

Ainda segundo a formulação original de Raneletti, por possuir caráter declaratório, a autorização se diferenciaria da concessão, pela qual a Administração outorgaria direitos novos ao particular, tratando-se de ato ampliativo (enquanto a autorização teria uma acepção negativa ou meramente declaratória).

Fábio Konder Comparato comenta que, apesar de ter projetado grande influência, a noção pretendida por Raneletti não foi aceita de maneira unânime pela doutrina italiana.<sup>136</sup> Um dos críticos da referida teoria foi Pietro Gasparri, autor esse que nega caráter declaratório à autorização. Segundo Gasparri, em havendo proibição legal, não se pode falar em direito preexistente do administrado, mas em situação de mero interesse.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, 2. Revisão técnica Carlos Ari Sundfeld; Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 162.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> COMPARATO, Fábio Konder. As autorizações de funcionamento de instituições financeiras. *Direito Público: Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 240.

<sup>137</sup> GASPARRI, Pietro. *Verbete Autorizzazione*, in *Enciclopédia Del Diritto*, Milão, Giuffrè, apud COMPARATO, 1996, p. 242.

É interessante constatar que a elaboração tradicional do conceito de autorização por autores brasileiros não é afetada pela controvérsia envolvendo o caráter constitutivo ou meramente declaratório da autorização. Entre nós, a ênfase é colocada na unilateralidade da autorização, bem como no levantamento de impedimento ao exercício de atividade privada.

A doutrina nacional concentrou-se, ainda, em diferenciar a autorização de outros atos administrativos em espécie (como admissão, concessão, permissão, aprovação, licença, homologação etc.).<sup>138</sup> Nessa seara, merece destaque a clássica distinção entre a licença – ato vinculado – e a autorização, que seria discricionária por natureza.

Essa catalogação de conceitos não resolve o principal problema imbricado na noção tradicional de autorização administrativa: o apego exclusivo à autorização como técnica inerente ao poder de polícia, visando ao controle negativo dos particulares em seu campo próprio de atuação (as atividades privadas). Com isso, ignora-se o emprego da autorização como instrumento de outorga para a transferência da prestação de serviços públicos, o que demanda técnicas consensuais.<sup>139</sup>

Eduardo García de Enterría menciona uma crise na noção de autorização administrativa, gerada a partir da transposição do instituto para outros campos. No contexto atual, a Administração tem se valido da autorização como instrumento de regulação, “com a finalidade determinada de orientar e direcionar positivamente a atividade autorizada em direção a alguns objetivos previamente programados”:

Este esquema conceitual entrou em crise, no entanto, a partir do momento em que, ultrapassando a própria esfera da ordem pública, em sua tripla dimensão compreensiva da tranquilidade, segurança e salubridade cidadãs em função do qual foi pensado, a autorização viu-se inserida no complexo campo das atividades econômicas, no qual passou a desempenhar um papel muito diferente do de simples controle negativo do exercício de um direito, ao ser utilizada como instrumento de regulação do mercado, com a

---

<sup>138</sup> Admissão, de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello (2014): “ato unilateral pelo qual a Administração vinculadamente faculta a alguém a inclusão em estabelecimento governamental para gozo de um serviço público” (p. 443).

Concessão, para o mesmo autor, trata-se de “designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém” (p. 443).

Permissão: “Ato unilateral pelo qual a Administração faculta a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público” (p. 443).

Aprovação: “Ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta a prática de ato jurídico ou manifesta sua concordância com ato jurídico já praticado, a fim de lhe dar eficácia” (p. 444).

Licença: “Ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos” (p. 444).

Homologação: “Ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração concorda com ato jurídico já praticado, uma vez verificada a consonância dele com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão” (p. 444).

<sup>139</sup> O emprego de técnicas autoritárias tem sido questionado mesmo em relação à disciplina das atividades privadas, havendo uma tendência de busca pela atuação consensual da Administração Pública.

finalidade determinada de orientar e direcionar positivamente a atividade autorizada, em direção a alguns objetivos previamente programados ou, pelo menos, implicitamente definidos nas normas aplicáveis.

Neste novo cenário, a Administração se acostumou a reservar para si poderes amplamente discricionários em relação à matéria, com a conseguinte liberdade para outorgar ou denegar as autorizações que lhe eram solicitadas e a limitação *de iure* ou simplesmente *de facto*, do número de autorizações que se podiam obter em cada caso, o que contribuiu para tornar cada vez mais ilusória a imagem de um direito preexistente, cuja afirmação na maior parte dos casos (a rigor todas, fora do âmbito dos direitos fundamentais de liberdade protegidos pela proteção constitucional, que, por sua natureza, rechaçam o uso da técnica autorizatória) estaria em franca contradição com a realidade das coisas, que sempre mostra, com toda clareza, até que ponto diferem as posições do sujeito autorizado antes e depois da autorização.<sup>140</sup>

A autorização passa por uma releitura também na Espanha, onde se reconhece que o controle negativo de liberdades individuais não é o único papel a ser desempenhado pelo instituto. O emprego da autorização como instrumento de regulação gera um desafio adicional, relacionado à discricionariedade no ato de outorga, em decorrência dos objetivos perseguidos pela Administração.

O comentário de Enterría parece-nos pertinente e atual. Pelo regime instituído pela Lei nº 12.815/2013, a autorização deve ser compatível com as diretrizes do planejamento e com as políticas do setor portuário.<sup>141</sup> O exame da proposta do interessado para a implementação de instalação portuária não envolve a mera preservação da ordem pública, e sim a viabilidade de a instalação vir a ser integrada ao sistema portuário nacional. Para que esse mecanismo seja devidamente compreendido, é necessário visualizarmos um contexto maior para a autorização.

Jacinto Arruda Câmara comenta a resistência da doutrina brasileira em aceitar a utilização de autorização para outros fins que não as situações triviais geralmente invocadas (autorização para porte de arma, por exemplo). Aponta o autor que é escassa a produção doutrinária sobre a utilização deste instrumento como “mecanismo de intervenção do Poder Público em setores regulados da economia”.<sup>142</sup>

O apego à visão clássica fez com que, mesmo mediante expressa previsão no art. 21 da Constituição, a expressão “autorização” fosse classificada como “insuficiência técnica” do

---

<sup>140</sup> ENTERRIA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 162.

<sup>141</sup> Art. 12, § 4º (BRASIL, 2013b).

<sup>142</sup> CÂMARA, Jacinto Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, São Paulo: Fórum, 2012, p. 619-621.

constituente.<sup>143</sup> O problema de replicarem-se noções doutrinárias de maneira acrítica é bem colocado pelo autor:

em vez de se interpretar o direito posto e, a partir dele, revelar-se o significado dos institutos, toma-se como fonte conceitual a própria doutrina, pondo-a como paradigma a ser observado pelo legislador (mesmo que seja o constituente originário).<sup>144</sup>

Para Câmara, o problema é gerado pela pretensão doutrinária de cunhar uma definição universal do instituto, o que é impossível face à pluralidade de significados que a autorização recebe no ordenamento. O regime jurídico da autorização deve ser buscado na legislação específica de regência, a partir do direito posto (e não a partir de formulações doutrinárias generalizantes):

A análise do Direito posto (e também do Direito Comparado contemporâneo) revela que não se pode advogar a existência de um conceito único de autorização (algo que acredito jamais ter existido fora dos manuais [...]).

A realidade jurídica revela a convivência de diversas acepções do termo autorização. O conceito de autorização nos serviços de radiodifusão não é o mesmo empregado nos de telecomunicações. O setor elétrico possui a sua concepção, o de serviços de transporte de passageiros já emprega outra. A mesma expressão (“autorização”) que serve para legitimar a instalação de uma banca de jornal também é empregada pelo legislador como instrumento de regularização do funcionamento de bancos (instituições financeiras). E nessa linha pode se seguir com infindáveis exemplos de aplicações próprias do termo.

[...] acredito que o caminho básico é abandonar a pretensão de se cunhar um conceito único do instituto. Na verdade, é impossível adotar, com base num exame fiel do direito positivo, um conceito geral que envolva todas as aplicações do instrumento autorização. É o que se extrai do ordenamento jurídico brasileiro, com respaldo na experiência internacional.<sup>145</sup>

Seguindo a linha de raciocínio proposta, a busca pelo regime jurídico da autorização portuária deve tomar como base o art. 21, XII, alínea “f”, da Constituição. Conforme expusemos anteriormente, o referido dispositivo é inconciliável com o art. 170, que trata da autorização liberatória para o exercício de atividades privadas. Portanto, seria um equívoco tentar compreender a autorização portuária a partir de atributos tradicionalmente imputados à

---

<sup>143</sup> CÂMARA, 2012, p. 622.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 622.

<sup>145</sup> Ibidem, p. 619-621.

autorização liberatória clássica. Nesse sentido, confira-se o comentário de Egon Bockmann Moreira:

As autorizações liberais dizem respeito às limitações ao exercício do direito de propriedade e à liberdade de empresa. Prestavam-se a circunscrever o exercício de determinadas atividades privadas – dirigidas, portanto, a fatos experimentados no setor privado da economia. [...]

Tais autorizações liberatórias não podem ser praticadas no setor público da economia, tal como definido na Constituição. O que se tem é, no setor privado, a necessidade do exame e da liberação administrativa como condição ao exercício de determinadas atividades próprias, de titularidade das pessoas privadas (e reitere-se, este é apenas um dos sentidos jurídicos da palavra).

Por isso tal autorização – e só ela, não as outras – pode ser compreendida como um ato administrativo discricionário (ou vinculado, a depender da previsão legal), unilateral, precário, que facultava ao particular o exercício de determinada atividade no domínio econômico privado. Como o nome já diz, este ato administrativo apenas autoriza a prática da atividade privada – mas não pode obrigar. [...]

Pensando em casos práticos, de que estamos a falar? Da instalação e funcionamento de empreendimentos privados [...] de açougues e escritórios de advocacia [...] Estamos a falar de qualquer coisa, menos das autorizações previstas no art. 21 da Constituição – que se dirigem ao setor público da economia. E porque dirigidas ao setor público, permitem a inserção da pessoa privada nesse setor econômico, constituindo um dos títulos jurídicos que a habilitam a explorar determinada atividade econômica de reserva pública. Por isso que são autorizações constitutivas, não declaratórias, com forte carga mandamental. São autorizações que obrigam, que instruem como deve ser desenvolvida a atividade e estabelecem metas (não apenas autorizam o seu desenvolvimento). Tanto isso é verdade que, na dicção legal do art. 8º, § 1º da MedProv 595/2012, tais autorizações são instrumentalizadas em contratos de adesão.<sup>146</sup>

Entendemos que os atributos da autorização portuária não podem ser depreendidos diretamente do texto Constitucional. O art. 21, XII, “f”, emprega a autorização como ato jurídico, mas não especifica se como contrato ou ato administrativo (do tipo unilateral ou bilateral).

Em se tratando da transferência da prestação de serviço público, faria em princípio todo o sentido a celebração de um contrato ou, alternativamente, a emissão de ato bilateral.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> MOREIRA, 2013, p. 37-39.

<sup>147</sup> A esse respeito, Vera Monteiro afirma que “em tese, e a partir de uma análise estritamente constitucional, não haveria impedimento para que a lei atribuísse à autorização a natureza de contrato administrativo, e não de ato administrativo [...] O reconhecimento dessa categoria tem a função de ajudar o intérprete a entender que a palavra ‘autorização’, por si só, não implica, necessariamente, a adoção de um regime jurídico típico dos atos de polícia administrativa. Se esse instrumento estiver vinculado à prestação de serviço público, então, deve-se

Isso porque, ao contrário do ato de polícia administrativa, a transferência da prestação do serviço público não pode ser imposta sem a aquiescência do particular. No entanto, a confirmação acerca da natureza do vínculo instaurado pela autorização deve ser buscada na legislação específica de regência, para que não seja baseada em mera suposição teórica.

O mesmo pode ser dito em relação à estabilidade ou precariedade do vínculo. Pelo conceito tradicional, a autorização daria origem a um vínculo precário. Porém, considerando que a autorização emitida com fundamento no art. 21, XII, “f” da Constituição se destina a regular relação de cunho econômico, seria mais lógico o surgimento de vínculo estável, de forma a permitir a amortização de vultosos investimentos a serem realizados pelo particular ao longo da vigência da outorga. Ocorre que a Constituição não toma partido sobre essa questão. Portanto, a estabilidade do vínculo só poderá ser aferida com segurança a partir da legislação ordinária.<sup>148</sup>

Pela acepção tradicional, a autorização é sempre discricionária, sendo por isso mesmo diferenciável da licença – ato de natureza vinculada. Ocorre que o art. 21, XII, “f” da Constituição não avançou sobre esse aspecto da autorização portuária, a qual em tese poderia ser discricionária ou vinculada, a depender do que dispusesse a legislação ordinária. Tal premissa vale para todos os demais serviços previstos no inciso XII do art. 21 da Constituição.

A discussão em torno da discricionariedade ou precariedade da autorização gerou polêmica considerável com o advento da Lei nº 9.472/1997, dispondo sobre a organização dos serviços de telecomunicações (cujas base constitucional é o art. 21, XI, da Constituição). O art. 131, § 1º, da referida lei prevê que a outorga de autorização obedecerá a critério vinculado. O dispositivo foi criticado por parte da doutrina, que enxergou na autorização um rótulo equivocado para denominar situação que na verdade ensejaria a expedição de licença administrativa.<sup>149</sup>

---

reconhecer a sua natureza contratual” (MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 88/89).

<sup>148</sup> Como é sabido, a permissão suscitou discussões semelhantes acerca da precariedade ou estabilidade do vínculo, em especial no setor de transporte coletivo urbano municipal. Apesar da ausência de norma expressa, há uma tendência em afastar-se a precariedade nessas hipóteses, o que torna menos tênue a diferença entre permissão e concessão.

<sup>149</sup> De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, o vocábulo “autorização” teria sido empregado indevidamente na Lei nº 9.472/1997, não se amoldando ao conceito doutrinário, segundo o qual a autorização seria sempre ato vinculado. A referida doutrinadora concluiu que o “uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito” de autorização (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 216).

A controvérsia em questão foi gerada a partir de tendência doutrinária em buscar critérios unificados para a autorização administrativa, iniciativa essa que não tem respaldo na Constituição. Apenas o exame atento da legislação ordinária permitirá aferir se a autorização será concedida de forma discricionária ou vinculada, sendo imprópria a busca de uma regra geral. No caso da Lei nº 9.472/1997, optou-se por prever critérios objetivos que, uma vez preenchidos pelo interessado, tornariam vinculada a outorga da autorização.

Já a Lei nº 12.815/2013 estabeleceu margem de discricionariedade para a outorga da autorização portuária, cabendo à União examinar se o pedido é compatível com as diretrizes de planejamento e das políticas do setor portuário (art. 12, § 4º). Esse exame foi introduzido por opção do legislador ordinário; e não por imposição constitucional. Nada impediria o legislador de instituir critério vinculado para a outorga de autorizações portuárias, a exemplo do que ocorre no setor de telecomunicações.

Ademais, é necessário considerar que o atributo da discricionariedade não é encerrado no plano normativo (discricionariedade *in abstracto*). Somente o exame do caso específico permitirá que se chegue a uma conclusão definitiva em torno da configuração de discricionariedade ou de vinculação. A depender das circunstâncias que se apresentarem, a margem de discricionariedade no plano legal poderá ser reduzida ou eliminada por completo, sendo que essa última hipótese conduziria à vinculação. Dessa forma, parece ser de todo inconveniente o arbitramento de um critério genérico (segundo o qual a autorização será sempre discricionária), sem base constitucional.

O traço de *unilateralidade* assinalado pela doutrina é incompatível com a autorização emitida com fundamento na Lei nº 12.815/2013. O art. 8º, § 1º da referida lei dispõe que a autorização será formalizada mediante *contrato de adesão*, o qual disciplinará o regime de outorga, estipulando deveres e direitos recíprocos das partes.

Há resistência em aceitar a utilização de contrato para outorga de autorização, justamente porque tal instituto geralmente é relacionado à fiscalização de atividades reservadas à iniciativa privada. Só que os serviços previstos no art. 21 da Constituição não se inserem nesta categoria de atividades de titularidade da iniciativa privada. A prestação de tais serviços é acordada entre a União e o particular. Dada a natureza consensual da outorga, a assinatura de contratos de autorização revela-se plenamente adequada.

Ainda que se entenda que o vínculo não é contratual, não há como atribuir caráter precário à autorização emitida com fundamento na Lei nº 12.815/2013. A previsão de prazo certo para a autorização revela a opção do legislador pela estabilidade do vínculo.

É passível de questionamento, ainda, a assertiva segundo a qual a autorização seria conferida no *interesse exclusivo do autorizatário*. A exploração de instalações portuárias situadas fora do porto organizado não deixa de atender ao interesse da coletividade. A Constituição, em nenhum momento, limita a autorização exarada com fundamento no referido dispositivo ao atendimento exclusivo do interesse do autorizatário. Trata-se de mais uma criação doutrinária, sem correspondência no texto constitucional.

A exploração de terminal portuário privado não visa unicamente ao interesse do próprio autorizatário, razão pela qual está sujeita a restrições previstas na Lei nº 12.815/2013 para que seja assegurado o interesse coletivo inerente a este serviço, consistente no desenvolvimento do setor portuário.

Tanto isso é verdade que o art. 8º, § 2º da referida lei condiciona a autorização à manutenção da atividade e à realização de investimentos pelo autorizatário. Além disso, o autorizatário é obrigado a garantir o acesso de terceiro às instalações portuárias, em condições excepcionais. Se o único interesse a ser atendido fosse o do autorizatário, a lei certamente não haveria introduzido tais exigências.

Considerando que o titular da outorga tem o dever de manter a operação portuária e de disponibilizar a infraestrutura a terceiros, afasta-se a finalidade que é tradicionalmente imputada à autorização em sentido genérico, no sentido de atender a interesse exclusivo do autorizatário.

Portanto, a autorização portuária deve ser compreendida como instrumento de outorga do serviço público portuário. Os demais sentidos em que a Constituição emprega o termo “autorização” não auxiliam na delimitação do regime jurídico aplicável, devendo ser desconsiderados. Considerando que a Constituição não define os atributos da autorização outorgada com fundamento no art. 21, XII, alínea “f”, entendemos que estes devem ser buscados na legislação ordinária de regência, qual seja a Lei nº 12.815/2013.

#### 4.2 Normas constitucionais atribuindo competência à União Federal para a disciplina do serviço público portuário

O art. 22, X, da Constituição Federal de 1988, atribui à União competência privativa para legislar sobre o regime dos portos, navegação lacustre, fluvial e marítima. Conforme exposto no Capítulo 1, as constituições anteriores também traziam dispositivo semelhante. Tal opção histórica possibilitou que a União editasse normas visando à sistematização do setor portuário (ao menos em nível normativo). Por outro lado, a Constituição atual inova no plano normativo ao imputar à União a condição de titular do serviço portuário. Tal previsão consta do art. 21, XII, alínea “f”, nos seguintes termos:

Art. 21. Compete à União: [...]  
XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...]  
f) os portos marítimos, fluviais e lacustres

Em decorrência das normas constitucionais transcritas acima, a União está obrigada a disciplinar os serviços portuários e a promover a sua exploração, direta ou indiretamente.<sup>150</sup> Como é sabido, a exploração indireta envolve a transferência ao particular (ou a pessoas de direito público interno) da prestação do serviço, por meio de autorização, concessão ou permissão.

Tais normas atribuem à União competência para (i) legislar sobre o regime dos portos; e (ii) explorar os portos marítimos (diretamente ou mediante autorização, concessão e permissão). Considerando que a autorização é prevista como mecanismo para transferência da exploração dos portos, o passo seguinte é verificar se tal referência seria meramente casuística, ou se haveria outras normas na própria Constituição reforçando a possibilidade de outorga de autorização para a transferência da prestação de serviços públicos.

A autorização também é prevista como mecanismo de outorga em relação aos serviços de telecomunicações (art. 21, XI), serviços de radiodifusão sonora (art. 21, XII, “a” e art. 223), serviços de energia elétrica (art. 21, XII, “b”) , serviços de navegação aérea,

---

<sup>150</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta que a titularidade do serviço não se confunde com a titularidade para sua prestação. Portanto, a circunstância de a União ser titular do serviço público não a obriga a prestá-lo diretamente. O ilustre jurista observa que o ente titular do serviço está obrigado a assegurar a prestação do serviço, valendo-se para tanto “na esmagadora maioria dos casos” de instrumentos de outorga para viabilizar a sua prestação por terceiros (MELLO, 2011, p. 699).

aeroespacial e infraestrutura aeroportuária (art. 21, XII, “c”), serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros (art. 21, XII, “d”), e serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”). A Constituição menciona, ainda, a outorga de autorização para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis (art. 174, § 4º e art. 176, § 1º). O art. 223 da Constituição prevê a autorização como mecanismo de outorga do serviço de radiodifusão sonora e de imagens.

Por sua vez, o art. 175 da Constituição Federal prevê ser de incumbência do Poder Público a prestação dos serviços públicos, “diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação”. Em tal dispositivo, há referência apenas à permissão e à concessão como instrumentos aptos a viabilizar a prestação de serviços públicos – o que leva parte da doutrina a negar o emprego da autorização como instrumento de outorga.<sup>151</sup>

Entendemos que a menção à permissão e à concessão no art. 175 não exclui a possibilidade de emprego da autorização para a outorga de serviços públicos. Mesmo porque, no art. 174, § 4º e no art. 176, § 1º, a autorização é mencionada ao lado da *concessão* como instrumento para viabilizar a realização de pesquisa e lavra de recursos minerais, de titularidade da União. Se fosse possível a leitura isolada de um único dispositivo constitucional, a permissão não seria instrumento apto a transferir a prestação de serviços públicos, ao menos pelo art. 176, § 1º, da Constituição.

Interpretando-se conjuntamente os dispositivos mencionados acima, constata-se que a Constituição não estabelece distinções claras entre os instrumentos de outorga dos serviços públicos titularizados pela União.<sup>152</sup> Não é possível extrair da Constituição regime uniforme para a autorização e tampouco para os demais instrumentos (concessão e permissão). Nesse sentido segue o posicionamento de Vera Monteiro:

[...] não há um projeto constitucional único em relação ao modo como o Estado deve prestar serviços à coletividade ou autorizar o uso de seu patrimônio por particulares. Daí por que a menção a concessão, permissão e autorização em alguns dispositivos não é suficiente para afirmar que haja mecanismos de exploração uniformizados ou regime jurídico universal com relação a eles [...]

Claramente não existe na Constituição Federal de 1988 uma distinção entre concessão, permissão e autorização. Os três instrumentos são usados como sinônimo de ato jurídico e têm a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros (ente público ou empresa privada, pessoa jurídica ou

---

<sup>151</sup> O tema é explorado no capítulo \_\_, item \_\_.

<sup>152</sup> Nesse sentido, ver MONTEIRO, 2010, p. 79.

pessoa física) na exploração de serviços públicos e serviços monopolizados e no uso de bens públicos.<sup>153</sup>

Portanto, a autorização para a transferência da exploração do serviço portuário possui assento constitucional, estando prevista no art. 21, XII, alínea “F” da Constituição. A fixação do regime jurídico da autorização portuária é tarefa do legislador ordinário, desde que observados os parâmetros constitucionais do serviço público.

#### **4.3 A necessidade de consulta à norma setorial para delimitação do regime jurídico aplicável**

Ante a crescente complexidade dos serviços públicos, torna-se necessária consulta à legislação específica de regência, sendo impossível extrair do texto constitucional regime comum que seja aplicável a todos os serviços públicos. Nesse sentido, confira-se o seguinte comentário de Dinorá Musetti Grotti, para quem “não há condições de serem dadas respostas de maneira global”:

[...] diante da diversificação e da sofisticação dos serviços, não podem eles ser tratados e disciplinados de modo uniforme, e, cada um, pela suas peculiaridades, é objeto de um universo jurídico com especialidades muito próprias, não sendo viável explicar tudo globalmente, tornando-se necessário consultar a disciplina de regência de cada matéria e examinar analiticamente como se manifestam as múltiplas competências do Estado, no âmbito dos três Poderes.

Surgem o direito das telecomunicações, o direito da energia elétrica, o direito da educação, o direito da saúde e assim por diante.

Em consequência, houve uma extinção da uniformidade de regime jurídico em relação a todos os serviços públicos, havendo distinção quanto às formas de organização e de prestação dessas atividades; aos fins a que estão vinculadas; aos critérios de controle (prévios, concomitantes ou a posteriori), adequando o regime geral de controle da Administração Pública às especificidades da atividade de regulação e possibilitando o surgimento de novos instrumentos de provocação social de controle, à disciplina das formas de participação e de colaboração dos particulares com o Estado; ao modo do administrado se relacionar com o serviço público; no cuidado com os direitos do usuário, ao regime de retribuição pela prestação de serviços.

Também não há condições de serem dadas respostas de maneira global, apenas pela identificação do caráter público ou privado do serviço em causa [...].<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> MONTEIRO, 2010, p. 78-79.

Nesse sentido, têm sido editadas diversas normas setoriais dispendo sobre serviços de titularidade da União – dentre as quais a Lei nº 12.815/2013. As referidas normas setoriais têm contribuído para diversificar as formas de gestão dos serviços públicos. Frequentemente, preveem-se múltiplos regimes para um mesmo serviço, sujeitando-se os prestadores a diferentes níveis de intervenção estatal. Visando a ampliar a eficiência, o legislador tem introduzido a concorrência entre os prestadores, desestimulando gradualmente a prestação monopolizada por entes estatais.

Há uma tendência de o Estado afastar-se da prestação direta dos serviços públicos, concentrando-se em funções de planejamento, fiscalização e regulação.<sup>155</sup> A criação de regimes jurídicos diversificados é uma consequência direta da opção do Estado de abrir mão da prestação do serviço, transferindo-a a particulares. A doutrina debate se tais reformas, implementadas por meio de normas setoriais, seriam compatíveis com as diretrizes constitucionais aplicáveis aos serviços públicos. Esse debate tem sido reeditado constantemente, inclusive no setor portuário.

A evolução do referido setor coincide em grande parte com as mutações mencionadas acima. No passado, esteve em voga o modelo de prestação por meio das Companhias de Docas, que centralizavam todas as atividades portuárias (a administração do porto organizado e a movimentação de cargas). O conceito de porto organizado é bastante elucidativo sobre o elevado nível de estatização imprimido ao setor portuário, pois mal se concebia a prestação do serviço portuário fora da zona de influência estatal. O setor portuário passou claramente por uma reorganização. O modelo de prestação monopolizada por empresas estatais foi parcialmente abandonado com a introdução de novos prestadores privados por meio de diferentes instrumentos de outorga.<sup>156</sup>

A autorização surge como mecanismo de outorga alternativo à concessão e ao arrendamento, sujeita a um regime jurídico específico, mais flexível do que aquele que vigora no âmbito do porto organizado (aplicável a concessionários e arrendatários). Tal reformulação foi realizada por meio de lei ordinária, com base na competência conferida à União para legislar

---

<sup>154</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica clássica de serviços públicos e suas mutações. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 28, p. 6, 2011.

<sup>155</sup> Dinorá Musetti Grotti comenta que “o Estado brasileiro não escapou às novas tendências e adotou como meta a redução de suas próprias dimensões” (Ibidem, p. 10).

<sup>156</sup> No tocante à operação de áreas portuárias, a gestão dos portos organizados permanece concentrada em entidades estatais.

sobre o regime de portos (art. 22, X, da Constituição Federal), o que inclui a edição de normas tratando dos mecanismos de transferência dos serviços portuários, dentre os quais se prevê a autorização (art. 21, XII, alínea “f”). A exemplo do que ocorre em outros setores, as inovações introduzidas nas últimas duas décadas no regime dos portos suscitam debates em torno (i) da noção de serviço público; e (ii) do emprego da autorização como mecanismo de outorga.

#### 4.4 A noção de serviço público adotada neste trabalho

Para que o estudo possa avançar, é necessário delimitarmos a noção de serviço público que entendemos aplicável. Em primeiro lugar, há que se considerar que a qualificação de dada atividade como serviço público é uma escolha de natureza política, que “pode estar fixada na Constituição do País, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”.<sup>157</sup> Portanto, a premissa inaugural é a de que deve haver norma enquadrando determinada atividade como serviço público. No caso dos portos, essa questão não oferece maior dificuldade, dada a previsão expressa no art. 21, XII, alínea “f”, da Constituição.

A doutrina diverge quanto à abrangência da noção de serviço público. Alguns doutrinadores adotam noção ampla, compreendendo todas as espécies de atividades estatais (legislativa, jurisdicional e executiva), tanto aquelas voltadas à satisfação de necessidades individuais (*uti singuli*) como aquelas dirigidas às necessidades coletivas (*uti universi*).

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles define serviço público como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado.”.<sup>158</sup> Outros autores preferem um sentido restrito de serviço público. Celso Antônio Bandeira de Mello é partidário da segunda corrente. Confira-se a definição de serviço público pretendida pelo autor:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de

---

<sup>157</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

<sup>158</sup> MEIRELLES, 2009. p. 320.

prerrogativas de supremacia e de restrições especiais, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.<sup>159</sup>

Para o mesmo autor, o serviço público conteria um traço formal indispensável que lhe dá justamente o caráter de noção jurídica, consistente em um específico regime de Direito Público, isto é, numa unidade normativa.<sup>160</sup>

Em tese, a Constituição poderia contemplar tanto a concepção ampla como a concepção restrita de serviço público. A adoção de uma ou outra concepção ocorre por mera conveniência, sendo certo que “ninguém pode arvorar-se o direito de dizer que, dentre os conceitos apresentados pela doutrina, uns mais amplos, outros mais restritos, um seja mais verdadeiro que outro”.<sup>161</sup>

Propõe-se a adoção da concepção restrita, abrangendo atividades que, não obstante sejam de inegável importância à coletividade, são fruíveis individualmente pelos administrados, como é o caso do serviço portuário. Ademais, tal concepção aparta da noção de serviço público as atividades de natureza legislativa e judiciária, o que é útil sob o ponto de vista didático.

Ainda que se parta da concepção restrita, a doutrina tem entendido necessária a presença de elementos caracterizadores para que a atividade seja qualificada como serviço público. Tradicionalmente, apontam-se os seguintes elementos como inerentes à noção de serviço público: (i) elemento *subjetivo* (ou orgânico), significando que a atividade é titularizada pelo Estado, sendo prestada pelo próprio Estado ou por quem lhe faça as vezes; (ii) elemento *material* (ou objetivo), segundo o qual a atividade deve atender ao interesse público; e (iii) elemento *formal*, significando que a atividade é regida por regime jurídico singular, exorbitante do direito comum.

A exemplo do que ocorre com todos os demais serviços enumerados no art. 21 da Constituição, não se discute que os serviços portuários são titularizados pela União (alínea “f”), podendo ser prestados diretamente ou por terceiros. Portanto, resta clara a existência do elemento orgânico. O elemento material também se revela claramente presente, pois a exploração dos portos atende diretamente ao interesse público, sendo de inegável importância

---

<sup>159</sup> MELLO, 2014, p. 689.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 692.

<sup>161</sup> GROTTI, 2011, p. 6.

para a coletividade (tanto do ponto de vista econômico-financeiro como por razões fiscais, alfandegárias e para a defesa da soberania).

Já o critério formal envolve alguma dificuldade. Embora sujeitos a diretrizes comuns, os serviços portuários não são disciplinados de maneira uniforme na Lei nº 12.815/2013.<sup>162</sup> O legislador criou regimes distintos para a concessão, o arrendamento (os dois primeiros instrumentos de outorga cabíveis no âmbito do porto organizado) e a autorização (aplicável a outorgas de áreas situadas fora do porto organizado). A assimetria de regimes é proposital, visando a fomentar a concorrência pela movimentação de cargas e, em última análise, aprimorar o serviço oferecido ao usuário.

Em nossa opinião, não é necessária a existência de regime uniformizado para a caracterização de uma atividade como serviço público. Nada impede que haja assimetrias entre regimes aplicáveis a uma mesma atividade qualificável como serviço público, desde que observados os parâmetros constitucionais.<sup>163</sup>

Dada a crescente complexidade das relações sociais, seria inviável instituir regime único para o serviço público. A pretexto de criar-se uma simplificação teórica, seriam ignoradas as múltiplas posições jurídicas dos delegatários dos serviços. Além de não ter respaldo no ordenamento jurídico, a exigência de uniformidade de regime inviabilizaria que quaisquer das atividades previstas no art. 21 da Constituição fossem enquadradas como serviços públicos.<sup>164</sup>

Dessa forma, o que propomos é que sejam classificadas como serviços públicos as atividades titularizadas pelo Estado (critério orgânico), visando ao atendimento do interesse público (critério material), informadas total ou parcialmente por normas de direito público, ainda que sujeitas a regimes jurídicos não uniformes (critério formal).<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> Expansão, modernização e otimização da infraestrutura portuária (art. 3º, I), garantia de modicidade tarifária e de preços praticados no setor (art. 3º, II), estímulo à concorrência (art. 3º, V), dentre outras (BRASIL, 2013b).

<sup>163</sup> No item \_ a seguir, abordamos quais são os parâmetros constitucionais aplicáveis ao serviço público.

<sup>164</sup> Tome-se como exemplo os serviços de energia elétrica (art. 21, XII, “b”). O regramento a que se sujeita o delegatário que atua na geração de energia é distinto daquele que vigora para quem atua na sua distribuição. A fragmentação de regimes foi uma exigência do avançado estágio de evolução tecnológica em que se encontra o setor elétrico. Nem por isso a atividade deixou de ser classificada como serviço público, tendo em vista que as outorgas são conferidas pela União (critério orgânico), havendo uma finalidade coletiva subjacente às atividades (o abastecimento elétrico, seja de determinados setores produtivos da economia, seja da coletividade em geral).

<sup>165</sup> A ideia não é inovadora, correspondendo ao conceito de serviço público pretendido por Maria Sylvia Zanella di Pietro, conforme exposto mais adiante (DI PIETRO, 2008, p. 95).

A definição proposta abrange o aspecto mais controvertido em torno da noção de serviço público, qual seja a coexistência de diversos regimes de prestação. As reformas setoriais ocorridas nos últimos vinte anos têm em comum o aspecto de fragmentarem o regime do serviço público, sujeitando prestadores privados a diferentes níveis de intervenção estatal. A autorização é frequentemente empregada para introduzir mecanismos de atuação mais flexíveis, de forma a permitir a entrada de novos prestadores. Em decorrência das referidas reformas, o Estado tem se concentrado em atividades de planejamento, fiscalização e regulação, afastando-se da prestação direta dos serviços. A fragmentação de regimes jurídicos para prestação do serviço público portuário é resultado direto dessa transformação.

A reforma do setor portuário não se limitou à outorga de instalações no porto organizado. A opção foi por viabilizar a prestação de serviços portuários em áreas privadas, por meio de autorizações. Por não disporem de qualquer infraestrutura prévia, os autorizatários foram submetidos a um regime mais flexível, o qual implica em liberdade na contratação de mão de obra e em atuação desvinculada da administração do porto organizado. A intenção do legislador foi a de submeter os arrendatários e autorizatários à competição, a partir de regimes assimétricos.<sup>166</sup>

Os serviços portuários não deixam de ser serviços públicos por estarem sujeitos a múltiplos regimes (concessão, arrendamento e autorização). A titularidade dos serviços permanece sendo da União (critério orgânico), restando igualmente intacta a finalidade pública visada (desenvolvimento do setor portuário nacional).

No tópico seguinte, poderá ser constatado que a visão proposta está longe de ser pacífica. Parcela relevante da doutrina propugna pela prevalência de um suposto regime único do serviço público, o qual existiria em completo antagonismo a atividades puramente privadas. Com base em interpretação isolada do art. 175 da Constituição, afirma-se que somente a concessão e a permissão seriam instrumentos aptos a transferir a prestação dos serviços públicos.

De acordo com a referida linha doutrinária, a autorização seria válida apenas para viabilizar a prestação de atividades privadas voltadas ao interesse do próprio autorizatário. Tal posicionamento supõe uma repartição estanque entre serviço público e atividade econômica, com a qual não concordamos.

---

<sup>166</sup> Nesse sentido, ver SUNDFELD, 2014, p. 27.

Se por um lado as atividades privadas sujeitam-se cada vez mais aos influxos da regulação estatal, também tem sido frequente a contratualização das atividades públicas, contexto no qual pode ser incluída a delegação da prestação de serviços públicos a entes privados. Portanto, a real tendência é de aproximação entre serviço público e atividade econômica; e não de segregação.

Verifica-se que a negativa à possibilidade de um serviço público ser regido por múltiplos regimes gera repercussão concreta para o tema objeto deste trabalho. Isso porque a Lei nº 12.815/2013 diferencia entre os regimes da concessão, do arrendamento (espécie de subconcessão) e da autorização, submetendo todos a diretrizes típicas do serviço público. Portanto, o acolhimento da tese ora mencionada levaria o intérprete a concluir pela inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.815/2013 prevendo a outorga de autorização portuária.<sup>167</sup>

Para melhor evidenciarmos as razões pelas quais essa linha de interpretação nos parece equivocada, é importante considerar a evolução pela qual passa a noção de serviço público, tema esse que envolve diretamente o emprego da autorização como mecanismo de outorga.

#### **4.5 A evolução da noção de serviço público e o cotejo com a autorização portuária**

Conforme já mencionado, a doutrina diverge quanto à premissa de que a autorização seria cabível para a outorga dos serviços públicos previstos no art. 21, incisos XI e XII. Para determinada corrente, não haveria relação entre autorizações exaradas com base nos referidos dispositivos da Constituição e a noção de serviço público. Este é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a prestação de serviços públicos portuários, quando feita por particulares, será realizada mediante concessão ou permissão de serviço público.<sup>168</sup>

O mesmo jurista entende que haveria uma distinção constitucional nítida entre os *serviços públicos* e as *atividades voltadas ao interesse do particular*, as quais “não teriam por

---

<sup>167</sup> Art. 1º, § 2º; art. 2º, incisos IV a VII; e art. 8º (BRASIL, 2013b).

<sup>168</sup> MELLO, Celso Antonio. 2011, p. 361-368. Não obstante tal publicação seja anterior à Nova Lei dos Portos, as colocações quanto à interpretação do art. 21 e do art. 175 da Constituição permanecem inteiramente pertinentes ao debate proposto.

que estejam sujeitas ao regime protetor, específico de serviço público.”<sup>169</sup> Partindo da constatação de que “dentre as atividades contempladas no inciso XI do art. 21 nem todas serão necessariamente prestadas em favor da coletividade”, as atividades delegadas mediante autorização não seriam serviços públicos, apesar de sua titularidade estar reservada à União Federal. Esta corrente defende que a autorização com base no art. 21, XI da Constituição seria exarada em “contraste franco com o art. 175, o qual, a toda evidência, restringe a prestação por terceiros unicamente às hipóteses de concessão ou permissão.”<sup>170</sup>

Segundo o autor, a outorga de autorização de serviços públicos serviria apenas “para resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão.”<sup>171</sup> O caráter precário e provisório da autorização nesta hipótese reforçaria a inadequação do instrumento para transferência da prestação de serviços públicos.

Os partidários da tese segundo a qual a prestação de serviços públicos somente seria válida mediante concessão ou permissão tendem a compreender as autorizações do art. 21, XI e XII, como atos de polícia administrativa por meio dos quais o Poder Público disciplinaria o exercício de liberdades individuais, equiparáveis a licenças. Ou seja, haveria antagonismo entre as atividades de interesse privado e os serviços públicos.

Outros autores entendem que seriam qualificáveis como serviço público as atividades de interesse público titularizadas pelo Estado, independentemente do regime de prestação. Há quem defenda a possibilidade de prestação de serviços públicos inclusive em regime privado, a partir da alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 8/1995. Tal emenda atribuiu nova redação ao art. 21, XI, da Constituição, passando a estar prevista a autorização como instrumento de delegação dos serviços de telecomunicações. Floriano de Azevedo Marques Neto observa que tal alteração teria suprimido o privilégio da União sobre os referidos serviços, os quais passaram a estar submetidos a regime concorrencial.<sup>172</sup>

Maria Sylvia Zanella di Pietro entende que os serviços públicos não estão necessariamente sujeitos a regime exclusivamente público. A incidência do regime público

---

<sup>169</sup> MELLO, 2011.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 363.

<sup>171</sup> Idem, 2014, p. 708-709.

<sup>172</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 300-314.

poderá ser total ou parcial, desde que observados os princípios da continuidade, da mutabilidade e da igualdade entre os usuários.<sup>173</sup>

A autora conceitua os serviços previstos no art. 21 da Constituição como serviços públicos industriais, admitindo que eles podem sofrer a influência do direito comum em questões como contratação de pessoal (fora do regime estatutário) e negociação de contratos, e em relação ao regime de bens não afetos à prestação do serviço. Nem por isso, na visão da autora, as atividades deixarão de ser serviços públicos, uma vez que assumidas pelo Estado e postas sob a sua incumbência.

Lucia Valle Figueiredo define os serviços públicos como atividades regidas por regime prevalente de direito público, informado por determinados princípios jurídicos e privilégios e prerrogativas especiais, que visam à conformação do interesse público. Ou seja, ainda que possa haver incidência parcial do direito privado, sempre será realçado o regime público.<sup>174</sup>

Odete Medauar afirma que as atividades caracterizáveis como serviço público devem submeter-se ao menos em parte ao regime público, estando excluída a incidência exclusiva do direito privado. Sempre haverá um mínimo de incidência do regime público nesse tipo de atividade, sendo possível a sua prestação em regime de concorrência.<sup>175</sup>

Nesse aspecto, o posicionamento de Odete Medauar difere da orientação de Lucia Valle Figueiredo, pois enquanto a primeira autora propugna por um critério minimalista de incidência do direito público, para a segunda autora o regime publicístico deverá ser preponderante. Por outro lado, as autoras convergem quanto à heterogeneidade dos regimes que regem o serviço público, admitindo a aplicação de mecanismos privados em determinadas situações.

Os posicionamentos mencionados acima revelam o desacordo doutrinário quanto ao critério formal tradicionalmente apontado como inerente à noção de serviço público. Para alguns, o serviço público está sujeito a um regime singular que não admite variações, sendo regido exclusivamente pelo direito público, o que implica o controle tarifário do serviço, a reversibilidade de bens, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, o dever de universalização etc.<sup>176</sup> Os mecanismos de outorga para fazer incidir o referido regime público

---

<sup>173</sup> DI PIETRO, 2008, p. 95.

<sup>174</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78-79.

<sup>175</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 315-316.

<sup>176</sup> Tais características, que seriam inerentes ao que se convencionou denominar de “regime público”, são mencionadas por Vera Monteiro (2010, p. 85).

seriam a concessão e a permissão. As atividades que não justificam a incidência total do regime público seriam atividades privadas, sujeitas ao Poder de Polícia da Administração.

O que há de mais marcante na referida corrente é uma separação absoluta entre o serviço público e a atividade econômica, a partir de um critério do “tudo ou nada”, que conduz à inadmissibilidade de figuras híbridas (com incidência parcial do que se convencionou denominar de regime público), como parece ser o caso da autorização portuária.

Já os autores partidários da segunda corrente partem da premissa de que a Constituição não trata os serviços públicos de maneira uniforme, o que não retira o préstimo jurídico da noção.<sup>177</sup> Seria possível a submissão de um mesmo serviço a diferentes níveis de publicização, com incidência parcial do direito privado em determinadas situações.<sup>178</sup> Nesse sentido, o Poder titular da outorga teria certa margem de discricionariedade para estabelecer diferentes arranjos contratuais ao optar por transferir a prestação do serviço público a entes privados, desde que preservado o substrato constitucional do serviço público. Essa visão nos parece mais acertada, pois não conseguimos extrair diretamente da Constituição uma fórmula única para a exploração das atividades definidas como serviço público.

O intrincado debate resulta da indefinição legal em torno da noção de serviço público. Conforme aponta Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a referida noção foi se delineando “por obra da jurisprudência e da doutrina francesas [...] com um regime peculiar de Direito Público, destinada a reger as atividades de prestação tendentes a satisfazer necessidades de interesse geral que o Estado assumiu e que este passou a prestar, a partir do século passado, de forma direta ou indireta.”<sup>179</sup>

A noção de serviço público tem passado por mutações. Na Europa, sob a influência do Direito Comunitário, atividades que tipicamente eram sujeitas ao regime de exclusividade estatal têm sido modificadas para serem prestadas em regime competitivo visando a maior eficiência.

Esse fenômeno tem gerado uma aproximação entre atividade econômica e serviço público, fazendo com que a distinção doutrinária clássica seja menos visível no plano concreto.<sup>180</sup> As atividades privadas têm passado por reformulações, sendo impossível

---

<sup>177</sup> GROTTI, 2011, p. 9.

<sup>178</sup> Por exemplo, com o afastamento da reversibilidade de bens, da garantia do equilíbrio econômico-financeiro e da introdução de competição entre prestadores.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 86.

enxergá-las a partir de um enfoque puramente individualista, sobretudo pela incidência do Código de Defesa do Consumidor e de normas de caráter cogente previstas no Código Civil (por exemplo, o art. 478, o qual prevê a resolução de contratos por onerosidade excessiva). Ademais, diversas atividades tipicamente privadas têm sido sujeitadas a regulação oficial de preços. Por outro lado, tem sido frequente o emprego de mecanismos privados para atribuir maior eficiência à prestação dos serviços públicos.

Traço marcante dessa tendência contemporânea, que se confirma no setor portuário, é o de permitir que os serviços sejam prestados em regime concorrencial. A técnica legislativa de permitir concorrência sempre que viável foi materializada também em outros setores.

O debate atual gira em torno do grau de intervenção estatal desejável em cada serviço público, discutindo-se ainda formas de combater assimetrias regulatórias que possivelmente possam desestabilizar a concorrência.<sup>181</sup> A admissão de concorrência em matéria de serviços públicos não chega a ser propriamente uma novidade. A própria Lei nº 8.987/95 prevê que a outorga de concessões é feita em regra sem caráter de exclusividade, “salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica” (art. 16).<sup>182</sup>

Portanto, a busca de um regime único não nos parece caminho viável para compreendermos a evolução pela qual passa a noção de serviço público. A polarização entre o regime público e o regime privado também tem se mostrado terreno pouco fértil, haja vista que as diferenças entre ambos os regimes tornam-se cada vez mais tênues.<sup>183</sup> Classificar determinado dever como sendo de natureza pública ou privada passou a ser atividade altamente especulativa, geradora de insegurança jurídica.

O enquadramento adequado do tema envolve, em primeiro lugar, a constatação de que o Estado tem se utilizado de mecanismos diversificados de gestão dos serviços de sua titularidade, como forma de atender à crescente demanda social e à sofisticação tecnológica dessas atividades. A questão que se coloca é se tais mecanismos estão em conformidade com o substrato constitucional de serviço público, independentemente do rótulo que lhes for atribuído. Portanto, é necessário consultar a Constituição Federal para verificar em que medida a atuação do legislador ordinário sofre limitações quanto às formas de organização dos serviços públicos, em especial do serviço portuário, objeto deste trabalho. Tal método

---

<sup>181</sup> GROTTI, 2011, p. 93.

<sup>182</sup> BRASIL. 1995.

<sup>183</sup> Vitor Rhein Schirato afirma que “atualmente, não há como se falar em uma separação rígida entre os regimes público e privado. Estes se confundem e se misturam; os critérios tradicionais de separação não conseguem responder a situações hoje presentes” (2012a, p. 51).

permitirá que a autorização prevista na Lei nº 12.815/2013 passe por um crivo de constitucionalidade.

A primeira constatação que nos parece imperativa é a de que o serviço público é de titularidade do Estado. Embora a prestação dos serviços possa ser transferida a particulares, sempre existirá um vínculo orgânico com o Estado.<sup>184</sup> No nosso entender, não há possibilidade de a iniciativa privada prestar os serviços públicos previstos no art. 21, XII, da Constituição por direito próprio. A norma em questão é clara ao limitar a prestação direta dos serviços à União. A atuação de terceiros na prestação de serviços públicos previstos no art. 21, XII, da Constituição depende da outorga de autorização, permissão ou concessão. Portanto, não há livre-iniciativa na prestação de serviços públicos.<sup>185</sup>

Não conseguimos compreender a construção doutrinária segundo a qual, do rol de serviços públicos constantes do art. 21, XII, seriam extraíveis atividades econômicas a serem exercidas de acordo com o interesse exclusivo do particular. Não existe atividade econômica sem livre-iniciativa. Ademais, a possibilidade de tais atividades serem exercidas de forma desconectada dos interesses coletivos seria contrária à finalidade perseguida pelo Constituinte ao acometê-las ao Estado.

A Lei nº 12.815/2013 trata o serviço portuário como uma atividade titularizada pela União, em consonância com o art. 21, XII, “f” da Constituição Federal. Note-se que a autorização é classificada como modalidade indireta de exploração das instalações portuárias situadas fora do porto organizado, de acordo com o art. 1º, § 2º, da referida lei:

Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

---

<sup>184</sup> Nesse sentido segue o comentário de Odete Medauar: “Vê-se que a Constituição Federal fixou um vínculo de presença do poder público na atividade qualificada como serviço público, presença esta que pode ser forte ou fraca, mas que não pode ser abolida. Esta presença se expressa na escolha do modo de realização da atividade, na sua destinação ao atendimento de necessidades da coletividade” (MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38).

<sup>185</sup> Discordamos de Vitor Rhein Schirato nesse aspecto. Na visão do autor, o art. 175 da Constituição geraria apenas um dever prestacional a ser cumprido pelo Estado, destinado à realização de garantias fundamentais. Por outro lado, o autor nega a titularidade estatal dos serviços públicos. Para corroborar tal afirmação, parte-se da inexistência de exclusividade estatal na prestação da atividade. Nas palavras do autor, “a ordem constitucional afirma ser regra a pluralidade de agentes, constituindo exceção a exclusividade, aceitável apenas em casos de evidente proporcionalidade de restrição do direito de livre iniciativa” (SCHIRATO, 2012a, p. 185). Ocorre que a titularidade estatal obviamente não se confunde com o monopólio (ou exclusividade) na prestação dos serviços. Tanto que o art. 21, XII da Constituição possibilita a transferência da prestação dos serviços a terceiros, excluindo *a priori* o regime de monopólio.

§ 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público.

§ 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei.<sup>186</sup>

Em nenhum momento a Lei nº 12.815/2013 equipara a autorização à licença administrativa. A autorização é prevista como mecanismo de outorga, o que reforça a titularidade da União sobre o serviço portuário. Essa diferença não é meramente formal. Se os autorizatários exercessem atividade econômica, supostamente em busca de interesses próprios, o planejamento do setor portuário seria meramente indicativo para tais operadores (art. 174 da Constituição).

O referido enquadramento poderia impedir a integração das instalações portuárias autorizadas ao setor portuário nacional, comprometendo-se a atividade de planejamento atualmente a cargo da Secretaria Especial de Portos. A Lei nº 12.815/2013 submete todos os delegatários ao planejamento determinante da União, condicionando a outorga de autorização à compatibilidade “com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário” (Art. 12, § 4º). Conforme abordado no tópico 3.1 acima, a União estabeleceu diretrizes uniformes para os serviços portuários, o que também é reflexo de sua titularidade sobre os referidos serviços.

A titularidade obriga o Estado a assegurar a prestação dos serviços públicos, de forma a concretizar garantias fundamentais como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição) e a igualdade (art. 5º, *caput*).<sup>187</sup> De tais garantias fundamentais, emerge diretamente o dever de universalização de acesso aos serviços públicos. Nesse sentido, a Lei nº 12.815/2013 impõe como objetivos a expansão e a modernização do setor portuário (art 3º, I).

Ao possibilitar a outorga de autorizações relativas a áreas situadas fora do porto organizado, o legislador está buscando ampliar o acesso aos serviços portuários. São conhecidos no setor os problemas decorrentes da atuação de grupos empresais consolidados nos portos organizados, no sentido de dificultar ou mesmo inviabilizar o acesso aos serviços

---

<sup>186</sup> BRASIL, 2013b.

<sup>187</sup> Juan Carlos Cassagne assevera que a “principal missão [inerente ao serviço público] consiste em que através da satisfação das necessidades primordiais se contribui para melhorar a dignidade e a qualidade de vida dos habitantes. O Estado atua, neste aspecto, como garantidor e responsável do bom funcionamento dos serviços públicos, assegurando sua continuidade e sua regularidade” (CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Jurisprudencia Argentina*, v. 3, Buenos Aires: LexisNexis, 2006, p. 24).

por grupos concorrentes. A autorização parece ser um mecanismo bastante oportuno para combater os oligopólios empresariais que atuam nos portos organizados.

O substrato constitucional de serviço público é formado, ainda, pelo dever de manutenção de serviço adequado (art. 175, IV). Trata-se de conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo veio a ser explicitado pela Lei nº 8.987/1995. Em seu art. 6º, § 1º, a referida lei prevê que serviço adequado é o que satisfaz, dentre outras, as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, generalidade e modicidade das tarifas.

A Lei nº 12.815/2013 impõe deveres de regularidade e continuidade aos delegatários dos serviços portuários. A manutenção dos serviços é inclusive condição para vigência da autorização, de acordo com o art. 8º, § 2º, I.<sup>188</sup> Quanto ao dever de eficiência, trata-se de um pilar da Lei nº 12.815/2013 (art. 3º, III e art. 22).<sup>189</sup> A concorrência entre delegatários (arrendatários e autorizatários) é uma forma de ampliar a eficiência, notadamente dos serviços de movimentação de carga, onde reside o maior gargalo do setor.

A atualização tecnológica dos serviços portuários também é imposta pela Lei nº 12.815/2013, sendo um de seus objetivos permitir a modernização dos portos organizados e das instalações portuárias autorizadas (art. 3º, II). Os delegatários estão contratualmente obrigados a promover investimentos durante a vigência das outorgas (art. 5º, V), o que deverá ser fiscalizado pela ANTAQ.<sup>190</sup>

O dever de generalidade – intrinsecamente relacionado à universalização – impõe o oferecimento do serviço ao maior número possível de usuários. Tal dever aplica-se à autorização. Nesse sentido, cabe à ANTAQ disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, desde que assegurada remuneração adequada ao titular da autorização (art. 13). O autorizatário deve

---

<sup>188</sup> “Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: [...]

§ 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que:

I - a atividade portuária seja mantida” (BRASIL, 2013b).

<sup>189</sup> “Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: [...]

III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas. [...]

Art. 22. A Secretaria de Portos da Presidência da República coordenará a atuação integrada dos órgãos e entidades públicos nos portos organizados e instalações portuárias, com a finalidade de garantir a eficiência e a qualidade de suas atividades, nos termos do regulamento.” (Ibidem).

<sup>190</sup> Ibidem, Art. 8º, § 3º.

oferecer acesso aos usuários em condições isonômicas, sendo-lhe vedado promover tratamento discriminatório.

A Lei nº 12.815/2013 assegura, ainda, a garantia de modicidade das tarifas e dos preços praticados no setor portuário (art. 3º, II), o que depende de atuação efetiva da ANTAQ nessa seara. É interessante, ainda, compararmos a autorização com os demais mecanismos de outorga previstos na Lei nº 12.815/2013, de forma a verificarmos se as diferenças estabelecidas para o regime de autorização seriam compatíveis com o substrato constitucional de serviço público.

A primeira diferença reside no procedimento de outorga, o qual poderá envolver a realização de licitação em situações excepcionais, mesmo em se tratando de áreas privadas.<sup>191</sup> A controvérsia em torno da aplicabilidade da licitação a outorga de autorizações tem origem na obscuridade do texto constitucional.

De acordo com o art. 175, *caput*, da Constituição, a transferência da prestação de serviços públicos “sob o regime de concessão ou permissão” deve ser realizada por meio de procedimento licitatório. Há divergência quanto à extensão de tal dever em relação à autorização, que não é mencionada expressamente no referido dispositivo constitucional.

A nós, parece claro que a autorização fundada no art. 21, XII, “f” da Constituição poderia em tese ser precedida de licitação, sobretudo porque se trata de modalidade de outorga para a prestação de serviço público; e não de ato de polícia administrativa. Não faria o menor sentido que se excluísse de antemão a possibilidade de disputa entre interessados com base em interpretação literal do art. 175, *caput*. Considerando que os particulares não dispõem de título próprio para a prestação de serviços portuários, bem como a existência de limitações técnicas e geográficas para a implementação de novos terminais portuários, a única forma de assegurar o princípio da isonomia é permitir que interessados disputem a outorga em procedimento de natureza competitiva, quando necessário.

Se for inviável a instalação simultânea dos terminais pretendidos – situação que a lei denomina de “impedimento locacional” –, será aberto processo seletivo público para comparação de propostas com base em critérios de “maior capacidade de movimentação, menor tarifa ou menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital” (art. 12, § 3º). Entendemos que o processo seletivo público é uma espécie de licitação.

---

<sup>191</sup> No caso da concessão e do arrendamento, a licitação é inafastável, por se tratar de área pública.

A licitação será inaplicável para a outorga de autorização quando os requerimentos de autorização forem compatíveis – o que ocorrerá na esmagadora maioria dos casos. Porém, nessa situação, estaríamos diante de inexigibilidade de licitação no caso concreto; e não da inaplicabilidade pura e simples da regra da licitação.

Mesmo que se interpretasse que o art. 175, *caput*, não abrange a autorização, o procedimento licitatório poderia ser exigível em decorrência do art. 37, XXI, da Constituição, dispositivo que impõe prévia licitação para a contratação de serviços. Portanto, entendemos que cabimento de licitação para outorga de autorização portuária não pode ser descartado de plano – embora esse mecanismo seja de pouca utilidade prática, considerando-se que os interessados devem ter justo título sobre a área abrangida no requerimento de autorização.<sup>192</sup>

A autorização diferencia-se das demais modalidades de outorga por ser destinada a áreas situadas fora dos portos organizados. De fato, o terreno objeto do requerimento de autorização será necessariamente privado, sem envolver a utilização de bens públicos. Não enxergamos qualquer irregularidade nesse mecanismo, uma vez que a Constituição não impõe vinculação entre a prestação de serviços portuários e a cessão de bens públicos.

Ademais, o autorizatário atua sem vínculo com a autoridade responsável pela administração do porto organizado, o que lhe confere maior agilidade e dinamismo. Esse fator é importante para assegurar regime mais flexível para as instalações portuárias autorizadas. Note-se que o autorizatário permanece sujeito à fiscalização da ANTAQ, submetendo-se ainda às autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima. Portanto, a não vinculação do autorizatário à administração do porto organizado não inviabiliza a atividade fiscalizatória.

O autorizatário dispõe de liberdade para contratação de mão de obra, tendo sido dispensado do oneroso regime especial de trabalho avulso que vigora no âmbito dos portos organizados.<sup>193</sup> A liberdade para contratação de mão de obra é um passo importante na construção de um regime mais flexível, pois permite a redução de custos operacionais, além de propiciar ganhos de produtividade e eficiência na prestação dos serviços.

---

<sup>192</sup> Ver item 5.4 a seguir.

<sup>193</sup> Art. 44. É facultada aos titulares de instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho (BRASIL, 2013b).

A Lei nº 12.815/2013 afasta a reversão de bens quando da extinção da autorização, ao contrário do que ocorre em relação às demais modalidades de outorga.<sup>194</sup> Note-se que a reversibilidade de bens não é obrigatória pela Constituição. Portanto, o legislador possui discricionariedade para deixar de prever tal mecanismo em face das peculiaridades do instrumento de outorga visado. Essa opção é coerente com projetos *greenfield*, em que o particular arca com todo o investimento em infraestrutura sem qualquer ônus para o titular do serviço.

Outra diferença reside no fato de o autorizatário atuar sem garantia de preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo porque a outorga é realizada em caráter não oneroso (ao contrário do arrendatário, o autorizatário não realiza pagamentos pela utilização de área e bens públicos situados no porto organizado). Apesar de atuar em regime mais flexível, o autorizatário é submetido a riscos elevados, especialmente no estágio de construção do terminal portuário, no qual há maior risco de ocorrência de imprevistos.

Em síntese, o regime mais flexível estabelecido para os autorizatários consiste (i) na inexigibilidade de licitação, desde que os requerimentos não sejam conflitantes; (ii) na atuação sem vinculação à autoridade do porto organizado; (iii) em liberdade quanto ao regime de contratação de mão de obra; (iv) no afastamento da reversão de bens; e (v) no afastamento da garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Em nosso entendimento, o referido regime está em consonância com o substrato constitucional de serviço público.

A Lei nº 12.815/2013 é mais uma norma setorial a confirmar que a noção de serviço público tem passado por mutações. Os diversos regimes de prestação dos serviços portuários compartilham os mesmos objetivos: o desenvolvimento do setor portuário nacional, mediante aumento da oferta e da qualidade dos serviços, de que se beneficiará em última análise o usuário. A titularidade dos serviços permanece sendo da União, a quem compete planejar, regular e fiscalizar o setor portuário.

Ao estabelecer regimes assimétricos, o objetivo da União é introduzir a concorrência entre os operadores (autorizatários e arrendatários). Com isso, os serviços públicos portuários passam a estar submetidos a uma nova lógica organizacional, que visa a ampliar o nível de oferta dos serviços e incrementar a sua eficiência, face à crescente demanda do setor produtivo. Esse rearranjo institucional importa na superação do monopólio estatal na

---

<sup>194</sup> Art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

prestação de serviços públicos – o qual, no caso do setor portuário, era concentrado nas companhias de docas.<sup>195</sup>

Alexandre Aragão explica que a introdução de concorrência nos serviços públicos manteve inalterados os objetivos de ordem constitucional inerentes a tais serviços. O que houve, na visão do autor, foi “uma alteração dos meios pelos quais estas atividades prestacionais devem se valer para realizar os objetivos constitucionais de conteúdo solidarístico a elas concernentes”<sup>196</sup>:

[...] Hoje, ao revés, estamos diante de uma regulação de serviços públicos na maioria das vezes incidente sobre mais de um concessionário, evitada que é a outorga de direitos exclusivos, abrindo-se em alguns casos a atividade para agentes econômicos que podem vir a prestá-la fora do regime de serviço público e com a perspectiva de que o mercado não é excluído da regulação, sendo, outrossim, por ela atraído e a ela integrado.

Vê-se, assim, que, se sempre existiu e continua existindo regulação de serviço público, a inserção de mecanismos concorrenciais alterou significativamente o seu substrato e o espírito que a anima, com incontornáveis reflexos na interpretação das suas regras e na forma de a aplicação dos paradigmas tradicionais das delegações de serviços públicos [...]

Não houve, todavia, uma mudança nos objetivos – a maioria deles de ordem constitucional (ex. a dignidade da pessoa humana) – destas atividades, mas sim uma alteração dos meios pelos quais estas atividades prestacionais devem se valer para realizar os objetivos constitucionais de conteúdo solidarístico a elas concernentes: de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob uma intensa regulação, para uma pluralidade de prestadores, insujeitos à regulação estatal em uma série de importantes aspectos de suas atividades (p. ex, em alguns serviços de telecomunicações a entrada passou a ser condicionada apenas a um ato de autorização vinculada da Administração Pública, sendo a fixação das tarifas também desregulada).<sup>197</sup>

A transformação acima descrita é possível porque a Constituição não estabeleceu um modelo fechado para a prestação dos serviços públicos. A partir dessa constatação, há uma tendência pela busca de mecanismos que viabilizem a concorrência. O emprego da autorização – instrumento de outorga com assento constitucional – tem sido técnica recorrente para o estabelecimento de regimes mais flexíveis, a permitir a entrada de novos operadores.

---

<sup>195</sup> Há estudos demonstrado o elevado nível de endividamento, ineficiência e politização das companhias de docas, a justificar a busca por outro modelo de gestão dos serviços portuários.

<sup>196</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. ed. 1, Salvador, p. 4, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 4.

O desafio enfrentado pelo legislador é estabelecer regime diferenciado para o autorizatário sem violar o substrato constitucional do serviço público. Entendemos que essa condição é atendida pela Lei nº 12.815/2013, pelos motivos que expusemos nos tópicos anteriores. Dessa forma, a outorga de autorização para exploração de instalação portuária situada fora do porto organizado é compatível com o art. 21, XII, “f”, da Constituição Federal, estando em linha com o processo evolutivo pelo qual passa a noção de serviço público.

## 5 O PROCEDIMENTO DE OUTORGA DA AUTORIZAÇÃO E A COMPATIBILIDADE COM A POLÍTICA SETORIAL

Merece aprofundamento o procedimento de outorga da autorização portuária, previsto na Lei nº 12.815/2013 e regulamentado pelo Decreto Federal nº 8.033/2013. O mecanismo é inovador. A legislação anterior (Lei nº 8.630/93) não previa um procedimento específico para a outorga de autorização.

O que há de mais marcante no procedimento para outorga da autorização é o alto nível de intervenção estatal.<sup>198</sup> Se para alguns o emprego da autorização como mecanismo de outorga de serviço público pode sugerir um viés liberalizante, essa expectativa acaba sendo frustrada a partir de um exame atento da legislação atual.

No regime introduzido pela Lei nº 12.815/2013, a União exerce amplo controle sobre as autorizações, com a finalidade de alinhá-las às políticas setoriais, formuladas pela Secretaria Especial de Portos. Para que faça jus à autorização, além de demonstrar capacidade para o desempenho dos serviços, o interessado deverá submeter requerimento compatível com as “diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário.”<sup>199</sup>

A politização das outorgas desperta a desconfiança do setor privado, a qual é agravada pelo esvaziamento das competências da ANTAQ.<sup>200</sup> Há risco de que as outorgas deixem de obedecer a critérios estritamente técnicos, passando a sujeitar-se a interferências políticas, as quais tendem a ser mais frequentes em órgãos subordinados à cúpula do Poder Executivo Federal.

A vagueza dos critérios previstos na legislação demanda esforço do intérprete no sentido de compatibilizar o procedimento de outorga de autorização com os interesses públicos subjacentes (no caso, o desenvolvimento do setor portuário nacional, a preservação da isonomia entre interessados e a publicidade dos atos administrativos).<sup>201</sup>

---

<sup>198</sup> Nesse sentido, Vitor Rhein Schirato observa que “o regime de outorga de autorizações para a construção de terminais privados não é condizente com o regime típico das atividades econômicas privadas, sendo-lhe atribuída forte carga de influência estatal, típica dos serviços públicos [...]” (SCHIRATO, 2014, p. 333-341).

<sup>199</sup> Art. 1º, § 3º; Art. 12, § 4º (BRASIL, 2013b).

<sup>200</sup> Ver seção 3.2.

<sup>201</sup> Para essa tarefa, sublinhamos novamente que nos parece inadequado o emprego de esquemas conceituais genéricos, como o que opõe o regime público ao regime privado. O hibridismo do regime da autorização portuária torna o referido método desaconselhável.

A Lei nº 12.815/2013 cercou o procedimento de ampla publicidade, independentemente de a iniciativa partir do autorizatário (caso em que será aberto processo de anúncio público) ou da ANTAQ (processo de chamada pública).<sup>202</sup> O procedimento visa a garantir que eventuais interessados compitam pela outorga de autorizações em condições isonômicas. O legislador parte da premissa de que a outorga não será ilimitada em todos os casos, dada a exigência de compatibilidade com as políticas setoriais (art. 12, § 4º) e a possibilidade de os requerimentos de autorização serem conflitantes entre si (inviabilidade locacional – art. 12, § 2º).

Por envolverem terrenos privados, as limitações para a outorga de autorizações tendem a ser menos significativas quando comparadas aos arrendamentos, os quais envolvem áreas públicas situadas nos portos organizados. Nem por isso o legislador optou por excluir de plano a possibilidade de ser instaurado procedimento competitivo (denominado “processo seletivo público”) para seleção da proposta que melhor atenda ao interesse público, de acordo com os critérios previstos no edital (art. 12, § 3º).

A análise proposta neste capítulo permitirá questionar se a outorga obedece a critérios vinculados ou discricionários, o que poderá repercutir na existência de direito subjetivo à outorga por parte do interessado. É possível debater, ainda, se é exigível licitação para a outorga de autorizações e, em caso positivo, sob que circunstâncias.

## **5.1 Etapa inicial do procedimento: anúncio público ou chamada pública**

Os interessados em obter a autorização de instalação portuária devem apresentar requerimento à ANTAQ, de acordo com o art. 9º da Lei nº 12.815/2013. O referido dispositivo foi regulamentado pelo art. 27 do Decreto nº 8.033/2013, o qual prevê a relação de documentos que devem ser anexados ao requerimento.<sup>203</sup>

---

<sup>202</sup> Art. 9º e 10º, II, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

<sup>203</sup> “Art. 27. Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq, a qualquer tempo, mediante a apresentação dos seguintes documentos, entre outros que poderão ser exigidos pela Antaq:  
I - memorial descritivo das instalações, com as especificações estabelecidas pela Antaq, que conterà, no mínimo:  
a) descrição da poligonal das áreas por meio de coordenadas georreferenciadas, discriminando separadamente a área pretendida em terra, a área pretendida para instalação de estrutura física sobre a água, a área pretendida para berços de atracação e a área necessária para a bacia de evolução e para o canal de acesso;  
b) descrição dos acessos terrestres e aquaviários existentes e a serem construídos;

Para pleitear a autorização, o interessado deve (i) descrever as características físicas da instalação portuária; (ii) apresentar estimativa de movimentação de carga; (iii) apresentar cronograma para implementação da instalação; (iv) declinar o valor global de investimento; e (v) demonstrar ser proprietário ou ter justa posse do terreno objeto do pedido de autorização.<sup>204</sup>

A ANTAQ publicará a íntegra do requerimento de instalação portuária em seu sítio eletrônico, em até cinco dias.<sup>205</sup> Se os documentos apresentados pelo interessado estiverem em conformidade com a legislação, a agência promoverá a abertura de processo de anúncio público a fim de identificar, em até trinta dias, se há outros interessados em implementar instalações portuárias na mesma região e com características semelhantes.<sup>206</sup> Ainda que não haja provocação prévia de interessados, o procedimento poderá ser iniciado por determinação da Secretaria Especial de Portos, hipótese que a Lei nº 12.815/2013 denomina de chamada pública (art. 10).

O instrumento de anúncio ou chamada pública será divulgado simultaneamente no sítio eletrônico da ANTAQ e publicado no Diário Oficial da União, contendo os seguintes parâmetros: (i) região geográfica onde será implementada a instalação; (ii) perfil e volume de carga a ser movimentada.<sup>207</sup> Quanto ao perfil de carga, está previsto a sua classificação nas seguintes modalidades: (i) granel sólido; (ii) granel líquido e gasoso; (iii) carga geral; ou (iv) carga containerizada.<sup>208</sup>

A ANTAQ poderá exigir a apresentação de garantia pelo interessado, em valor equivalente a 1% do investimento informado na proposta, limitada a R\$ 200 mil.<sup>209</sup> A garantia poderá ser ofertada por intermédio de caução em dinheiro, fiança bancária, títulos da dívida

- c) descrição do terminal, inclusive quanto às instalações de acostagem e armazenagem, seus berços de atracação e finalidades;
- d) especificação da embarcação-tipo por berço;
- e) descrição dos principais equipamentos de carga e descarga das embarcações e de movimentação das cargas nas instalações de armazenagem, informando a quantidade existente, capacidade e utilização;
- f) cronograma físico e financeiro para a implantação da instalação portuária;
- g) estimativa da movimentação de cargas ou passageiros; e
- h) valor global do investimento; e

II - título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento ou contrato de cessão sob regime de direito real, ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do da área” (BRASIL, 2013a).

<sup>204</sup> Art. 11, parágrafo único, da Lei nº 12.815/2013 (Idem, 2013b).

<sup>205</sup> Art. 27, parágrafo único, I, do Decreto nº 8.033/2013 (Idem, 2013a).

<sup>206</sup> Art. 9º, II, da Lei nº 12.815/2013 (Ibidem).

<sup>207</sup> Art. 29 do Decreto nº 8.033/2013 (Idem, 2013a); Art. 11 da Lei nº 12.815/2013 (Idem, 2013b).

<sup>208</sup> Art. 29, § 1º, 8.033/2013 (Idem, 2013a).

<sup>209</sup> Art. 4º, VIII, §4º, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Resolução nº 3.290, 13 fev. 2014, 2014e. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006340.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.

pública ou seguro garantia.<sup>210</sup> Está prevista a restituição da garantia de proposta quando da assinatura do contrato de adesão.<sup>211</sup> Aparentemente, a finalidade da garantia é desestimular a apresentação de pedidos especulativos – possibilidade essa que é real em determinadas regiões, onde a competição pelo escoamento de carga e as limitações geográficas para instalação de terminais justificam um filtro prévio de interessados em obter autorizações portuárias.

Ao contrário do que supõe Leonardo Ribeiro Coelho ao criticar tal previsão, a exigência de garantia de proposta não visa a assegurar a execução do contrato.<sup>212</sup> Para a fase contratual, está prevista a apresentação de nova garantia, de até 2% do valor do investimento (art. 20, §1º, da Resolução nº 3.290/2014). A garantia visa a assegurar a seriedade das propostas submetidas à ANTAQ, independentemente da celebração do contrato. Tampouco concordamos com a afirmação do autor de que a exigência de garantia restringiria indevidamente a participação de interessados. O valor máximo da garantia (R\$ 200 mil) é relativamente baixo considerando o vulto dos investimentos necessários para a implementação de terminal privado.

Após o recolhimento da(s) proposta(s) pela ANTAQ, a Secretaria Especial dos Portos decidirá sobre dois aspectos: (i) a adequação às diretrizes do planejamento e às políticas do setor portuário; e (ii) a possibilidade técnica de implementação simultânea das instalações (viabilidade locacional), caso seja apresentada mais de uma proposta.<sup>213</sup> Ambos os critérios são determinantes na outorga da autorização, merendo análise apartada.

## 5.2 Adequação às diretrizes do planejamento e às políticas setoriais

De acordo com o art. 12, § 4º, da Lei nº 12.815/2013, somente poderão ser autorizadas as instalações portuárias compatíveis com as diretrizes do planejamento e com as políticas do setor portuário. Nesse aspecto, resta nítido o tratamento de serviço público conferido às atividades portuárias, sejam elas exercidas no âmbito do porto organizado ou em áreas privadas (por meio de autorização). Caso se tratasse de atividade privada, o planejamento

---

<sup>210</sup> Art. 8º, §1º, da Resolução nº 3.290/2014 (Ibidem).

<sup>211</sup> Art. 8º, §3º, Ibidem.

<sup>212</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 130-131.

<sup>213</sup> Art. 12 da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

estatal seria meramente indicativo em relação aos autorizatários (art. 174, *caput*, da Constituição). O planejamento setorial tem a finalidade de otimizar as infraestruturas portuárias às necessidades do país, possibilitando também a integração intermodal (ou o Planejamento Logístico Integrado).

Pela lógica da Lei nº 12.815/2013, todas as instalações integram o Sistema Portuário Nacional, devendo ser submetidas a política pública unificada visando a atingir a máxima eficiência. Ademais, os portos devem ser planejados como parte da cadeia logística (juntamente com as ferrovias, as estradas e os aeroportos). A partir da redução de custos logísticos, o Brasil poderá ganhar competitividade no contexto do comércio internacional. Para que o objetivo seja alcançado, é preciso não perder de vista as necessidades regionais. Nesse sentido, ao prever a edição de lei estabelecendo as diretrizes e bases do planejamento nacional, o art. 174, § 1º, da Constituição Federal determina a incorporação dos planos regionais de desenvolvimento, bem como a sua compatibilização com os planos nacionais.

É possível constatar a importância de fatores regionais a partir de situações concretas. Tome-se como parâmetro uma região na qual exista demanda concreta para movimentação de minério de ferro (granel sólido). Se o pedido de autorização versar sobre terminal vocacionado à movimentação de derivados do petróleo (granel líquido), sem que exista demanda concreta pelo referido produto, o pedido pode ser negado por incompatibilidade com a política setorial (art. 12, § 4º, da Lei nº 12.815/2013.). Note-se que a outorga de autorização nessa situação seria contrária ao interesse público, pois a necessidade regional a ser atendida seria o transporte de ferro.

Dado o alto volume de recursos necessários para a implementação de um terminal portuário, na maioria das vezes o próprio interessado terá realizado estudos de viabilidade econômico-financeira do empreendimento antes de apresentar o requerimento de autorização.

Porém, não se pode excluir a possibilidade de apresentação de pedidos especulativos, principalmente para prejudicar grupos empresariais concorrentes. Suponha-se uma situação na qual determinado grupo tenha empreendimento em estágio avançado de construção. O mesmo grupo planeja formular requerimento de autorização para implementação de terminal portuário quando o empreendimento estiver em estágio pré-operacional. Tendo conhecimento da situação, outro grupo concorrente antecipa-se ao pedido, alegando futuro interesse em instalar empreendimento empresarial na mesma região geográfica, com a finalidade exclusiva de inviabilizar a outorga de autorização ao grupo que detém o empreendimento em estágio

operacional. Nessa hipótese, o pedido especulativo será rejeitado, tendo em vista a inexistência de necessidade concreta a ser satisfeita por meio da outorga, a revelar a sua incompatibilidade com a política setorial.

Em outras situações, não caberá a rejeição do pedido por desconformidade com as diretrizes setoriais. Consideremos hipótese na qual a União haja celebrado contratos de arrendamento para operação de terminais situados em porto organizado, vocacionados à movimentação de soja (carga a granel). Se um particular formulasse requerimento para instalação de terminal privado situado em região próxima com a finalidade de movimentar o mesmo tipo de carga, a outorga seria plenamente compatível com as diretrizes da Lei nº 12.815/2013.

Cumprido lembrar que um dos objetivos da Lei nº 12.815/2013 é estimular a concorrência no setor de portos (art. 3º, V). A União não poderia negar o pedido de autorização a pretexto de “proteger” a outorga de arrendamento no âmbito do porto público. Tal postura significaria a retomada do conceito de hinterlândia (zonas de influência nas quais os portos organizados atuavam de forma monopolizada), o que geraria retrocesso no setor.

Ainda que a instalação de terminais privados gerasse pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos de arrendamento (com a consequente redução da remuneração paga pelos arrendatários à União), tratar-se-ia de consequência natural da concorrência dos operadores para a captura de carga. A partir do referido mecanismo concorrencial, a Lei nº 12.815/2013 visa a atingir a expansão, a modernização e a otimização das instalações portuárias.<sup>214</sup> Evidentemente esses objetivos seriam frustrados se houvesse garantia de demanda em favor dos operadores que atuam nos portos públicos, como ocorrera no passado.

A instituição de monopólios geográficos em favor dos portos organizados foi contraproducente, pois gerou desestímulo ao aprimoramento tecnológico e ao aumento da oferta de serviços portuários. Essa situação foi diagnosticada no início da década de noventa. Desde a edição da Lei nº 8.630/93, o avanço do setor tem sido propiciado pela ampliação da concorrência e da participação privada (por meio de arrendamentos, no âmbito dos portos organizados e da outorga de autorizações para áreas situadas fora do porto organizado), diretrizes essas que são confirmadas pela Lei nº 12.815/2013. Portanto, a proximidade em relação a portos organizados não constitui motivo para a rejeição de pedidos de autorização.

---

<sup>214</sup> Art. 3º, I (BRASIL, 2013b).

Pelo contrário, a invocação dessa circunstância seria contrária às diretrizes setoriais consolidadas há vinte anos.

Portanto, os pedidos de autorização passarão por filtro de adequação à política setorial, o que faz sentido quando se considera que (i) o serviço é titularizado pela União (art. 21, XII, alínea “f” da Constituição); e (ii) o planejamento estatal é vinculante para os serviços públicos (art. 174, *caput*).

O problema reside na margem de discricionariedade compreendida na análise, a qual poderá ensejar desvio de finalidade se não for objeto de controle adequado. Entendemos que a questão deve ser segregada em dois momentos. Em primeiro lugar, há o momento da formulação da política pública, o qual envolve discricionariedade propriamente dita, compreendida como a possibilidade de a Administração optar entre duas ou mais escolhas legalmente válidas. De acordo com Eva Desdentado Daroca, a Administração exerce discricionariedade forte ao fixar políticas públicas.<sup>215</sup> Uma vez fixada a política pública, a Administração estará vinculada às escolhas realizadas, salvo se houver alguma circunstância que justifique a sua reformulação (por exemplo, o fracasso comprovado da política anterior).

Apesar de a Lei nº 12.815/2013 colocar a cargo da União (por intermédio da Secretaria Especial de Portos) a formulação de política setorial unificada, até o momento a atividade de planejamento tem sido exercida de forma insuficiente. Em 7 de janeiro de 2014, a SEP publicou a Portaria nº 3, a qual prevê os seguintes instrumentos de planejamento do setor portuário: (i) Plano Nacional de Logística Portuária (PNLP); (ii) Planos Mestres; (iii) Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ); e (iv) Plano Geral de Outorgas (PGO).

O PNL P é identificado como instrumento estratégico do setor portuário nacional, cuja finalidade é identificar vocações dos diversos portos, em cenários de curto (4 anos), médio (10 anos) e longo prazo (20 anos), garantindo a eficiente alocação de recursos a partir da priorização de investimento. Pelo que se depreende da Portaria SEP nº 3/2014, o PNL P é o principal instrumento de planejamento setorial. Ocorre que tal documento não foi publicado ainda pela SEP, o que revela o fracasso (ao menos por ora) do projeto centralizador contido na Lei nº 12.815/2013.

---

<sup>215</sup> DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 1997, p. 85.

Já os Planos Mestres são estudos específicos sobre cada unidade portuária. Atualmente, estão disponíveis 32 Planos Mestres.<sup>216</sup> Diversos Planos Mestres foram divulgados no ano corrente (2015), como resultado de cooperação técnica entre o Laboratório de Transportes e Logística (LabTrans) e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Esse movimento sugere que o planejamento do setor portuário encontra-se em fase embrionária, considerando que a SEP ainda está coletando dados dos portos. Isso significa que, no atual estágio, a União sequer compreende a realidade individual dos portos. Atingir o planejamento sistêmico do setor – como pretende a Lei nº 12.815/2013 – parece uma realidade bem distante.

Os Planos de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) têm por finalidade compatibilizar os portos às políticas de desenvolvimento urbano dos estados e municípios, visando ao estabelecimento de ações e metas para a expansão racional e otimização do uso de áreas e instalações do porto, com aderência ao PNLP e ao respectivo Plano Mestre. Ocorre que tais estudos ainda não foram disponibilizados pela SEP, o que reforça a insuficiência da atuação do referido órgão.

Por fim, há que se considerar o Plano Geral de Outorgas (PGO), documento que deverá contemplar o cronograma de outorgas de novos portos e de instalações arrendadas ou autorizadas, bem como os respectivos horizontes de implantação, tomando por base o planejamento setorial. Tal documento tampouco foi divulgado pela SEP até o momento.

Em 30 de dezembro de 2014, a SEP publicou a Portaria nº 449/2014, a qual ampliou os prazos para a elaboração e atualização dos instrumentos de planejamento setorial. De acordo com referido normativo, a atualização do PNLP passará a ocorrer a cada quatro anos (o prazo anterior era de dois anos). Já o PDZ deverá ser apresentado em até 10 meses a partir da publicação do Plano Mestre de cada porto. A ampliação dos prazos parece-nos inoportuna, corroborando a impressão de que há um grande vazio institucional, sendo flagrante a incapacidade das autoridades públicas de planejar o setor de forma sistêmica.

A insuficiência da atividade de planejamento gera insegurança jurídica em relação às outorgas. Como proceder em relação aos pedidos de autorização, para os quais se exige

---

<sup>216</sup> Os Planos Mestres abrangem os seguintes portos: Angra dos Reis, Aratu, Antonina, Barra do Riacho, Belém, Cabedelo, Estrela, Forno, Ilhéus, Imbituba, Itaguaí, Itajaí, Itaqui, Maceió, Manaus, Mucuripe, Niterói, Paranaguá, Pecém, Pelotas, Porto Alegre, Porto Velho, Rio de Janeiro, Rio Grande, Salvador, Santana, Santarém, Santos, São Francisco do Sul, Suape, Vila do Conde, Vitória (TARDIO, Victor. *Planos Mestres: Versão Completa. Secretaria de Portos da Presidência da República. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/pnpl/planos-mestres-versao-completa>>. Acesso em 26 jul. 2015).*

compatibilidade com as diretrizes do planejamento setorial (art. 12, § 4º, da Lei nº 12.815/2013)? A vagueza dos poucos documentos oficiais disponíveis não pode servir como óbice para o desenvolvimento do setor. Se os instrumentos de planejamento não foram elaborados a contento, uma alternativa para compreensão da política setorial é examinar como a União se posicionou em relação a pedidos de autorização anteriores, para a partir desses antecedentes tentar-se extrair algum padrão, ou seja, uma linha decisória a refletir a política setorial adotada.

A comparação do pedido individual de autorização com os antecedentes administrativos é um método plenamente válido para que se possa aferir se haverá discricionariedade ou vinculação na outorga. Isso porque há um dever de coerência em relação a casos semelhantes que de certa forma limita (ou elimina completamente, a depender das circunstâncias concretas) a margem de discricionariedade da Administração. Nas palavras de Eva Desdentado Daroca,

é característico deste tipo de discricionariedade a resolução de casos similares em um período de tempo indeterminado, de tal forma que o exercício continuado da competência gerará práticas, antecedentes e critérios de atuação que vincularão em alguma medida a resolução dos casos posteriores.<sup>217</sup>

Da lição acima, depreende-se que os pedidos formulados anteriormente servem como parâmetro para a decisão acerca do pedido individual. Na hipótese de haverem sido outorgadas autorizações em circunstâncias semelhantes, a margem de discricionariedade será bastante reduzida (ou inexistente). A Administração somente pode negar a autorização se tiver alguma razão – a ser devidamente declinada ao interessado – para apartar-se do curso de atuação política até então adotado.

Portanto, o principal instrumento de que dispõe o interessado em obter autorização contra possíveis arbitrariedades no ato de outorga é a comparação com casos anteriores. Até o momento, não se tem notícia da negativa de pedido de autorização por incompatibilidade com as diretrizes do planejamento setorial. Os antecedentes devem ser utilizados como parâmetro de forma a reduzir ao máximo a discricionariedade da União. A outorga obedecerá a critério vinculado se o pedido de autorização for análogo aos antecedentes administrativos.

---

<sup>217</sup> “Hay que destacar, también, que es característico de este tipo de discrecionalidad el hecho de que han de resolverse una serie de casos similares a lo largo de un período de tiempo indeterminado, de tal forma que en el ejercicio continuado de la potestad se generarán unas prácticas, unos antecedentes y unos criterios de actuación que vincularán en alguna medida la resolución de los casos posteriores” (DAROCA, 1997, p. 89).

Evidentemente, o critério comparativo aqui sugerido não elimina o risco de politização das outorgas. Conforme comentado por Carlos Ari Sunfeld, esse risco parece ser inerente ao projeto centralizador da Lei nº 12.815/2013.<sup>218</sup> Houve retrocesso em relação à legislação anterior (Lei nº 8.630/93), que previa a outorga de autorização a todo interessado que demonstrasse capacidade para o seu desempenho.<sup>219</sup>

Note-se que há previsões em outras leis setoriais de vinculação na outorga de autorizações. É o caso, por exemplo, da autorização exarada com fundamento no art. 131, § 1º, da Lei nº 9.472/1997, aplicável ao setor de telecomunicações. Ao disciplinar a autorização como mecanismo de outorga de serviços públicos, as leis setoriais não têm nenhum apego à distinção doutrinária clássica entre a autorização (que seria discricionária “por natureza”) e a licença (ato vinculado), aplicável aos atos de polícia da Administração. Portanto, essa classificação não é nada elucidativa para compreendermos o tema proposto.

Conforme expusemos acima, a outorga de autorização portuária será vinculada ou discricionária, a depender do caso concreto. Há discricionariedade no plano normativo, pois se exige compatibilidade com as diretrizes do planejamento e com as políticas setoriais.<sup>220</sup> No caso concreto, a partir da comparação com antecedentes administrativos, a outorga poderá tornar-se vinculada, considerando o dever de coerência a ser observado pela Administração na tomada de decisões repetitivas e rotineiras – como os pedidos de autorização, que tendem a se multiplicar num dado período de tempo e que, se deferidos, geram vinculação para casos futuros.

### 5.3 A viabilidade locacional

Além da compatibilidade com as políticas definidas para o setor portuário, a União deverá examinar a “viabilidade locacional” (art. 12, *caput*, da Lei nº 12.815/2013) dos requerimentos de autorização. O art. 30 do Decreto nº 8.033/2013 define a viabilidade locacional como a possibilidade da implantação de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica. Note-se que, ao contrário do primeiro requisito, a viabilidade locacional não diz respeito à atuação do Poder Público, mas a situações geradas pelos próprios interessados em obter a autorização.

---

<sup>218</sup> SUNDFELD, 2014, p. 30.

<sup>219</sup> Art. 6º (BRASIL, 2013a).

<sup>220</sup> Art. 12 da Lei nº 12.815/2013 (Idem, 2013b).

O exame de viabilidade locacional pressupõe a existência de mais de um interessado em implantar terminal portuário na mesma região geográfica. O objetivo é apurar se os terminais poderão ser implementados concomitantemente. Adota-se por premissa que o potencial fático para instalação de novos terminais não é ilimitado. Em uma análise superficial, poder-se-ia entender que o procedimento previsto na Lei nº 12.815/2013 é pernicioso, pois tendo cada interessado justo título sobre a área abrangida no respectivo requerimento de autorização, seria impossível a apresentação de requerimentos conflitantes. A seguir, será demonstrado que esse raciocínio não procede. Ainda que a circunstância de se tratar de área privada reduza a probabilidade de apresentação de propostas conflitantes, a situação não deve ser descartada de plano.

Primeiramente, há que se considerar as limitações de natureza geográfica. Determinadas regiões litorâneas possuem características físicas inadequadas para a implementação de terminais portuários. Outro importante limitador são as possibilidades de interligação dos terminais portuários com outros modais logísticos (estradas, ferrovias etc.), bem como a sua proximidade em relação a centros produtores.

As restrições ambientais também são um importante fator restritivo. Os empreendimentos portuários poderão demandar diversos tipos de aprovação por parte das autoridades públicas, tais como (i) autorização para supressão de vegetação nativa, a ser conferida pelo IBAMA nos termos da Lei nº 4.771/65; (ii) autorização para uso de áreas de preservação permanente, também emitida pelo IBAMA; e (iii) parecer das autoridades marítimas no que concerne ao ordenamento do espaço aquaviário e à segurança da navegação.

Por fim, há que se considerar a incompatibilidade técnica entre terminais. A implementação de um terminal poderá impossibilitar a instalação de outro terminal em área vizinha (por exemplo, o berço de atracação do terminal já instalado poderá ter características que impedem a instalação de novos berços na mesma região), o que configuraria situação que a lei denomina de inviabilidade locacional.

Se houver inviabilidade locacional entre os terminais, a ANTAQ deverá conferir prazo de trinta dias para que os interessados reformulem suas propostas.<sup>221</sup> Trata-se de incentivo para que os interessados em obter autorização encontrem uma forma de conciliar seus interesses. Caso o impedimento persista após a reapresentação das propostas, caberá à ANTAQ promover processo seletivo público para a seleção da melhor proposta, observados

---

<sup>221</sup> Art. 32, II, do Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013a).

os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 12, § 2º). A Lei nº 12.815/2013 prevê a adoção dos seguintes critérios de julgamento no processo seletivo público: (i) maior capacidade de movimentação de carga; (ii) menor tarifa; e (iii) menor tempo de movimentação de carga (art. 12, §3º). Essa relação não é exaustiva, sendo que em tese o edital poderia prever outros critérios (como, por exemplo, maior valor de investimento).

Há uma tentativa de estabelecer critérios objetivos para avaliação de propostas, de forma a assegurar tratamento isonômico aos interessados. Ocorre que, à exceção do critério da menor tarifa, os demais critérios previstos na lei parecem favorecer a apresentação de requerimentos especulativos. Considerando que os terminais sequer existem, como aferir a sua real capacidade de movimentação de carga? A lei não responde a essa questão. Há risco de o empresário que sobre-estimar sua própria capacidade levar vantagem sobre os demais interessados. Para evitar esse tipo de distorção, a ANTAQ deverá considerar a demanda real para movimentação de carga existente no momento da formulação das propostas (e não a demanda projetada para o futuro, condicionada a diversos fatores, como a própria implementação de empreendimento empresarial). Assim, a autorização será outorgada para atender a um interesse real e concreto pela movimentação de carga.

O processo seletivo público será inaplicável quando for apresentada uma única proposta ou, havendo mais de uma proposta, não haja impedimento locacional à implementação concomitante dos terminais (art. 12, § 1º) – o que deverá ocorrer com mais frequência, tendo em vista tratar-se de áreas privadas. Note-se que nessas situações os pedidos não serão excludentes, devendo ser acolhidos desde que apresentados em conformidade com a política setorial, conforme tratado no tópico anterior.

Em síntese, a outorga da autorização portuária será precedida de chamada ou anúncio público visando a assegurar ampla divulgação do perfil do terminal a ser implementado pelo interessado. Se não houver manifestação de outros interessados – ou, em havendo, se as propostas forem compatíveis entre si –, a outorga será realizada diretamente. Por fim, se for constatada inviabilidade locacional, a ANTAQ promoverá processo seletivo público para escolha da melhor proposta. Em qualquer caso, somente poderão ser autorizadas as instalações portuárias compatíveis com as diretrizes do planejamento e com as políticas do setor portuário.

#### 5.4 Outorga de autorização portuária e o dever de licitar

Tomando por base o procedimento descrito nos itens anteriores, poderíamos questionar se há exigência de licitação para a outorga de autorização portuária. A Lei nº 12.815/2013 não responde a essa questão diretamente, utilizando outras terminologias ao referir-se às diferentes etapas do procedimento de outorga. Para examinarmos se tais etapas correspondem a procedimentos licitatórios, é necessário partirmos de uma definição doutrinária de licitação. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, licitação é

o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros estabelecidos e divulgados.<sup>222</sup>

Verifica-se que a licitação é definida pela doutrina como procedimento competitivo conduzido por ente público, no qual a Administração apreciará as propostas de interessados, selecionando aquela que revelar melhores condições de acordo com parâmetros previamente estabelecidos.

Anteriormente (ver item 5.1), nós descrevemos os procedimentos de anúncio e chamada pública, cuja finalidade é identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização portuária na mesma região e com características semelhantes.<sup>223</sup> Tais procedimentos visam a atribuir publicidade ao ato de outorga. A divulgação de dados dos terminais a serem implementados (compreendendo a região geográfica, o perfil e o volume de carga a ser movimentada) concretiza o princípio da isonomia, ao permitir que interessados avaliem mutuamente as propostas submetidas à ANTAQ. Caso os interesses sejam conflitantes, há a possibilidade de reformulação das propostas pelos interessados, visando à eliminação do impedimento locacional.<sup>224</sup> Se for formulado um único pedido de autorização

---

<sup>222</sup> MELLO, 2014, p. 534.

<sup>223</sup> Anúncio instaurado por solicitação do interessado e chamada pública por determinação da Secretaria Especial de Portos.

<sup>224</sup> Art. 32, II, do Decreto nº 8.033/2013 (BRASIL, 2013a).

(ou se as diversas propostas não gerarem impedimento locacional), as outorgas serão realizadas diretamente.<sup>225</sup>

As outorgas diretas tendem a ser mais frequentes quando comparadas ao processo seletivo público. Na maioria dos casos, não será necessário excluir uma proposta em detrimento de outra, por se tratar de terrenos privados (cada interessado será proprietário ou terá justo título sobre o terreno descrito no pedido de autorização). Se houver um único interessado ou se forem conciliáveis os interesses dos diversos interessados em instalar terminais portuários na mesma região, as outorgas deverão ser realizadas diretamente. Nessas situações – que representam a ampla maioria dos casos –, estar-se-á diante de inexigibilidade, uma vez que a licitação supõe disputa entre interessados.<sup>226</sup>

Nem por isso o anúncio e a chamada pública deixam de desempenhar relevante função, atribuindo lisura ao procedimento de outorga e incentivando a autocomposição entre os interessados, de forma a limitar a realização de processo seletivo público às hipóteses estritamente necessárias. Com isso, é mitigado o risco de paralisação das outorgas em decorrência de tais processos, que podem ser demorados.

Qual seria o sentido em aplicar-se indistintamente a regra da licitação, supondo-se que os particulares estarão sempre em posição de antagonismo frente à Administração? Nas outorgas de autorizações portuárias, essa situação será excepcional, tendo em vista se tratar de áreas privadas. Ainda assim, a identificação de interessados e a ampla divulgação de dados dos terminais são medidas fundamentais para que se verifique eventual conflito de interesses, de forma a legitimar as outorgas.

Para Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho, seria um engano acreditar que a licitação é a única forma de preservar os princípios da igualdade e da boa administração nas contratações públicas. Os referidos autores afirmam que “não só por meio da licitação são cumpridos os mandamentos constitucionais e realizados valores públicos”:

De fato, do texto constitucional podem ser extraídos princípios jurídicos mais abrangentes, especialmente os da igualdade e da boa administração. O equívoco está em extrair efeitos bastante concretos destes princípios genéricos e abstratos – como, por exemplo, o de que “não há como, em regra, atender a esses princípios sem um procedimento administrativo do tipo licitatório” – ou, então, imaginar que certos princípios pressuponham, contemham em si, o dever de licitar. [...]

---

<sup>225</sup> Art. 12., § 1º (BRASIL, 2013a).

<sup>226</sup> Nesse sentido, ver MELLO, 2014, p. 552.

O primeiro engano está em imaginar que a ausência de licitação necessariamente dê lugar à barbárie. [...] Eventual opção legislativa por não licitar seria vista por esta ótica com grande desconfiança, como a pura e simples institucionalização da corrupção ou de favoritismos injustificados; como chancela legal à realização de negócios espúrios entre o público e o privado. Não é bem assim, a realidade é significativamente mais complexa do que este raciocínio, baseado em meras ilações.

É impossível, em abstrato, dizer que licitar seja melhor – ou mais justo, isonômico, correto, eficiente, adequado etc. – do que não licitar. A comparação entre estes tipos jurídicos ideais e opostos é impertinente, pois são necessários ou úteis em situações diferentes [...]

O segundo engano está em pressupor que a única maneira e atender aos princípios constitucionais que preconizam, exemplificativamente, a separação entre o público e o privado, a isonomia entre interessados e a busca do negócio mais vantajoso para a Administração seja por meio da licitação. [...]

A verdade é que não há um único modelo ou forma juridicamente adequados. Não só por meio da licitação são cumpridos os mandamentos constitucionais e realizados valores públicos. Há outros mecanismos, procedimentos e soluções, para além dos licitatórios, que se ajustam ao texto constitucional.<sup>227</sup>

A instituição de procedimentos prévios para a identificação de interessados não chega a ser uma novidade da Lei nº 12.815/2013. Sundfeld e Rosilho mencionam outros exemplos extraídos dos setores de telecomunicações e de mineração.<sup>228</sup> Os autores chamam atenção para o art. 91 da Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que prevê o chamamento público para a identificação de interessados na exploração de satélites. A licitação será considerada inexigível quando apenas um interessado puder realizar o serviço (art. 91, § 1º) ou quando todos os interessados puderem desempenhar simultaneamente os serviços (art. 91, § 2º). A licitação será aberta apenas se os interesses não puderem ser harmonizados na chamada pública.<sup>229</sup> O mecanismo é semelhante ao previsto na Lei nº 12.815/2013.

Outro exemplo lembrado pelos autores está no Decreto-Lei nº 227/1967, também conhecido como Código de Minas. O referido diploma prevê que a área descrita em requerimento de autorização e pesquisa ou de registro de licença será considerada livre, desde que não se enquadre em quaisquer das seguintes hipóteses: (i) vinculação a autorização de

<sup>227</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 32-33.

<sup>228</sup> Idem, 2015, p. 33/35.

<sup>229</sup> Art. 172, § 3º (BRASIL. Lei nº 9.472/1997. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm)>. Acesso em 18 out. 2015).

pesquisa, registro de licença, concessão da lavra, manifesto de mina ou permissão de reconhecimento geológico;<sup>230</sup> e (ii) ter sido objeto de pedido de autorização anterior, salvo se indeferido. Ou seja, o Código de Minas estabelece critério de prioridade: aquele que primeiro solicitar a autorização de pesquisa de determinada área terá direito de requerer a concessão de lavra, desde que comprovada a viabilidade técnica da exploração. O referido diploma não prevê a comparação de propostas entre interessados no âmbito de uma licitação pública. A realidade setorial impôs outro critério de seleção, baseado na anterioridade do pedido, o que foi devidamente considerado pelo legislador.

Em nosso entendimento, a exemplo dos procedimentos especiais previstos em outros setores, o anúncio e a chamada pública desempenham importante papel ao compatibilizar as outorgas de autorizações portuárias com os princípios que regem a Administração (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência).

Na hipótese excepcional de os pedidos serem incompatíveis, será necessária a abertura de processo seletivo público. Entendemos que a rigor o referido processo seria uma modalidade de licitação, por envolver a comparação de propostas apresentadas por interessados em prestar serviços portuários, de acordo com critérios previamente estabelecidos em edital (por exemplo, maior capacidade de movimentação de carga). No processo seletivo público, a União selecionará uma proposta em detrimento de outra(s), configurando-se situação de exclusão.

Alguns poderiam estranhar a previsão de uma modalidade específica de licitação para a outorga de autorização portuária.<sup>231</sup> Isso porque, de acordo com o art. 175, *caput*, da Constituição, a licitação é obrigatória para as delegações de serviço público realizadas mediante concessão e permissão. A falta de referência à autorização no referido dispositivo poderia levar a uma conclusão precipitada, de que a licitação seria incompatível com essa modalidade de outorga.

A premissa é equivocada. É possível extrair do art. 37, XXI, da Constituição um dever abrangente de adoção da licitação na contratação de obras, serviços e alienações realizadas pela Administração. Ao assegurar igualdades de condições a particulares interessados em travar disputa pela celebração de contratos com a Administração, o referido dispositivo não

---

<sup>230</sup> Art. 18, I (BRASIL. Decreto-Lei nº 227/1967. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm)>. Acesso em 18 out. 2015).

<sup>231</sup> Aplicável em situações excepcionais, quando não for possível compatibilizar as propostas dos interessados em implementar terminal com características semelhantes na mesma região.

estabelece distinção entre contratos tendo por objeto a prestação de serviços ou a outorga de serviços públicos. Note-se que a autorização portuária é formalizada mediante contrato de adesão, o que tornaria a licitação aplicável em tese.<sup>232</sup> Ainda que o dever constitucional de licitação em relação às autorizações fosse afastado com base em interpretação restritiva do art. 37, XXI e do art. 175, *caput*, é inegável que o legislador ordinário possui discricionariedade para criar hipóteses licitatórias. Também é incontroverso que há previsão legal de modalidade de licitação destinada a solucionar o conflito entre pedidos de autorização, denominada processo seletivo público.<sup>233</sup>

Se não houvesse previsão para o referido processo seletivo público, como a Administração poderia encontrar uma solução legítima para os casos em que os particulares interessados em obter autorização portuária estivessem em posição conflitante? Se respondermos de forma genérica que a licitação será inaplicável à autorização, a outorga a um dos particulares em situação de impedimento locacional seria realizada segundo critérios arbitrários – justamente o que a Lei nº 12.815/2013 tenta evitar ao instituir o processo seletivo público. Tampouco há condições de respondermos que a licitação será aplicável sob qualquer hipótese, pois na ampla maioria dos casos os requerimentos serão compatíveis entre si (por tratarem de terrenos privados), o que inviabiliza a adoção de processo licitatório (ou processo seletivo público, modalidade prevista na Lei nº 12.815/2013).

Portanto, a resposta para o questionamento proposto neste tópico é de que a outorga de autorização portuária será realizada em regra mediante inexigibilidade de licitação, tendo em vista tratar-se de áreas privadas. Em situações excepcionais, quando as propostas forem incompatíveis entre si (inviabilidade locacional), será realizado processo seletivo público, que a rigor corresponde a modalidade licitatória.

## 5.5 Providências pré-contratuais

A última etapa do procedimento de outorga de autorização será a convocação do interessado para apresentação de documentação complementar, no prazo de 90 dias (art. 18 da Resolução ANTAQ nº 3.290/2014). O autorizatário deverá apresentar à ANTAQ (i) protocolo de consulta à autoridade aduaneira; (ii) protocolo de consulta ao poder público municipal; (iii)

---

<sup>232</sup> Art. 2º, XII (BRASIL, 1988).

<sup>233</sup> Art. 8º, *caput*, e art. 12. § 2º, da Lei nº 12.815/2013 (Idem, 2013b).

licenças ambientais aplicáveis; (iv) garantia de execução contratual, se prevista no instrumento convocatório; (v) documentação de regularidade fiscal; (vi) parecer favorável da autoridade marítima quanto ao cumprimento da NORMAM-11/DPC;<sup>234</sup> (vii) certidão declaratória de disponibilidade das águas públicas, expedida pela Secretaria do Patrimônio da União; (viii) planta de locação das instalações do terminal; e (ix) planta das instalações de acostagem (art. 20 da Resolução nº 3.290/2014).

Com base na documentação apresentada pelo interessado, a ANTAQ emitirá relatório final e encaminhará o processo administrativo à Secretaria Especial de Portos, instruído com a minuta do contrato de adesão (art. 22). Por fim, a SEP decidirá acerca da celebração do contrato de adesão.

O trâmite do procedimento de outorga torna claro o que comentamos no tópico 3.2 acima acerca do esvaziamento de competências da ANTAQ e da opção do legislador por unificar as competências na SEP. As atribuições da ANTAQ são meramente preparatórias ao contrato de adesão, cuja celebração incumbirá à SEP – desde que o referido órgão conclua pela adequação do instrumento às políticas setoriais (art. 12, § 4º, da Lei nº 12.815/2013).

---

<sup>234</sup> Tal norma dispõe sobre a realização de obras em águas jurisdicionais.

## 6 REGIME JURÍDICO DA AUTORIZAÇÃO PORTUÁRIA

### 6.1 A outorga de autorização portuária por prazo certo e a estabilidade do vínculo

Questão fundamental a ser respondida pelo intérprete é se a autorização portuária dará origem a uma relação jurídica estável, de forma a criar um ambiente atrativo para a ampliação da participação privada no setor (art. 3º, V, da Lei nº 12.815/2013). Seria inviável para o particular investir vultosas quantias para a implementação de terminal portuário se a outorga fosse realizada em caráter precário.

Essa preocupação em torno da estabilidade do vínculo justifica-se na medida em que a adoção da autorização como mecanismo de outorga de serviço público está longe de ser pacífica na doutrina brasileira.<sup>235</sup> A origem dessa controvérsia parece ser a polissemia do termo autorização, o qual é empregado na Constituição em contextos e em situações jurídicas que nada têm em comum. Além disso, a doutrina tradicional mostra resistência em aceitar a possibilidade de serem introduzidos regimes assimétricos para um mesmo serviço público, o que frequentemente é realizado por intermédio da autorização.

Ao referir-se à autorização como mecanismo de outorga, a Constituição não estabeleceu um modelo fechado a ser replicado em todos os setores regulados. No plano da legislação ordinária, há diversos regimes jurídicos de autorização, conforme a realidade do setor visado. Apesar disso, parcela relevante da doutrina insiste em adotar um conceito universal de autorização administrativa, privilegiando aquela que seria supostamente a acepção mais corrente do instituto, relacionada ao poder de polícia da Administração. Para tal corrente doutrinária, a autorização seria sempre ato unilateral, discricionário e revogável a qualquer momento, sem direito a indenização. Em nosso entendimento, há frontal incompatibilidade entre o conceito universal de autorização pretendido por parcela relevante da doutrina e as previsões da Lei nº 12.815/2013 no tocante à autorização portuária.

Essa controvérsia é alimentada pela indefinição da Lei nº 10.233/2001 a respeito dos atributos da autorização quando empregada como mecanismo de outorga de serviço público. Ao editar a referida norma, o legislador ordinário cedeu ao conceito doutrinário clássico de autorização, tendo previsto que, “ressalvado o disposto em legislação específica”, a

---

<sup>235</sup> Conforme abordado no tópico 4.1.

autorização será conferida por prazo indeterminado (art. 43, III).<sup>236</sup> Essa ressalva apenas confirma que o legislador ordinário tem discricionariedade para editar legislação específica afastando os atributos gerais previstos no aludido dispositivo. No caso do setor portuário, a opção foi indiscutivelmente por conferir prazo certo à autorização portuária (art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013), sendo inaplicável o disposto no art. 43, III, da Lei nº 10.233/2001, pelo critério da especialidade.

Outro dispositivo na Lei nº 10.233/2001 que dá margem a discussão é o art. 47, pelo qual a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização, devendo observar as novas condições impostas pelo ordenamento. Porém, a circunstância de a outorga estar sujeita a condicionamentos não afasta a estabilidade do vínculo. A rigor, nenhum direito é estático, nem mesmo a propriedade, que recebeu novos contornos a partir de sua subordinação à função social (art. 5º, XXIII, da Constituição). Nem por isso a propriedade passou a ser um direito precário. Portanto, o art. 47 da Lei nº 10.233/2001 não retira a estabilidade do vínculo formado entre a União e a autorizatária.

Já o art. 49 da Lei nº 10.233/2001 dirige-se a outorgas conferidas pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), prevendo a adoção da autorização como um mecanismo emergencial para a transferência da prestação de serviços públicos em relação aos quais são cabíveis outros mecanismos de outorga. Por esse dispositivo, a autorização teria caráter residual e transitório. Ocorre que a norma em comento trata exclusivamente de serviços de transporte terrestre. Se fosse a intenção do legislador ordinário instituir um “regime geral da autorização”, o dispositivo não teria feito menção a “serviços de transporte” regulados pela ANTT. No setor portuário, a autorização não tem por finalidade substituir outras modalidades de outorga em caráter emergencial, mesmo porque em áreas situadas fora do porto organizado a autorização é a única modalidade de outorga cabível. Ademais, não há qualquer semelhança entre a concessão portuária (que envolve a gestão do porto organizado como um todo) e a concessão no setor de transportes terrestres. A reforçar a ideia de que estamos nos referindo a setores bastante diferentes entre si, frise-se que a permissão sequer é prevista como modalidade de outorga na Lei nº 12.815/2013. Portanto, é inviável partirmos de uma comparação com outros setores na tentativa de extrair regras gerais e abstratas acerca da autorização. A única forma de averiguarmos se a autorização dará origem a um vínculo

---

<sup>236</sup> BRASIL, 2001.

estável é nos voltarmos aos dispositivos da Lei nº 12.815/2013, dirigida especificamente ao setor portuário.

A Lei nº 12.815/2013 prevê a outorga de autorização portuária mediante contrato de adesão (Art. 8º, § 1º). A alusão a um contrato reforça a ideia de vínculo consensual, formado a partir do encontro de vontade das partes. Se a autorização portuária fosse técnica de polícia, a União simplesmente editaria ato administrativo impondo obrigações unilateralmente ao particular interessado, o que não faria o menor sentido no contexto examinado. Lembre-se que o procedimento de outorga de autorização poderá ser iniciado a pedido do interessado (art. 9º, *caput*). No requerimento, o interessado proporá condições que irão reger a relação contratual (características do terminal, estimativa de movimentação de carga, cronograma para implementação do terminal, e valor total de investimento). As condições propostas pelo interessado devem ser examinadas pela União e, caso aceitas, serão transplantadas para o instrumento contratual.

O contrato deverá refletir as informações que o próprio interessado tiver declinado durante o procedimento de outorga. Por exemplo, caso o interessado haja manifestado interesse em implementar terminal vocacionado exclusivamente ao transporte de carga a granel sólido, o contrato não poderá prever especificar “carga geral”. A cláusula declinando o valor global do investimento não será preenchida unilateralmente pela União; ao contrário, será baseada na informação fornecida pelo próprio interessado. Portanto, é natural a previsão de um contrato para reger a relação entre a União e o autorizatário, no qual ambos acordarão sobre a forma de prestação do serviço portuário por no mínimo 25 anos, sendo que esse prazo comportará renovações sucessivas.

A circunstância de tratar-se de contrato *de adesão* não altera a bilateralidade do vínculo. Tal expressão remete ao emprego de cláusulas padronizadas pela Administração, sem que o particular aderente tenha a oportunidade de alterá-las. Quase todos os contratos administrativos são contratos de adesão, apesar de não receberem tal denominação formal. Ao participar de uma concorrência pública visando à celebração de contrato de concessão, caso venha a ser declarado vencedor, o licitante aderirá à minuta do contrato anexada ao Edital, sem que isso altere o cunho contratual da relação concessória. Apesar de não poder propor um novo modelo contratual à União, o interessado em obter autorização portuária participará diretamente da formação do conteúdo do instrumento, ao declinar informações (por exemplo, a espécie de terminal que será instalado) sem as quais o contrato não se formaria.

Considerando que autorizações do tipo contratual não são frequentes no ordenamento brasileiro, aqueles mais apegados à tradição poderiam duvidar que a autorização portuária contivesse tal traço. O art. 16, III, da Lei nº 12.815/2013 dá margem a esse tipo de questionamento. De acordo com o referido dispositivo, compete à União “celebrar os contratos de adesão e arrendamento e expedir as autorizações de instalação portuária”. Se partíssemos de uma interpretação isolada dessa norma, seria possível enquadrar a autorização como ato administrativo, pois o legislador fez uso do vocábulo “expedir” ao referir-se à autorização, sem mencionar a existência de um contrato. Foi o que concluiu Maria Sylvia Zanella di Pietro, em comentário recente acerca da autorização prevista na Lei nº 12.815/2013:

Parece que o legislador quis deixar claro que a autorização não tem a mesma natureza contratual da concessão e do arrendamento, porque o ato de outorga é expedido unilateralmente pelo “poder concedente” e formalizado por meio de contrato de adesão. Pode-se dizer que a outorga do uso e exploração de área situada fora do porto organizado se processa em dois momentos: (a) a autorização, como ato unilateral do poder concedente, conforme artigo 16, III; (b) e o contrato de adesão.<sup>237</sup>

Não concordamos com essa classificação, que aparentemente ignora o disposto no art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.815/2013, pelo qual a autorização será formalizada por meio de contrato de adesão. O caráter contratual da autorização é reforçado pelo art. 2º, XII, no qual a autorização é definida como mecanismo de “outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”. A prática confirma a natureza contratual da autorização portuária. Já foram firmados dezenas de contratos sob a vigência na nova lei.<sup>238</sup> Os instrumentos contêm menção a partes e são assinados bilateralmente pela União, por intermédio da Secretaria Especial de Portos, e pela autorizatária, sempre com interveniência da ANTAQ. Portanto, tem prevalecido a interpretação que considera a autorização emitida com base na Lei nº 12.815/2013 um contrato.

Ainda que a autorização portuária seja classificada como ato administrativo – o que seria aceitável, tendo em vista a dubiedade do art. 16, III, da Lei nº 12.815/2013 –, deve-se partir de tendência contemporânea, a qual admite mais de uma modalidade de ato

<sup>237</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Uso privativo de bem publico por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 150-151.

<sup>238</sup> Confira-se, por exemplo, o seguinte contrato de adesão, assinado em 2014: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Contrato de adesão nº 003/2014*. SEP/PR, 06 jan. 2014, 2014a. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/contratoadesao/2014/contratodeadesao032014.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.

administrativo.<sup>239</sup> Assim como ocorre em relação à autorização, não há um conceito estático de ato administrativo que permaneça imune à evolução. Em aprofundado estudo, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva aponta que a noção tradicional de ato administrativo é típica do Estado Liberal, espelhando relação de antagonismo entre o Estado e o particular. Trata-se, portanto, de ato-comando, concebido como uma decisão autoritária que atinge direitos do particular. Há um “defasamento dogmático” entre a noção clássica de ato e os novos domínios de atuação da Administração Pública.<sup>240</sup>

O referido autor aponta que a noção arraigada na doutrina tradicional espelha atos administrativos desfavoráveis, que atingem a esfera jurídica do particular. Com a diversificação e crescente complexidade da atuação administrativa, deve-se considerar também a existência de atos favoráveis, ou ampliativos de direitos do particular, modalidade essa que passou a estar em voga com o advento do Estado Social. Tais atos não conterão o traço da imperatividade, justamente porque atribuem vantagem ao particular afetado.

A Administração passou a exercer funções de planejamento e regulação da economia (atuação do tipo infraestrutural, segundo o autor), no âmbito das quais surgem relações jurídicas complexas e multilaterais. No caso dos portos, isso é marcante. Diversos segmentos da economia são afetados pelas outorgas de terminais portuários (produtores de grãos, empresas transportadoras etc.). A concessão de outorga não é um ato típico da atividade de polícia, pois produz consequências de caráter coletivo.<sup>241</sup> Nesse domínio, o ato deixa de ser um instrumento de contato efêmero entre a administração e o particular, passando a regular relações de caráter estável e duradouro.

Quando empregado no campo dos serviços públicos, o ato administrativo visa a garantir maior clareza e previsibilidade à posição do particular na relação jurídica estabelecida com a Administração.<sup>242</sup> Com isso, visa-se à “diminuição do risco de investimento dos particulares”.<sup>243</sup> O ato passa a ser um mecanismo pelo qual a Administração busca a aceitação e a colaboração do particular para desempenho de serviços de sua titularidade. A participação

---

<sup>239</sup> SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2003, p. 445-569.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 447.

<sup>241</sup> Nas palavras do autor: “O acto administrativo necessita de ser entendido no quadro da relação jurídica (bilateral ou multilateral) enquanto facto jurídico susceptível de criar, modificar, ou extinguir relações jurídicas entre a Administração e os privados” (*Ibidem*, p. 453).

<sup>242</sup> O autor explica que “a unilateralidade de produção de efeitos não é incompatível com o facto do seu conteúdo poder ter sido determinado com a colaboração dos privados” (*Ibidem*, p. 458).

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 462.

do particular no procedimento é reflexo da política negocial adotada pela Administração.<sup>244</sup> A expedição do ato administrativo deixa de desempenhar papel central na relação jurídica entre a Administração e o particular.<sup>245</sup> Tal posição passa a ser desempenhada pelo processo administrativo que antecede o ato, no qual ocorre uma composição de interesses das partes envolvidas. Portanto, ainda que se prefira classificar a autorização portuária como um ato administrativo, há que se enquadrá-la na categoria dos atos ampliativos, nos quais não há o traço da imperatividade.

Mais importante do que classificar a autorização como um contrato ou ato administrativo, é reconhecer que da outorga decorrerão direitos, deveres e garantias para as partes envolvidas, independentemente da classificação que lhe for atribuída pelo intérprete.

A doutrina já travou debate semelhante em torno da natureza jurídica da concessão, de acordo com o relato de Vera Monteiro.<sup>246</sup> Para alguns doutrinadores, a concessão teria a natureza de um contrato, por ser indispensável o acordo de vontades para a formação do vínculo, ainda que algumas cláusulas sejam obrigatórias por força de lei. Outros defendem que a concessão teria natureza híbrida, já que composta por ato unilateral (regulamentar) impondo as condições de prestação do serviço, e por negócio jurídico privado (equação econômico-financeira).

Ainda que os autores debatam sobre a melhor forma de classificá-la, todos concordam que a concessão produz efeitos jurídicos, gerando direitos e garantias ao concessionário e ao Poder Concedente. Portanto, debater se a concessão é um contrato ou ato administrativo representa “um esforço classificatório inútil”.<sup>247</sup>

Entendemos que esse raciocínio pode ser estendido ao tema objeto deste trabalho. Independentemente de eventual divergência quanto à natureza da autorização fundada na Lei nº 12.815/2013, há que se reconhecer que a outorga dará origem a uma relação obrigacional entre União e autorizatário. No âmbito dessa relação, tem especial importância o prazo de vigência da autorização, o que repercutirá na estabilidade do vínculo. Por opção legislativa, a autorização terá prazo de até 25 anos, prorrogáveis por igual período, desde que o autorizatário (i) promova investimentos para expansão e modernização das instalações

---

<sup>244</sup> SILVA, 2003, p. 466-467.

<sup>245</sup> MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, e SUNDELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, São Paulo: Fórum, 2012, p. 405-419.

<sup>246</sup> MONTEIRO, 2010, p. 34-38.

<sup>247</sup> *Ibidem*, p. 35.

portuárias; e (ii) assegure a manutenção do serviço (art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013). Em contrapartida aos referidos deveres, o autorizatário terá direito à manutenção da outorga pelo prazo previsto.

Não há como aplicar o traço da precariedade à autorização portuária. Nesse sentido, apesar de afirmar que a autorização portuária é ato unilateral, Maria Sylvia Zanella di Pietro admite que “a autorização está sujeita ao prazo de 25 anos.”.<sup>248</sup> Portanto, a resposta ao questionamento proposto neste item é afirmativa. A autorização portuária dará origem a uma relação jurídica estável, pois a opção do legislador foi prever prazo certo para a outorga, o que afasta o traço da precariedade.<sup>249</sup>

## **6.2 Cláusulas obrigatórias do contrato de adesão e as diferenças em relação ao regime de arrendamento**

O contrato de adesão para outorga de autorização portuária conterá obrigatoriamente cláusulas relativas: (a) ao objeto, à área e ao prazo de vigência; (b) ao modo, à forma e às condições da exploração da instalação portuária; (c) aos parâmetros de qualidade da atividade, bem como às metas a serem alcançadas; (d) aos investimentos a serem promovidos pelo contratado; (e) aos direitos dos usuários; (f) aos direitos e deveres das partes, inclusive no tocante a necessidades futuras de modernização e aperfeiçoamento das instalações; (g) à forma de fiscalização das instalações autorizadas; (h) às garantias contratuais; (i) à responsabilidade do titular da autorização portuária por danos; (j) às hipóteses de extinção; (k) à obrigatoriedade de envio de relatórios periódicos à Secretaria dos Portos, à ANTAQ e às demais autoridades; (l) ao cumprimento de medidas de fiscalização aduaneira; (m) à fiscalização da instalação portuária pelas autoridades setoriais; (n) às penalidades; e (o) ao foro.

Conforme exposto no tópico 3.6, segundo a Lei nº 12.815/2013 os bens atrelados à autorização portuária não reverterão à União ao término da outorga (art. 8º, § 1º). Nesse

---

<sup>248</sup> DI PIETRO, 2014, p. 150-151.

<sup>249</sup> Para André Luis Freire, a estabilidade do vínculo decorreria da natureza vinculada da autorização de serviço público (FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014). Não concordamos com esse entendimento. A discricionariedade no momento da outorga não pode ser invocada para subtrair direitos do particular quando for emitido ato ampliativo. Se o ato declinar prazo certo, a Administração permanecerá obrigada pelo tempo previsto, em razão do princípio da segurança jurídica. Portanto, o prazo de outorga é o único critério seguro para afastar-se a precariedade.

aspecto, a autorização diferencia-se do arrendamento – modalidade de outorga cabível no âmbito do porto organizado, em que a reversão de bens é obrigatória por força do art. 5º, VIII. O afastamento da reversibilidade de bens em relação à autorização não gera qualquer conflito com a Lei nº 8.987/1995. Pela referida lei, a reversão de bens é obrigatória apenas em contratos de concessão (art. 23, X).

A opção pelo afastamento da reversibilidade de bens é coerente com a outorga de autorização, considerando que o autorizatário atuará por sua conta e risco, sem qualquer contrapartida por parte da União e sem garantia de equilíbrio econômico-financeiro. Ademais, a autorização não abrange a cessão onerosa de bem público. Todos os bens empregados no contrato serão adquiridos pelo autorizatário, que estará obrigado a realizar pesados investimentos durante o período de vigência da outorga. Evidentemente esses fatores foram ponderados pelo legislador. Caso fosse prevista a reversão de bens, o regime da autorização portuária seria excessivamente oneroso para o particular.

Ainda de acordo com o art. 8º, § 1º, da Lei nº 12.815/2013, o contrato de adesão não conterá cláusula de reajuste tarifário. O autorizatário atuará em regime de liberdade de preços, sendo atribuição da ANTAQ comunicar os órgãos responsáveis pela tutela da concorrência acerca de eventuais condutas abusivas.<sup>250</sup> A liberdade de preços não exclui o dever do autorizatário de assegurar tratamento isonômico aos usuários dos serviços portuários, o que inclui o acesso em caráter excepcional às instalações portuárias autorizadas, mediante remuneração adequada (art. 3º, V).

O art. 44 da Lei nº 12.815/2013 facultou aos titulares de instalações portuárias autorizadas a contratação de trabalhadores por prazo indeterminado, sujeitos ao regime da CLT. O oneroso regime de contratação de mão de obra avulsa por intermédio do OGMO é obrigatório apenas para os arrendatários.

O autorizatário atua sem vinculação à autoridade responsável pela administração do porto organizado. Já o arrendatário atua sob a fiscalização da autoridade portuária, que tem ingerência sobre diversos assuntos (como, por exemplo, o horário de funcionamento do porto).<sup>251</sup> Além disso, o arrendatário está sujeito a controle tarifário e ao pagamento de prestações mensais às companhias de docas responsáveis pela administração dos portos organizados – obrigações essas inaplicáveis em relação ao autorizatário.

---

<sup>250</sup> Art. 31 e 43, II, da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001).

<sup>251</sup> Ver tópico 3.5.

Como já abordado, a Lei nº 12.815/2013 introduziu uma assimetria proposital entre os regimes de autorização e de arrendamento. A implementação da instalação portuária em área privada demandará pesados investimentos para a construção de um terminal portuário, sem que o autorizatário possa se valer da infraestrutura do porto organizado. Para que tais investimentos sejam economicamente viáveis, é necessário instituir um regime mais brando de forma a possibilitar a entrada de novos operadores por intermédio da autorização.

A lei atual não estabelece qualquer distinção quanto a origem da carga. Os autorizatários podem movimentar carga de terceiros livremente, assim como os arrendatários. Nesse sentido, não mais subsiste a obrigação imposta anteriormente aos autorizatários de movimentar carga preponderantemente própria.<sup>252</sup>

### **6.3 Deveres e direitos do autorizatário**

A partir da leitura conjunta da Lei nº 12.815/2013 e da regulamentação aplicável, é possível extrair um conjunto de deveres e de direitos do autorizatário. O dever inaugural imposto ao titular da outorga é o de promover o início da operação da instalação portuária em até três anos a partir da celebração do contrato de adesão. Tal prazo é prorrogável uma única vez, por igual período (art. 26, § 1º, do Decreto nº 8.033/2013). A finalidade dessa exigência é desestimular comportamentos especulativos. O prazo de três anos parece ser compatível com o vulto e a complexidade envolvidos na implementação de um terminal portuário. Se o terminal não for instalado no referido prazo, a consequência natural será a extinção da autorização, liberando-se a área envolvida para eventuais outros interessados.

O início da instalação portuária dependerá da expedição, pela ANTAQ, do Termo de Liberação da Operação (TLO), segundo o art. 27 da Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ. Competirá à agência, ainda, expedir termo de habilitação da instalação portuária ao tráfego internacional (art. 2º, IV).

A depender de previsão específica no instrumento de chamada ou anúncio público, o autorizatário deverá prestar garantia de execução contratual.<sup>253</sup> A garantia será fixada em até

---

<sup>252</sup> Tal obrigação constava do art. 3º da Resolução ANTAQ nº 1.660/2010 (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2010).

<sup>253</sup> Conforme previsto no art. 5º, XI, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

2% do valor do investimento informado pelo próprio autorizatário.<sup>254</sup> Aqui, novamente a intenção é evitar requerimentos especulativos. Na hipótese mencionada no tópico anterior em que o autorizatário não desse início à operação do terminal portuário no prazo máximo estabelecido (de até 3 anos), além da extinção da autorização, seria possível a execução da garantia contratual.<sup>255</sup>

A Lei nº 12.815/2013 obriga o autorizatário a promover investimentos para a expansão e modernização das instalações portuárias como condição para a manutenção da outorga (art. 8º, II). Tal imposição está em linha com as diretrizes de expansão das instalações portuárias (art. 3º, I) e de estímulo à concorrência (art. 3º, V).

Por outro lado, a Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ limita a possibilidade de expansão das instalações portuárias autorizadas a até 25% da área original (art. 34), desde que previamente aprovada pela SEP (art. 35, II, do Decreto nº 8.033/2013). Também é necessária a anuência prévia da SEP para o aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem de carga, ainda que não haja aumento da área (art. 35, II, do Decreto nº 8.033/2013). Em princípio, o autorizatário não terá direito a alterar o tipo de carga movimentada, salvo se obtiver autorização expressa do “Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos” (art. 35, I, do Decreto nº 8.033/2013). Curiosamente, o autorizatário é obrigado a enviar anualmente à ANTAQ relatórios “para comprovação da expansão e da modernização das instalações portuárias” (art. 24, §4º da Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ).

Os contratos de adesão têm refletido essas previsões regulamentares, cuja legalidade parece ser altamente questionável.<sup>256</sup> Qual o sentido em exigir que o particular cumpra fielmente o cronograma de investimentos declinado em sua proposta e, ao mesmo tempo, criar uma série de percalços regulatórios para a expansão do terminal autorizado?

---

<sup>254</sup> Art. 20, §1º, Resolução nº 3.290/2014, AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2014e.

<sup>255</sup> De forma diversa, Leonardo Ribeiro Coelho entende que a exigência de garantia é incompatível com o regime de autorização, que seria puramente privado. No raciocínio pretendido pelo autor, o autorizatário não seria um contratado e tampouco prestaria serviço público, razão pela qual lhe parece despropositada a exigência de garantia (RIBEIRO, 2014, p. 132-133).

<sup>256</sup> Tome-se como exemplo o Contrato de Adesão nº 018/2014 - SEP/PR, cujo objeto é a construção e exploração, pela empresa Enseada Indústria Naval S.A., de terminal de uso no município de Maragogipe, no Estado da Bahia. Na Cláusula 3ª, Subcláusula Segunda, prevê-se que “a alteração da carga movimentada na Instalação Portuária dependerá de avaliação e aprovação do PODER CONCEDENTE, nos termos da legislação em vigor”. Já na Subcláusula Sexta, está previsto que “o aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem da Instalação Portuária dependerá de prévia aprovação por parte do PODER CONCEDENTE”. Por fim, de acordo com a Subcláusula Sétima, “o aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem da Instalação Portuária dependerá de prévia aprovação por parte do PODER CONCEDENTE, nos termos da legislação em vigor” (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Contrato de adesão nº 018/2014 - SEP/PR, 23 jul. 2014, 2014b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/Pdf/ContratoAdesao/2014/ContratodeAdesao182014.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015).

Aparentemente, a finalidade dessas disposições é permitir ingerência política da SEP nos terminais, eventualmente limitando a sua capacidade de expansão, de forma a manter uma espécie de reserva de mercado em favor dos portos organizados. A pretexto de aplicar corretamente as “diretrizes do planejamento” e as “políticas do setor portuário”, a SEP poderia rejeitar o pedido de expansão de área ou de ampliação da capacidade de movimentação de carga por suposta contrariedade a tais políticas.<sup>257</sup> Trata-se de risco regulatório considerável, que desestimula novos investimentos.

O autorizatário deverá manter as atividades portuárias (art. 8º, § 2º, I). Tal exigência parece ser uma contrapartida ao longo período de outorga, que poderá ser de até 25 anos, prorrogável por iguais períodos.<sup>258</sup> O dever de manutenção da atividade não deve ser compreendido de forma absoluta. A depender das características do terminal autorizado, a movimentação de cargas poderá ser sazonal (por exemplo, em se tratando de terminais voltados ao transporte de grãos). Seria desproporcional concluir pela violação ao dever de continuidade se a operação do terminal fosse reduzida ou interrompida em época de menor demanda. A continuidade deve ser examinada em um período maior (por exemplo, no ano anterior), para que se verifique qual o nível de utilização do terminal tanto pelo titular da outorga como por terceiros. A intenção da lei parece ter sido a de evitar a manutenção da outorga em relação a terminais desativados em caráter definitivo.<sup>259</sup>

Eventual transferência de titularidade da autorização deverá ser previamente autorizada pela SEP, desde que preservadas as condições originais estabelecidas no contrato de adesão (art. 35, I, do Decreto nº 8.033/2013 e art. 30 da Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ). Para a hipótese de alteração do controle, exige-se apenas a comunicação da ANTAQ em até 30 dias a partir do ato que a formalizou (art. 31, §1º, da Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ).

Ao autorizatário estende-se o dever de prestar serviço adequado. Os contratos têm definido serviço adequado como “aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade e modicidade dos preços,

---

<sup>257</sup> Art. 12, § 4º da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

<sup>258</sup> Art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013 (Ibidem).

<sup>259</sup> Os contratos de adesão geralmente obrigam o autorizatário a informar a ocorrência que gere interrupção do serviço no prazo de 30 dias, esclarecendo ainda o prazo previsto para retomada da operação (vide a Cláusula Décima Segunda, III, do Contrato de Adesão nº 04/2013-SEP/PR (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Contrato de adesão nº 04/2013 - SEP/PR, 23 jul. 2014, 2014a. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/Pdf/ContratoAdesao/2013/ContratodeAdesao042013.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.).

durante todo o prazo de vigência contratual.”.<sup>260</sup> A Lei nº 12.815/2013 obriga que todos os contratos de adesão contenham cláusula estipulando metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço.<sup>261</sup> Ocorre que os contratos mais recentes ainda são omissos a respeito das metas específicas a serem atingidas pelo titular da outorga, constando dos instrumentos genericamente que os níveis de serviço serão estabelecidos em “ato normativo a ser expedido pela ANTAQ.”.<sup>262</sup> Aqui, fica clara novamente a omissão das autoridades no que diz respeito ao planejamento setorial e à fiscalização dos serviços portuários.

O autorizatário está obrigado a divulgar em seu sítio eletrônico relação dos serviços e respectivos preços cobrados dos usuários (art. 44 da Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ). Trata-se de importante ferramenta para garantir que os usuários sejam tratados de forma não discriminatória.

Deve ser mencionado, ainda, o dever de assegurar acesso por terceiros às instalações portuárias, “em caráter excepcional” e desde que o titular da autorização seja remunerado adequadamente (art. 13 da Lei nº 12.815/2013). Esse dispositivo visa claramente a otimizar a utilização das instalações portuárias autorizadas, evitando a sua ociosidade, em linha com a diretriz prevista no art. 3º, I. O dever de ceder acesso a terceiros foi regulamentado pela Resolução ANTAQ nº 3.290/2014. Esse tema é examinado com maior profundidade no próximo tópico.

O autorizatário deverá permitir livre acesso por parte das autoridades aduaneiras durante a vigência da outorga (art. 24, § 1º, da Lei nº 12.815/2013), além de observar as normas estabelecidas pelas autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima (art. 30).

Por fim, os contratos de adesão tipicamente trazem alguns deveres de natureza técnico-operacional, dentre os quais mencione-se os seguintes: (i) fixação em local visível de uma placa identificadora da instalação portuária; (ii) envio de relatórios periódicos à ANTAQ informando o estágio da construção da instalação portuária; (iii) integração ao Sistema Permanente para o Acompanhamento dos Preços e Desempenho Operacional dos Serviços Portuários, abastecendo a ANTAQ com informações sobre a natureza, o tipo, a quantidade e o

---

<sup>260</sup> Cláusula Décima Segunda, XVIII (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2014a).

<sup>261</sup> Art. 5º, III e art. 8º, § 1º (BRASIL, 2013b).

<sup>262</sup> É o que consta da Cláusula Quinta do Contrato de Adesão nº 59/2015 da ANTAQ, firmado em 22 de janeiro de 2015 (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Contrato de adesão nº 59/2015 - SEP/PR, 22 jan. 2015, 2015. Disponível em: <[http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/ContratoAdesao/2015/2015\\_CA0059\\_Adaptado.pdf](http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/ContratoAdesao/2015/2015_CA0059_Adaptado.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2015).

peso de carga e passageiros, bem como sobre os procedimentos operacionais, equipamentos e infraestrutura da instalação portuária; (v) adoção de medidas de segurança contra sinistros e para a prevenção de danos ao meio ambiente; (vi) operação do canal de acesso e da bacia de evolução da instalação portuária, divulgando o calado máximo de operação das embarcações, (vii) delimitação da área de alfandegamento, organizando adequadamente o fluxo de cargas e de pessoas; e (viii) observação das exigências da legislação no tocante ao armazenamento de cargas perigosas.<sup>263</sup>

O principal direito assegurado ao autorizatário diz respeito à estabilidade da outorga, que vigorará por até 25 anos, nos termos do art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013. Conforme abordado no tópico 6.2, a outorga de autorização por prazo certo afasta o traço da precariedade apontado pela doutrina tradicional como sendo inerente ao instituto da autorização. Pela Lei nº 12.815/2013, o autorizatário terá direito subjetivo a renovações sucessivas, desde que promova investimentos e mantenha a atividade portuária.<sup>264</sup> De acordo com os contratos de adesão firmados já sob a égide da Lei nº 12.815/2013, o autorizatário deverá manifestar interesse na renovação com 18 meses de antecedência, ocasião em que deverá apresentar proposta para a realização de novos investimentos como condição para a renovação da outorga.<sup>265</sup>

O autorizatário terá direito a contratar mão de obra pelo regime celetista, estando dispensando do oneroso regime de contratação de mão de obra avulsa por intermédio do OGMO (art. 44 da Lei nº 12.815/2013). Além disso, o autorizatário terá liberdade para contratar terceiros sem observância de tetos tarifários, desde que divulgue os valores praticados em seu sítio eletrônico.<sup>266</sup> A liberdade de contratação conferida ao autorizatário inclui o direito de movimentar carga própria ou de terceiros.

Frise-se novamente que o autorizatário não terá direito a pleitear reequilíbrio econômico-financeiro durante a vigência da outorga, mesmo porque não será devida qualquer contraprestação por parte da União. O autorizatário tampouco estará obrigado a realizar

---

<sup>263</sup> Cláusula Décima Terceira do Contrato de Adesão 003/2014/SEP-PR (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2014a).

<sup>264</sup> Art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

<sup>265</sup> É o que está previsto na Cláusula Nona do Contrato de Adesão nº 06/2014 da ANTAQ (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Contrato de adesão nº 04/2014 - SEP/PR, 21 jan. 2014, 2014b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/contratoadesao/2014/contratodeadesao042014.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015).

<sup>266</sup> Art. 44 da Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ (Idem, 2014e) .

pagamentos à União durante a vigência da outorga. Portanto, não haveria sentido em cogitar-se em pleito de reequilíbrio econômico-financeiro.

#### **6.4 O dever de compartilhamento com terceiros**

Um dos dispositivos da Lei nº 12.815/2013 que mais desperta curiosidade é o art. 13, o qual atribui à ANTAQ competência para disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, desde que assegurada remuneração adequada ao titular da autorização.

O dispositivo impõe ao autorizatário o dever de compartilhar o terminal privado com terceiros nas hipóteses delimitadas pela ANTAQ, observado o caráter excepcional desse mecanismo. Atualmente, a regulação da ANTAQ impõe o compartilhamento de terminais privados em duas hipóteses: (i) subutilização do terminal; e (ii) situação emergencial, quando houver risco de perecimento de carga.

Em 17 de outubro de 2014, a ANTAQ editou a Resolução nº 3.707, regulando o dever de compartilhamento da instalação portuária que operar aquém de sua capacidade estática ou dinâmica, sem a devida justificativa operacional (art. 9º, §1º, da Resolução ANTAQ nº 3.707/2014). Para aferir o nível de ociosidade, o interessado poderá solicitar à ANTAQ dados da movimentação de carga pelo terminal visado.<sup>267</sup> Os terminais que estiverem sujeitos à sazonalidade estarão mais expostos a pedidos dessa natureza, especialmente em períodos de baixa demanda. Busca-se com tal mecanismo o máximo aproveitamento da instalação portuária (art. 9º, §2º).

Apesar de a norma não regular o procedimento do pedido de acesso, pressupõe-se que a autoridade competente para dirimir a questão seja a ANTAQ se não houver consenso entre as partes envolvidas. Seria inusitado que o terceiro procedesse à utilização forçada do terminal privado, o que configuraria uma espécie de exercício arbitrário das próprias razões. É grave a omissão da norma ao deixar de instituir um procedimento detalhado para esse inusitado mecanismo.

---

<sup>267</sup> Art. 9º, §6º (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Resolução nº 3.274, 06 fev. 2014, 2014e. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006320.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015).

Caso seja apresentado pedido de acesso por terceiro interessado, recairá sobre o autorizatário o ônus de demonstrar à ANTAQ que a instalação portuária não está operando aquém de sua capacidade dinâmica ou estática.<sup>268</sup> Em qualquer caso, exige-se que o tipo de carga do interessado seja compatível com o terminal visado.<sup>269</sup> Ou seja, se o terminal portuário for especializado na movimentação de carga a granel líquido (p. ex., derivados do petróleo), será indeferido de plano o pedido de acesso destinado à movimentação de carga containerizada, dada a sua incompatibilidade com o perfil do terminal.

A Resolução ANTAQ nº 3.707/2014 não especifica como se dará a remuneração do titular do terminal na hipótese de utilização excepcional por terceiros. De qualquer forma, será aplicável nessa seara o dever de não discriminar usuários, o que significa praticar preços compatíveis com a realidade setorial. Ao arbitrar a remuneração devida ao titular da instalação, a ANTAQ poderá tomar como base terminais de perfil semelhante situados na mesma região geográfica.

O dever de compartilhamento destina-se, ainda, a dirimir situações emergenciais. Essa segunda hipótese foi regulada no art. 28 da Resolução nº 3.290/2014. De acordo com tal dispositivo, a ANTAQ poderá determinar a movimentação ou armazenagem de carga em caso de (i) emergência ou calamidade pública; e (ii) para atender a situação que ponha em risco a distribuição de cargas destinadas ou provenientes do transporte aquaviário.

A resolução não esclarece o que deve ser entendido por “situação que ponha em risco a distribuição de cargas”. Talvez o regulador esteja se referindo à hipótese de congestionamento do porto organizado em que o interessado tiver que se valer de instalação autorizada situada em região próxima para evitar o perecimento de carga. A remuneração do titular do terminal estará limitada ao valor da tarifa aplicada no porto público mais próximo do terminal (art. 28, parágrafo único).

Note-se que o dever de compartilhamento imposto pela Resolução nº 3.707/2014 atua como uma espécie de sanção pela subutilização da instalação portuária. Nessa primeira hipótese, toma-se como parâmetro a situação do terminal. Se o terminal estiver operando abaixo de sua capacidade, o titular será obrigado a movimentar carga de terceiros para evitar a ociosidade do terminal. Já a segunda hipótese, prevista na Resolução nº 3.290/2014, tem em

---

<sup>268</sup> Art. 9º, §4º (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2014e).

<sup>269</sup> Art. 9º, §3º (Ibidem).

mira evitar o perecimento de carga, situação essa que não foi ocasionada pelo titular do terminal, o que no entanto não o isenta do dever de colaborar com terceiros.

O mecanismo assemelha-se a uma servidão, impondo ao titular o dever de suportar temporariamente um gravame que onerará o terminal, afetando temporariamente os direitos de uso e gozo. Não se trata de uma servidão administrativa, pois o bem não será utilizado pela Administração Pública e tampouco pela coletividade, mas tão-somente pelo titular da carga.<sup>270</sup>

Por fim, cabe comentarmos sobre a suposta influência da teoria das instalações essenciais (*essential facilities doctrine*) sobre o dever de compartilhamento de instalações portuárias. Tal teoria foi elaborada nos Estados Unidos por obra da jurisprudência, como é de costume em países da tradição da *common law*. No país de origem, a teoria não está restrita ao campo das *public utilities*, aplicando-se também a bens privados cuja utilização envolva interesse coletivo, com possíveis repercussões concorrenciais.

De acordo com Alexandre Aragão, as bases para aplicação da teoria das instalações essenciais foram ditadas no julgamento do caso MCI vs. AT&T, em que a última empresa de telecomunicação foi obrigada a ceder acesso à sua rede de telefonia fixa, da qual tinha monopólio, para aquela prestar os serviços de telefonia interurbana em concorrência com a própria titular da infraestrutura.<sup>271</sup> No referido caso, a justiça americana fixou os seguintes requisitos para imposição do dever de compartilhamento: (i) recusa arbitrária ao pedido de acesso pelo titular da infraestrutura; (ii) impossibilidade técnica ou econômica de o requerente implementar a sua própria instalação; (iii) viabilidade de acesso à instalação pelo requerente; e (iv) fixação de preço adequado, devendo remunerar o custo de investimento e possibilitar margem de lucro razoável pelo titular da instalação.

De uma forma geral, a teoria das instalações essenciais visa a combater situações de monopólio e de abuso do poder econômico – tanto que entre nós é mais citada por especialistas em direito concorrencial do que por estudiosos do direito administrativo. O direito de acesso previsto na Lei nº 12.815/2013 não parece ter sido informado por preocupações de natureza antitruste. Conforme já comentado, a preocupação principal do legislador é combater a ociosidade das instalações portuárias, de forma a otimizar a sua

---

<sup>270</sup> Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, “servidão administrativa é o direito real que assujeita um bem a suportar uma utilidade pública, por força do qual ficam afetados parcialmente os poderes do proprietário quanto ao seu uso ou gozo. É, pois, o gravame que onera um dado imóvel subjugando-o ao dever de suportar uma conveniência pública, de tal sorte que a utilidade residente no bem pode ser fruída singularmente pela coletividade ou pela Administração” (MELLO, 2014, p. 925).

<sup>271</sup> ARAGÃO, 2005, p. 33.

utilização. Independentemente disso, é inegável que há um interesse público subjacente ao dever de compartilhamento, tendo em vista o caráter estratégico das instalações portuárias para a economia do país, assim como ocorre no caso citado acima que suscitou a aplicação da *essential facilities doctrine*.

Por outro lado, a recusa arbitrária ao pedido de acesso (item “i” acima) como pressuposto para aplicação da teoria das instalações essenciais revela-se presente nas normas que informam o setor portuário brasileiro. Caso a instalação portuária esteja operando aquém de sua capacidade e a carga do terceiro interessado seja compatível com o perfil do terminal, o titular não poderá rejeitar o pedido de compartilhamento – o que equivaleria a uma recusa arbitrária, exatamente como preconiza a *essential facilities doctrine*.

Quanto à impossibilidade técnica ou econômica de o requerente implementar a sua própria instalação (item “ii” acima), note-se que tal requisito não está previsto na legislação portuária. A Resolução ANTAQ nº 3.707/2014 dá a entender que o terceiro interessado fará jus à utilização do terminal alheio sempre que este estiver aquém de sua capacidade. Assim como ocorre na *essential facilities doctrine*, a viabilidade de acesso (item “iii”) também é um pressuposto do pedido de compartilhamento da instalação portuária subutilizada.

Por fim, a fixação de preço adequado para remuneração do titular da infraestrutura (item “iv”) está expressamente prevista no art. 13 da Lei nº 12.815/2013. Nesse aspecto, a principal preocupação da *essential facilities doctrine* é evitar práticas discriminatórias, pelas quais o titular da instalação atenderia apenas aos pedidos mais rentáveis, deixando de atender usuários menos rentáveis (conhecida como *cherry picking* e *cream skimming*). Entre nós, nos referimos à modicidade de preços, e aos deveres de universalidade e tratamento isonômico aos usuários. É importante termos em mente que, no setor portuário, essa preocupação tem caráter secundário, pois praticamente inexistem cargas não rentáveis. Não há no setor portuário a prática de subsídios cruzados, tarifas subsidiadas etc.

Portanto, o dever de compartilhamento de instalações portuárias foi claramente inspirado na *essential facilities doctrine* em alguns aspectos. Não é objetivo deste trabalho sustentar que tal teoria é aplicável ao direito brasileiro. A comparação é realizada apenas para ilustrarmos o que vimos afirmando ao longo do trabalho acerca da feição complexa que os serviços públicos adquiriram na atualidade, o que suscita diálogo com teorias do direito econômico e com a realidade setorial, sendo insuficientes as formulações teóricas mais

tradicionais que preconizavam a prestação do serviço público em caráter monopolístico através de regime uniformizado.

### **6.5 O direito a renovações sucessivas**

A autorização portuária vigorará por 25 anos.<sup>272</sup> Concluímos anteriormente que a outorga por prazo certo afasta o traço da precariedade na relação formada entre a União e a autorizatária, contribuindo para um ambiente jurídico seguro e estável, de forma a atrair investimentos necessários para implementação de novos TUPs. Paradoxalmente, a previsão de prazo certo para a autorização gera alguma insegurança quanto à possibilidade de prorrogação da outorga por períodos sucessivos.

O art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013 condiciona a prorrogação à (i) manutenção da atividade portuária; e (ii) realização de investimentos para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

Em nossa análise, a manutenção da atividade não pode ser interpretada estritamente, como um dever do autorizatário de manter o terminal em operação 24 horas por dia. Trata-se aqui tão-somente de aferir se o autorizatário tem dado a destinação pretendida ao TUP, observada a sazonalidade de determinados tipos de carga.

Quanto ao segundo requisito, cumpre observar que até o momento não foi editado regulamento acerca dos investimentos a serem promovidos pelo autorizatário para a expansão e modernização das instalações. De qualquer forma, o autorizatário estará obrigado a cumprir o cronograma de investimentos declinado no requerimento de autorização apresentado à ANTAQ e aceito pela SEP quando da outorga. Note-se que o art. 8º, § 3º, da Lei nº 12.815/2013 prevê a cassação da autorização na hipótese de o autorizatário deixar de realizar os investimentos “previstos nas autorizações”. Podemos depreender desse dispositivo que o autorizatário terá direito à manutenção da outorga caso realize os investimentos de acordo com a proposta submetida às autoridades portuárias que deram origem à outorga.

É importante examinarmos se o autorizatário terá direito subjetivo ou mera expectativa à renovação da outorga. Nesse aspecto, o legislador diferenciou claramente as autorizações das modalidades aplicáveis no âmbito do porto organizado, quais sejam a

---

<sup>272</sup> Art. 8º, § 2, da Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b).

concessão e o arrendamento. De fato, ao tratar da possibilidade de prorrogação antecipada dos arrendamentos, o art. 57 da Lei nº 12.815/2013 condicionou tal ato ao exame discricionário do Poder Concedente:

Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.<sup>273</sup>

De forma semelhante, o art. 19 do Decreto nº 8.033/2013 prevê que os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até 25 anos, “prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do Poder Concedente”. O racional da norma nos parece claro. Como a concessão e o arrendamento são outorgados no porto organizado, o Poder Concedente deverá examinar se convém a renovação da outorga, a abertura de novas licitações ou mesmo a assunção direta da atividade por entes federais mediante reversão de bens.<sup>274</sup>

A lei não limita as autorizações a uma única renovação e tampouco condiciona a sua renovação ao exame discricionário do Poder Concedente. A manutenção da atividade e a realização de investimentos (previstos no art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013) são requisitos cujo cumprimento depende puramente do autorizatário. Se tais requisitos forem devidamente atendidos, em princípio o autorizatário terá direito subjetivo à renovação da outorga. Seria inviável a assunção direta do TUP pelo Poder Concedente, considerando-se que (i) não há reversão de bens na autorização; e (ii) as atividades são realizadas em áreas privadas.

Apesar de a Lei nº 12.815/2013 não submeter a renovação da autorização ao exame discricionário do Poder Concedente, o risco político-regulatório não pode ser completamente eliminado. Isso porque as autorizações deverão manter compatibilidade com as políticas setoriais (art. 12, § 4º). É possível que ao término do período original da outorga seja iniciada discussão acerca da conveniência de renovação do vínculo frente às políticas setoriais vigentes no respectivo período. Observamos que a lei não fixa o prazo para o autorizatário manifestar interesse na renovação. À míngua de previsão legal, os contratos de adesão têm

---

<sup>273</sup> BRASIL, 2013b.

<sup>274</sup> Tal opção, apesar de contrariar o desenvolvimento do setor nas últimas décadas, não pode ser descartada no plano teórico.

facultado a apresentação de tal pedido com 18 meses de antecedência à expiração do prazo original.<sup>275</sup>

O planejamento do setor portuário ainda é realizado de forma precária. É de se esperar que a situação avance nas próximas décadas, sempre de forma a estimular a implementação de novos TUPs e a expansão dos terminais já em operação. A eventual reformulação da política setorial não poderá limitar o espectro de atuação dos autorizatários de forma injustificada, simplesmente para criar monopólio de atuação em favor dos portos organizados.<sup>276</sup> Eventual iniciativa nesse sentido seria ilegal, comportando controle por parte do Judiciário.

Portanto, a margem de discricionariedade da União em relação à renovação da outorga tende a ser eliminada, desde que o autorizatário cumpra o cronograma de investimentos e mantenha a atividade portuária.<sup>277</sup> Nessas circunstâncias, o autorizatário terá direito subjetivo à renovação do contrato de adesão, conferido pelo art. 8º, § 2º, da Lei nº 12.815/2013.

## 6.6 As hipóteses de extinção da autorização portuária

A Lei nº 12.815/2013 não especifica as hipóteses de extinção da autorização portuária, remetendo a sua fixação ao plano contratual (art. 5º, XIII e art. 8º, § 1º).<sup>278</sup> A questão é tratada na Resolução ANTAQ nº 6.340/2014. O art. 35 da referida resolução prevê a extinção da autorização nas seguintes hipóteses: (i) renúncia; (ii) anulação; ou (iii) cassação. Os contratos de adesão em geral refletem as disposições da Resolução ANTAQ nº 6.340/2014, adicionando a hipótese de extinção em razão da falência da autorizatária.

As hipóteses de extinção em princípio não oferecem maior dificuldade, apesar de a Resolução ANTAQ nº 6.340/2014 utilizar expressões atécnicas. Ao fazer menção a “renúncia”, o regulador certamente quis referir-se a situação em que a extinção do contrato é

---

<sup>275</sup> Vide a Cláusula Nona do Contrato de Adesão nº 003/2014-SEP/PR (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2014a) e a Cláusula Oitava do Contrato nº 004/2014-SEP/PR (Idem, 2014b).

<sup>276</sup> Como já ocorreu no passado.

<sup>277</sup> Salvo se houvesse motivo superveniente para a União apartar-se da política vigente, favorável à atração de investimentos privados por intermédio de autorizações. Não conseguimos vislumbrar nenhuma justificativa válida para tal alteração.

<sup>278</sup> As hipóteses previstas na Lei nº 12.815/2013 (BRASIL, 2013b) não são comparáveis àquelas previstas na Lei nº 8.987/1995 (por exemplo, caducidade e encampação), as quais pressupõem assunção do serviço pelo Poder Concedente (art. 35, § 2º) e a ocupação e utilização de bens reversíveis (art. 35, § 3º), o que não seria viável em relação às autorizações portuárias (Idem, 1995).

realizada a pedido do particular. Nesse caso, entendemos que a União poderia executar a garantia de cumprimento do contrato, fixada em até 2% do valor do investimento declinado no requerimento (art. 20, §1º, da Resolução nº 3.290/2014). A execução da garantia visaria a reprimir atitudes especulativas de empresário que solicitar autorização sem real intenção de implementar o terminal.

Está prevista, ainda, a cassação da autorização em decorrência do descumprimento de condições da outorga (por exemplo, se o autorizatário deixar de iniciar a operação do TUP em até três anos a partir da celebração do contrato de adesão, conforme exigido no art. 26, § 1º, do Decreto nº 8.033/2013). Aqui, entendemos que também seria cabível a execução da garantia. Por fim, a anulação teria lugar se fosse detectado vício insanável no procedimento de outorga ou no contrato de adesão. Nessa hipótese, a garantia deverá ser restituída, desde que o autorizatário não haja dado causa à nulidade.

A Resolução ANTAQ nº 6.340/2014 não prevê a assunção da atividade pela União – o que de qualquer forma seria descabido, pois não há reversão de bens no regime de autorização. Ademais, como já mencionado, a atividade é exercida em terreno privado, o que inviabiliza qualquer medida análoga à encampação. Tampouco está prevista a extinção por motivo de interesse público no curso do contrato. Isso significa que o exame de compatibilidade com as políticas setoriais (art. 12, § 4º, da Lei nº 12.815/2013) deverá ser realizado apenas no momento da outorga; e nunca no curso do contrato de adesão, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Questão mais delicada diz respeito a eventual direito à indenização no caso de rescisão antecipada do contrato nas hipóteses de (i) anulação e; (ii) extinção por motivo de interesse público (ainda que sem previsão legal específica).

Suponha-se que, em qualquer das hipóteses, o autorizatário não tenha dado causa à rescisão. Alguns poderiam entender que o autorizatário não terá direito a indenização em tais casos, por não estar prevista a reversão de bens e tampouco a assunção da atividade pela União. Discordamos desse entendimento. Ainda que os bens não revertam à União, o autorizatário terá direito a ser indenizado por danos decorrentes da extinção antecipada do contrato. Esse entendimento é corroborado pelo art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, o qual obriga a Administração a indenizar o particular por prejuízos regularmente comprovados, desde que o contratado não haja dado causa à nulidade. É importante levarmos em conta, ainda, que pelo artigo 402 do Código Civil, o dever de indenizar abrangerá tanto o

dano emergente quanto o lucro cessante. A mesma conclusão é aplicável à extinção por motivo de interesse público, alheio à atuação do particular.

Mesmo seguindo com a propriedade dos bens utilizados no TUP, o autorizatário sofreria prejuízos vultosos caso a outorga fosse extinta antes do prazo previsto, tendo em vista a (i) desmobilização de pessoal alocado ao terminal (custo trabalhista); (ii) rescisão de contratos com terceiros (para movimentação de carga e para prestação de serviços); e (iii) necessidade de remanejamento da cadeia logística para escoamento da carga etc. Portanto, a circunstância de os bens não reverterem à União não inviabiliza eventual pleito de indenização por parte do autorizatário.

O pedido de indenização será incabível se o autorizatário der causa à cassação ou à anulação da outorga. A única exceção reside na hipótese de os bens passarem ao domínio da União – o que sequer está previsto em lei. Note-se que, nessa situação, o pedido de indenização decorreria da reversão dos bens.

## 7 ASSIMETRIAS REGULATÓRIAS ENTRE ARRENDATÁRIOS E AUTORIZATÁRIOS

### 7.1 As controvérsias suscitadas por associação de empresas com atuação em terminais públicos

A principal transformação ocorrida no setor portuário nos últimos vinte anos foi a possibilidade de operadores privados movimentarem carga, função que anteriormente era exercida apenas por companhias de docas. Com isso, operou-se a desverticalização dos portos organizados, isto é, a separação entre (i) a gestão da infraestrutura (pelas companhias de docas); e (ii) a exploração da superestrutura (por particulares). Além disso, houve maior estímulo à outorga de autorizações em áreas privadas.

A Lei nº 8.630/1993 previa duas espécies de instalações portuárias: (i) de uso público, restrita aos portos organizados;<sup>279</sup> e (ii) de uso privativo.<sup>280</sup> A segunda espécie compreendia as modalidades de uso exclusivo (para movimentação de carga própria) e de uso misto (para movimentação de carga própria e de terceiros).<sup>281</sup>

Despertou grande interesse a instalação privativa de uso misto, dado o seu potencial para competir diretamente com as instalações de uso público pela movimentação de carga de terceiros. O legislador lançou mão de regimes assimétricos para fomentar a entrada de novos operadores (sob o regime de autorização), bem como para viabilizar a competição entre tais operadores e os titulares de terminais públicos.<sup>282</sup> Dessa forma, os autorizatários foram dispensados de alguns encargos regulatórios incidentes sobre os terminais públicos.

Poucos anos após a entrada em vigor da Lei nº 8.630/1993, foram realizadas diversas licitações para outorga de arrendamentos em relação a áreas localizadas em portos organizados. Todos os certames tomaram como critério de julgamento o maior valor de outorga. As licitações atraíram empresas especializadas na movimentação de contêineres,

---

<sup>279</sup> Art. 4º, § 2º, I; § 3º (BRASIL, 1993)..

<sup>280</sup> Ao contrato da norma atual, a Lei nº 8.630/1993 não exigia que o titular do terminal de uso privativo tivesse o domínio da área abrangida no requerimento de autorização. A imperfeição do diploma anterior permitiu outorgas dessa natureza em relação a áreas situadas no porto organizado. Essa situação peculiar é examinada no próximo Capítulo.

<sup>281</sup> Art. 4º, § 2º, alíneas “a” e “b” (Ibidem).

<sup>282</sup> Conforme abordado no item 4.5. deste trabalho.

interessadas em ofertar serviços a terceiros a partir da infraestrutura e rede logística integrada do porto organizado.

A circunstância de os arrendatários terem arcado com elevados valores de outorga não os impediu de realizar investimentos relevantes para melhoria dos portos públicos, especialmente no período inicial de vigência dos contratos de arrendamento. Porém, com o passar dos anos, o ritmo dos investimentos diminuiu, o que se explica (i) pela reduzida capacidade de fiscalização das autoridades portuárias; e (ii) pelo desinteresse dos arrendatários em ampliar o nível de oferta dos serviços aos usuários.

Os arrendatários tinham expectativa de que fosse ser mantida uma reserva de mercado em favor dos portos públicos ao menos durante a vigência dos arrendamentos (e respectivos períodos de prorrogação). Apesar de confortável para os arrendatários, o *status quo* representava uma ameaça ao desenvolvimento do setor portuário, dada a estagnação dos investimentos e as escassas oportunidades para entrada de novos operadores. Na prática, o que se viu foi a substituição do monopólio das companhias de docas por oligopólios empresariais, que se mostraram muito incomodados com a expansão dos terminais privativos de uso misto, especialmente a partir dos anos 2000.

Após intensa articulação das empresas de movimentação de contêineres, foram editados atos infralegais estabelecendo restrições à movimentação de carga de terceiros pelos terminais privativos de uso misto. Nesse sentido, a Resolução ANTAQ nº 517/2005 exigia que a quantidade de carga própria movimentada pelo titular de autorização de uso misto fosse suficiente para justificar a implantação do terminal privativo. Já o Decreto nº 6.620/2008 previa que a movimentação de carga de terceiros deveria ocorrer em “caráter subsidiário e eventual” (art. 35, II).

Ocorre que a ANTAQ não tinha capacidade para fiscalizar o efetivo cumprimento das restrições aplicáveis aos terminais de uso misto. Ironicamente, os arrendatários – que na prática atuam livremente nos portos organizados, muitas vezes se beneficiando de relações impróprias com as companhias de docas – passaram a pedir intervenção mais incisiva pela ANTAQ para dificultar ao máximo a entrada de novos operadores no setor.

Nesse contexto, diversas frentes de questionamento foram iniciadas por empresas arrendatárias, representadas pela Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público (ABRATEC). Tal associação argumentava que os autorizatários de instalações privativas exerceriam atividade econômica em sentido estrito, e não serviço público. Sendo

assim, os autorizatários somente poderiam oferecer seus serviços a terceiros em caráter excepcional, para suprir a eventual insuficiência de instalações públicas.

Ainda de acordo com a ABRATEC, as autoridades teriam sido omissas quanto ao cumprimento das exigências estabelecidas na Resolução ANTAQ nº 517/2005 e no Decreto nº 6.620/2008. Na prática, os terminais de uso misto estariam movimentando carga de terceiros livremente (sem qualquer demanda por carga própria), o que geraria competição predatória, em última análise tendente a inviabilizar a prestação de serviço público no âmbito dos portos organizados.

Tais questionamentos foram levados ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 929 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 139. O STF não chegou a apreciar o mérito dessas ações, o que à toda evidência parece improvável tendo em vista a revogação da Lei nº 8.630/1993.

A ABRATEC também levou o assunto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) através do Ato de Concentração nº 08012.007452/200931, tratando da aquisição societária de uma *holding* cujo objeto era a exploração de terminal portuário privativo de uso misto no porto de Santos. Como a empresa-alvo era controladora por uma *trading*, restaria claro o propósito de exploração do terminal de uso misto para movimentação exclusiva de carga de terceiros, o que seria vedado pela regulamentação que vigorava à época. Argumentou-se que a atuação dos terminais de uso misto geraria concorrência predatória, em decorrência dos seguintes fatores:

(i) o arrendatário submete-se a licitação pública, ofertando pagamento pela outorga; já os autorizatários celebrariam o contrato sem prévia licitação, além de receberem a outorga a título gratuito;

(ii) o arrendamento está previsto para vigorar por 25 anos, enquanto que as autorizações seriam outorgas por prazo indeterminado. Tal assimetria conferiria aos autorizatários maior prazo para amortização de investimentos;

(iii) a obrigatoriedade de contratação de mão de obra pelo OGMO geraria custos adicionais aos arrendatários, desequilibrando a concorrência;

(iv) em decorrência do dever de universalização, os terminais públicos estariam obrigados a movimentar cargas menos rentáveis, ao contrário dos autorizatários, que poderiam selecionar apenas cargas lucrativas. A sujeição aos demais deveres inerentes ao

regime de serviço público (continuidade, modicidade tarifária etc.) também geraria custos adicionais significativos aos arrendatários; e

(v) ao contrário dos autorizatários, os arrendatários estão sujeitos ao pagamento de taxas portuárias, as quais são revertidas em melhorias na infraestrutura do porto organizado.

O CADE rejeitou os argumentos desenvolvidos pela ABRATEC. Com relação à necessidade de pagamento pela outorga (item “i”), consideraram-se justificáveis os respectivos custos tendo em vista que os arrendatários atuam no porto organizando, contando com bens públicos previamente disponibilizados. Já os terminais privados demandam elevados valores iniciais, tendo em vista que são construídos do zero, o que torna desaconselhável a cobrança pela outorga.

Ainda de acordo com o CADE, apesar de os arrendamentos serem outorgados por 25 anos (item “ii”), é grande a possibilidade de renovação (ao menos em relação ao contratos firmados sob a égide da Lei nº 8.630/1993, que preveem tal possibilidade). Caso os contratos de arrendamento sejam renovados, praticamente desaparecem as diferenças em relação à autorização (sujeita a renovações sucessivas). Em ambos os casos, o longo período de vigência das outorgas seria mais do que suficiente para possibilitar a amortização dos investimentos.

Quanto à obrigatoriedade de contratação de mão de obra pelo OGMO (item “iii”), o CADE descartou a possibilidade de tal ônus ser estendido aos operadores de terminais privados. Como a contratação de mão de obra avulsa por intermédio do OGMO tem se provado ineficiente, o único caminho viável é incentivar que os arrendatários sejam desonerados desse encargo. Considerou-se que seria prejudicial ao setor portuário como um todo obrigar os autorizatários a incorporar tal mecanismo.

Talvez o trecho mais interessante da decisão do CADE seja o que examinou os impactos decorrentes da aplicação de deveres próprios do regime público aos arrendatários (item “iv”). Segundo a agência, a incidência dos deveres de universalização, continuidade, eficiência e modicidade tarifária em relação aos arrendatários não gera efeitos práticos palpáveis. Isso porque, diferentemente do que ocorre em relação a outros serviços públicos (como energia elétrica e transporte coletivo), não há demandas deficitárias no setor portuário, já que todas as cargas são rentáveis. Em vez de proteger o regime de serviço público, a eliminação da concorrência no setor portuário serviria apenas para ampliar o lucro dos operadores de terminais públicos. Por fim, em relação ao inadimplemento de taxas portuárias

(item “v”), apontou-se a inexistência de situações concretas em que autorizatários tenham se beneficiado indevidamente da infraestrutura do porto organizado, sem pagar as correspondentes taxas.

Na conclusão do CADE, ainda que as assimetrias de regimes pudessem gerar custos adicionais aos arrendatários – o que não foi comprovado pela associação denunciante –, a solução passaria pela adoção de medidas corretivas, destinadas à preservação da concorrência.<sup>283</sup> A decisão em comento incentiva a concorrência entre operadores de terminais públicos e privados como mecanismo destinado a ampliar a eficiência do serviço público, contribuindo para a modificidade tarifária e eficácia de direitos dos usuários.

O Tribunal de Contas da União adotou posição semelhante em decisão proferida em 6.3.2013 nos autos do TC 015.916/2009-0.<sup>284</sup> De acordo com o TCU, a ABRATEC não teria comprovado a existência de competição predatória entre terminais públicos e privados.

## 7.2 O exame da questão sob a ótica da Lei nº 12.815/2013

Sob a lei atual, os autorizatários têm liberdade para movimentar qualquer espécie de carga, independentemente de sua origem (se própria ou de terceiros). A possibilidade de terminais públicos (arrendatários) competirem com terminais privados (autorizatários) pela movimentação de carga de terceiros acirra o debate em torno das assimetrias entre os respectivos regimes.

Há quem defenda que a movimentação de carga de terceiros por autorizatários é inconstitucional. Na opinião de Marçal Justen Filho, a atuação dos terminais privados gera concorrência assimétrica, podendo em última análise ocasionar a “destruição do serviço público”.<sup>285</sup> Discordamos frontalmente da visão proposta por Justen Filho, a qual parte de uma suposta uniformidade do regime de serviço público, premissa que é insustentável no atual estágio evolutivo, conforme tivemos a oportunidade de demonstrar no capítulo 4.

---

<sup>283</sup> Por exemplo, desobrigar os arrendatários do regime obrigatório de contratação de mão de obra avulsa por intermédio do OGMO.

<sup>284</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 402/2013, relatado pelo Min. Aroldo Cedraz, 06 mar. 2013. *LexML*: Rede de Informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn:urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2013-03-06;402>>. Acesso em: 05 out. 2015.

<sup>285</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A constituição e os portos públicos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 14, abr. 2008, Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=14&artigo=797>>. Acesso em: 05 out. 2015.

Defende-se que a licitação seria o único procedimento adequado para a escolha de interessados em ofertar os serviços portuários a terceiros, na forma do art. 175, *caput*, da Constituição. Na visão de Justen Filho, esse requisito seria atendido apenas pelos arrendatários, sujeitos ao pagamento de expressivos valores de outorga à União.

O argumento é equivocado. Os pedidos de autorização são examinados em procedimentos de chamada ou anúncio público (ver capítulo 5) para que seja verificada a sua compatibilidade com as políticas setoriais, bem como a viabilidade locacional.<sup>286</sup> Como os terminais de uso privado são implementados em propriedades privadas, é natural que as autorizações sejam outorgadas mediante inexigibilidade de licitação. Na improvável hipótese de os pedidos serem conflitantes entre si, a Lei nº 12.815/2013 determina a instauração de processo seletivo público para comparação dos requerimentos de autorização, mecanismo esse que é análogo a uma licitação tradicional. A inexigibilidade de licitação é compatível com o perfil natural das autorizações portuárias, que são outorgas relativas a áreas privadas. Portanto, o argumento simplista, calcado em interpretação isolada do art. 175 da Constituição, não subsiste.

Justen Filho afirma que a expansão das instalações privadas ensejaria risco de desorganização do setor portuário, uma vez que tais instalações se sujeitam ao controle da União Federal. Esse argumento é improcedente. A Lei nº 12.815/2013 prevê amplo controle sobre as autorizações portuárias, exercido pela Secretaria Especial de Portos e pela ANTAQ. Por se tratar de serviço público, todas as instalações são submetidas ao planejamento determinante da União, inclusive os terminais de uso privado. É importante considerarmos, ainda, que o autorizatário firma um contrato com a União, no qual são estabelecidas as obrigações a serem cumpridas na vigência da outorga, sujeitas à constante fiscalização do Poder Concedente.

Há, ainda, a afirmação de que os autorizatários estariam desincumbidos de obrigações típicas do regime de serviço público, como os deveres de continuidade, universalidade, modicidade tarifária e isonomia entre usuários. A tese é improcedente. O art. 8º, § 2º, I, da Lei nº 12.815/2013 impõe a continuidade dos serviços como condição de vigência da autorização (art. 8º, § 2º, I), tal qual ocorre em relação ao arrendamento.

Os titulares de terminais privados estão obrigados a assegurar tratamento igualitário aos usuários dos serviços, permitindo amplo acesso às instalações portuárias. A respeito da

---

<sup>286</sup> Isto é, possibilidade de implementação do terminal sem inviabilizar outros terminais em áreas vizinhas.

modicidade tarifária, deve ser ressaltado novamente que não há demandas deficitárias no setor portuário, razão pela qual é periférico o papel exercido pela regulação tarifária nessa seara. Espera-se que a redução dos valores cobrados pela movimentação portuária seja resultado do aumento da competição (com a redução de barreiras para entrada de novos operadores e combate aos oligopólios empresariais que atuam nos portos organizados). A partir do aumento da competição entre os operadores portuários, visa-se a ampliar a oferta e a qualidade do serviço, beneficiando-se em última análise o usuário.

Parece-nos obsoleto argumentar pela prevalência de um único regime de prestação que seria “verdadeiramente” público, qual seja o que vigora no âmbito do porto organizado. Com isso, ignoram-se os benefícios da concorrência no serviço público, a qual passa a ser enxergada como uma espécie de ameaça ao “tradicional” regime de serviço público.

Conforme tivemos a oportunidade de expor no tópico 2.5, essa visão é oriunda da década de sessenta, quando o país atingiu o ápice da estatização. Naquela época, vigorava o Decreto-Lei nº 5/1966, o qual permitia a implementação de instalações portuárias para uso privativo, desde que “a exploração se faça para o uso próprio”. Somente em caráter excepcional, “quando ocorrer congestionamento nas instalações dos portos organizados” (art. 32, § 5º), é que se permitia que as instalações portuárias privativas movimentassem carga de terceiros.

Com muita surpresa, constatamos que esse é exatamente o modelo pretendido por Justen Filho nos dias atuais. O referido autor admite apenas terminais particulares voltados à movimentação de carga do próprio titular, “hipótese em que não existe serviço público propriamente, mas exclusivamente satisfação do interesse privado”. A movimentação de carga de terceiros nesses terminais deveria ocorrer apenas residualmente, “quando existir situação de ociosidade”.<sup>287</sup>

A nós, parece que reinstaurar o Decreto-Lei nº 5/1966 na ordem jurídica seria um retrocesso. O fracasso desse modelo já foi comprovado historicamente. O antídoto contra a saturação do modelo estatizante foi a reintrodução do arrendamento, de forma que empresas particulares passassem a atuar na movimentação de carga. Ironicamente, esse mesmo grupo de empresas que se beneficiou do processo de modernização introduzido na década de noventa luta agora contra a expansão da concorrência, tentando se afirmar como uma espécie de “concessionário exclusivo” do serviço portuário – o que é vedado pelo art. 16 da Lei nº 8.987/1995.

---

<sup>287</sup> JUSTEN FILHO, 2008.

A referida argumentação – deduzida com a “roupagem do serviço público” – esconde interesses meramente corporativistas dos operadores de contêineres que atuam nos terminais públicos. É natural que tais operadores fiquem receosos com o aumento da competição e ajam para preservar seu nicho de mercado. Porém, é descabido que essa discussão se dê no plano do serviço público, com a invocação de argumentos alarmistas (como o que profetiza pela “destruição” do serviço público).

A concorrência entre operadores deve ser examinada sob o prisma estritamente concorrencial. O que se discute em verdade é se os encargos suportados pelos arrendatários geram custos adicionais relevantes, a ponto de configurar concorrência predatória.

Há justificativa plausível para as diferenças entre os regimes de autorização e arrendamento. De acordo com Carlos Ari Sundfeld e Jacintho de Arruda Câmara, a assimetria de regimes “é decorrência natural da assimetria fática. Não se pode tratar igualmente os desiguais”.<sup>288</sup> Em outras palavras, é perfeitamente válido instituir regime mais oneroso para prestadores que utilizam bens públicos em suas atividades. Coerentemente, foi previsto regime mais brando para entrada de operadores de terminais privados, a serem custeados integralmente por capital e bens privados, sem qualquer ônus para a União Federal. Não haveria sentido na equiparação de regimes, considerando que os operadores sujeitam-se a situações fáticas distintas.

Os fatores que no entender dos operadores de terminais públicos gerariam competição desleal foram rejeitados pelo CADE. Conforme expusemos no tópico anterior, a agência entendeu que a concorrência entre operadores é salutar para o setor de portos. Eventuais imperfeições do regime de arrendamento (como a obrigatoriedade de contratação de mão de obra por intermédio dos OGMOs) devem ser eliminadas de tal regime, e não incorporadas pelos operadores de terminais privados. Na conclusão do CADE, os encargos inerentes ao

---

<sup>288</sup> Segundo Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara a assimetria introduzida pela Lei nº 8.630/1993 tinha por justificativa a diferença de situação fática entre os operadores de instalações portuárias públicas e os operadores de instalações privadas: “Ademais, a distinção jurídica tem base em fundamental diferença de situação fática. Os terminais públicos explorados por arrendatários são bens públicos, em imóveis de propriedade estatal. Os arrendatários os utilizam para sua atuação econômica lucrativa. O Estado arrendante os sujeita, muito naturalmente, aos encargos correspondentes à vantagem de que desfrutam: usar bem público em atividade lucrativa. Já os terminais privados são bens privados, em imóvel sob domínio privado. Embora se sujeitem a regulação, obviamente ela não pode ser a mesma dos terminais públicos. A assimetria regulatória, portanto, é decorrência natural da assimetria fática. Não se pode tratar igualmente os desiguais” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 10, nº 3, jan/mar. 2012).

regime de arrendamento são equalizados pelas vantagens usufruídas pelos operadores, que contam com ativos públicos preexistentes.

Não há nenhuma evidência de que a situação considerada pelo CADE teria se alterado a partir da promulgação da Lei nº 12.815/2013, a ponto de gerar competição predatória, tendente à eliminação dos terminais públicos.

De acordo com o Anuário Estatístico Aquaviário, divulgado pela ANTAQ em abril de 2015, a proporção entre a carga movimentada nos portos públicos e nos portos privados manteve-se praticamente inalterada na última década. Em 2014, os terminais públicos movimentaram 349 toneladas de carga, enquanto que os terminais privados movimentaram 621 toneladas. Uma década antes, em 2004, os terminais públicos haviam movimentado 228 toneladas de carga (36%); os terminais privados movimentaram 392 toneladas, equivalentes a 64% da carga movimentada naquele ano.

O estudo realizado pela ANTAQ revela que ambas as modalidades de terminal público têm se beneficiado do crescimento gradual da movimentação de carga portuária no país, competindo em igualdade de condições pelo referido mercado. Se houvesse concorrência predatória, certamente a participação dos terminais públicos sobre o total de carga movimentada teria caído, o que não se verifica de acordo com dados coletados pela ANTAQ.

### **7.3 Autorizações outorgadas sob o regime anterior em áreas de portos organizados**

Conforme abordado no tópico 3.3. acima, a Lei nº 12.815/2013 é bastante clara ao diferenciar o arrendamento e a concessão da autorização portuária. As duas primeiras modalidades de outorga são aplicáveis em áreas situadas no porto organizado. Já a autorização portuária é cabível em relação a áreas situadas fora da poligonal do porto organizado (art. 2º, II, da Lei nº 12.815/2013). Pela referida lei, o instrumento de outorga pode ser identificado a partir de um critério geográfico e, portanto, peremptório.

A Lei nº 8.630/1993 – revogada pela norma atual – gerava insegurança jurídica ao permitir a outorga de autorizações também em áreas situadas no porto organizado, desde que o interessado fosse titular do domínio útil do terreno.<sup>289</sup> Não havia um critério claro para a

---

<sup>289</sup> Art. 4º, II, da Lei nº 8.630/1993 (BRASIL, 1993).

eleição do instrumento adequado no âmbito dos portos organizados. Portanto, uma das contribuições da Lei nº 12.815/2013 foi encontrar uma solução adequada para as autorizações requeridas sob o regime anterior em relação a áreas situadas no porto organizado.

A edição de normas em setores de infraestrutura é sempre uma tarefa delicada, devendo ser resultado de ponderação entre os diversos direitos e posições jurídicas envolvidas. Rupturas radicais geram desconfiança do setor privado e tendem a desestimular novos investimentos, o que contrariaria a diretriz prevista no art. 3º, V, da Lei nº 12.815/2013. O cenário enfrentado pelo país na época atual é autoexplicativo quanto ao insucesso de medidas dessa natureza, indicativas de baixo nível de desenvolvimento institucional.

Ao tratar das autorizações requeridas sob o regime anterior em relação a áreas situadas no porto organizado, a Lei nº 12.815/2013 permite a continuidade das respectivas atividades, desde que (i) o pedido tenha sido protocolado na ANTAQ até dezembro de 2012;<sup>290</sup> e (ii) o interessado tenha comprovado até a referida data ter o domínio útil sobre a área abrangida no pedido de autorização. Nesses casos, será necessário promover a adaptação das autorizações ao modelo atual, de acordo com o art. 59 da Lei nº 12.815/2013. O art. 38 da Resolução nº 6.340/2014 prevê que tal adaptação será realizada independentemente de anúncio, chamada ou processo seletivo público.

A Lei nº 12.815/2013 reconhece que a outorga de autorização em áreas de porto organizado gerava uma distorção – tanto que proibiu novas outorgas dessa natureza. Por outro lado, a norma preserva as outorgas anteriores, que originaram situações de fato consolidadas. O legislador considerou que a abrupta extinção da outorga violaria o princípio da segurança jurídica, pois inviabilizaria pedidos formulados em consonância com as normas até então vigentes. Tal solução extremista poderia comprometer investimentos vultosos realizados sob o manto da boa-fé, considerando-se que a autorização para outorga de áreas situadas no porto organizado era cabível sob o regime anterior.

Certamente o legislador também levou em consideração que, apesar de existentes, as assimetrias regulatórias entre terminais públicos e TUPs não são significativas a ponto de gerar concorrência desleal e predatória, ao contrário do que é alardeado por instituições que representam o interesse de arrendatários. Determinar a desinstalação de terminais privados em decorrência de tais assimetrias – que, ao que tudo indica, são de importância secundária – soa desproporcional.

---

<sup>290</sup> Quando ocorreu a aprovação da Medida Provisória nº 595/2012, que deu origem à Lei nº 12.815/2013.

Tendo ponderado tais situações, o legislador decidiu pela incorporação das autorizações aos portos organizados, desde que adaptadas ao regime atual. Tanto que, ao disciplinar a edição de decreto delimitando a área do porto organizado, o art. 15, parágrafo único, prevê sejam consideradas todas as instalações portuárias existentes – o que inclui terminais autorizados.

A despeito de ter optado corretamente pela preservação das autorizações, o legislador perdeu a chance de impor a cobrança de valor de outorga aos autorizatários em contrapartida à utilização do porto organizado (bem público). No entanto, a disparidade de tratamento não chega a invalidar tais outorgas, em nossa análise, pelos motivos expostos anteriormente.

A continuidade de autorizações outorgadas em área de porto organizado, desde que atendidos os requisitos fixados na Lei nº 12.815/2013, poderia ser conciliada com a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento (desde que comprovada a sua real pertinência).

Exemplificativamente, mencionem-se as seguintes medidas de compensação a serem adotadas em favor dos arrendatários: (i) redução (ou eliminação) das prestações mensais devidas às companhias de docas; (ii) extensão do prazo contratual; e (iii) extinção da obrigatoriedade do oneroso regime de contratação de mão de obra avulsa através dos OGMOs. Outra forma de corrigir as assimetrias entre operadores situados no mesmo porto organizado seria obrigar os autorizatários ao pagamento de prestações mensais à concessionária ou, alternativamente, ampliar os respectivos deveres de investimento.

Eventuais assimetrias entre autorizatários e arrendatários situados no mesmo porto público devem ser equacionadas a partir de medidas tendentes à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, desde que as partes prejudicadas comprovem prejuízos daí decorrentes. A Lei nº 12.815/2013 descarta soluções arbitrárias, pugnando pela manutenção de outorgas pleiteadas de acordo com as regras vigentes no momento da apresentação do pedido.

Por outro lado, conforme observa Cesar Augusto Guimarães Pereira, a Lei nº 12.815/2013 “não se presta a regularizar situações irregulares”.<sup>291</sup> Autorizatários que não detinham sequer o domínio útil sobre a área operada no porto organizado no momento em que

---

<sup>291</sup> PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. A adaptação de instalações portuárias na área do porto organizado: limites e finalidades. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 78, ago. 2013. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=78&artigo=1059&l=pt>>. Acesso em: 24 out. 2015.

o pedido foi formulado não poderão ter suas situações regularizadas. Nesses casos, as respectivas áreas deverão ser licitadas com vistas à celebração de contratos de arrendamento.

Tampouco poderão ser beneficiados os operadores situados no porto organizado que não chegaram a formalizar pedidos de autorização até dezembro de 2012.<sup>292</sup> Observe-se que os interessados que se enquadrarem em tal situação não teriam direito à autorização sequer sob a norma anterior, razão pela qual não podem ser beneficiados pelo regime de transição previsto na Lei nº 12.815/2013.

---

<sup>292</sup>Os motivos pelos quais alguns operadores deixaram de formalizar os pedidos de autorização sob a vigência da lei anterior variam caso a caso, englobando desde simples inércia até a ausência de domínio útil da área abrangida pelo terminal privado (por exemplo, por não ter sido expedida certidão de aforamento de terrenos da Marinha, na forma do Decreto-Lei nº 3.438/1941).

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 12.815/2013 traz contribuições importantes para o desenvolvimento do setor portuário. A principal delas é permitir que autorizatários movimentem carga de terceiros sem qualquer espécie de restrição.<sup>293</sup> Com isso, visa-se a atrair novos investimentos em terminais de uso privado para que seja ampliado o nível de oferta dos serviços.

Assim como a revogada Lei nº 8.630/1993, a norma atual aposta na concorrência entre terminais públicos e privados a partir de regimes assimétricos. Tal técnica legislativa tem como objetivo ampliar a eficiência dos operadores, de forma a reduzir os custos na cadeia logística e melhorar a competitividade do país no contexto do comércio internacional.

Certamente o legislador tomou como referência o julgamento realizado pelo CADE sob o regime anterior. A referida agência decidiu que não há competição predatória entre terminais públicos e terminais privados. Essa conclusão é reforçada pelos números atuais do setor, a revelar que ambas as modalidades têm angariado novos investimentos em proporção semelhante ao que ocorria há uma década. Dessa forma, a coexistência dos regimes de arrendamento e autorização pode ser considerada uma experiência bem-sucedida. A Lei nº 12.815/2013 andou bem ao manter a assimetria de regimes, estimulando a concorrência entre operadores (art. 3º, V).

Outro ponto forte da nova lei é distinguir claramente entre os regimes de outorga aplicáveis. Sob a norma atual, a concessão compreende a gestão do porto organizado. O arrendamento envolve a cessão onerosa de área e de bem públicos localizados no porto organizado. Por fim, a autorização é o instrumento de outorga cabível em relação a áreas privadas, situadas fora do porto organizado. Portanto, a partir da posição geográfica da área em questão, é possível identificar o instrumento cabível, certeza essa que não existia no regime anterior.

É salutar a regra de transição aplicável a autorizações relativas a áreas situadas no porto organizado. A Lei nº 12.815/2013 prevê a manutenção de tais outorgas, desde que os pedidos tenham sido formulados em consonância com as regras até então vigentes. A previsão nos parece pertinente, pois privilegia o princípio da segurança jurídica. Apenas as outorgas que já eram irregulares sob a norma anterior é que deverão ser extintas.

---

<sup>293</sup> A Lei nº 12.815/2013 eliminou as restrições regulatórias que pendiam sobre essa modalidade de terminal, como a exigência de preponderância de carga própria.

O procedimento de chamada pública também é uma inovação importante, na medida em que atribui transparência ao ato de outorga, permitindo a manifestação de outros eventuais interessados em implementar terminais na mesma região geográfica. Para mitigar o risco de paralisação das outorgas, a lei reservou o processo seletivo público a hipóteses excepcionais, quando os interesses envolvidos forem incompatíveis. Também nos parece acertada a exigência de garantia de proposta tanto na fase de chamada pública como na de execução contratual, o que visa a desestimular requerimentos especulativos.

A Lei nº 12.815/2013 previu prazo certo para as autorizações portuárias, as quais vigorarão por até 25 anos, prorrogáveis por períodos sucessivos desde que o particular promova os investimentos necessários (art. 8º, § 2º, I e II). Tal previsão visa a conferir estabilidade ao vínculo contratual formado entre a União e o autorizatário, possibilitando a formação de um ambiente jurídico seguro para a realização de vultosos investimentos.

Por outro lado, há aspectos criticáveis em relação à Lei nº 12.815/2013. A sujeição da outorga a fatores políticos (art. 12, *caput*) gera desconfiança, agravada pelo fato de o poder decisório estar concentrado na Secretaria Especial de Portos, órgão vinculado diretamente à cúpula do Poder Executivo. Esse risco é de certa forma mitigado pelo fato de não se ter notícia da rejeição de requerimentos de autorização, passados dois anos desde a entrada em vigor da referida norma.

Também gera incerteza a sujeição dos autorizatários ao dever de conceder acesso a qualquer interessado, “em caráter excepcional”, aos terminais privados (art. 13). As Resoluções ANTAQ nº 3.707/2014 e nº 3.290/2014 disciplinam a matéria de forma precária. As normas são omissas a respeito (i) do procedimento aplicável a pedidos dessa natureza; e (ii) da remuneração do titular do terminal.

Causa estranheza, ainda, o elevado nível de intervenção a que se sujeita o autorizatário no curso do contrato. De acordo com a Resolução nº 3.290/2014 da ANTAQ, o terminal de uso privado pode ser expandido em no máximo 25% sobre a área original (art. 34). Outro exemplo de intervencionismo gratuito está na necessidade de anuência prévia da SEP para o aumento da capacidade de movimentação e armazenagem de carga do terminal (art. 35, II, do Decreto nº 8.033/2013). Essas intervenções soam incompatíveis com a busca por novos investimentos, uma das diretrizes da Lei nº 12.815/2013.

Enxergamos com certo ceticismo o objetivo da norma em impor um controle sistêmico sobre os portos por intermédio da SEP. Não está claro o que a União pretende com

isso. Há que se considerar que a disponibilidade de instalações portuárias obedece a uma lógica de oferta e procura. Não há subsídios cruzados, usuários hipossuficientes ou operações deficitárias no setor de portos a justificar o elevadíssimo nível de intervenção que o Governo pretende impor tanto em relação aos terminais públicos como em relação aos terminais privados. Comportamentos abusivos por parte de operadores portuários podem ser dirimidos na esfera anticoncorrencial ou pela ANTAQ. Tudo isso a rigor independeria da atuação política da SEP, incentivada em diversas passagens da nova lei.

No entanto, o risco de politização das outorgas e as inusitadas ingerências da SEP sobre os terminais privados não chegam a anular os benefícios advindos do novo marco legal. A possibilidade de autorizatários movimentarem carga de terceiros, aliada à celebração de contrato de longo prazo, têm se relevado atrativas ao setor privado. Para os próximos três anos, estão previstos sessenta novos terminais de uso privado.<sup>294</sup>

Além de ter inegável importância para o setor portuário, a autorização prevista na Lei nº 12.815/2013 também contribui para o debate de temas atuais do Direito Administrativo. A partir da referida modalidade de outorga, é possível afirmar que o serviço público convive bem com a existência de regimes assimétricos – o que é marcante na atualidade, tendo em vista a crescente complexidade das atividades que a Constituição Federal define como serviços públicos.

Ao longo do trabalho, pudemos constatar que a polarização entre atividade econômica e serviço público é uma forma equivocada de se compreender a questão. Geralmente, esse método é invocado por aqueles que resistem em aceitar que o serviço público possa se sujeitar a mecanismos mais flexíveis. Tal mecanismo destina-se a ampliar a competição entre operadores, para provocar choque de oferta e aprimorar a qualidade dos serviços prestados.

A experiência histórica no setor de portos desaconselha a adoção do regime monopolístico do serviço público. Ademais, as tentativas de se assegurar aos arrendatários privilégio sobre a movimentação de carga de terceiros gerou séria ameaça ao desenvolvimento do setor. Nesse contexto, a alternativa perseguida pela nova lei é incentivar a competição entre prestadores.

---

<sup>294</sup> PORTOS devem receber R\$ 40 bilhões até 2018. *Exame*. 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/publicidade/banco-do-brasil/conteudo-patrocinado/portos-devem-receber-r-40-bilhoes-ate-2018>>. Acesso em 07 nov. 2015.

Por fim, nossa intenção foi demonstrar a possibilidade do emprego da autorização como mecanismo de outorga de serviço público, conforme previsto no art. 21, XII, alínea “f” da Constituição. A referida autorização não é uma técnica de polícia administrativa. Tendo em vista a polissemia do termo no texto constitucional, é inviável buscar um conceito uniforme. Os contornos da autorização devem ser buscados na legislação específica de regência. No caso da Lei nº 12.815/2013, a opção legislativa foi criar uma autorização de cunho contratual. A estabilidade é um traço inerente à autorização portuária, tendo em vista a relação de cunho econômico estabelecida entre a União e o autorizatário.

## REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Anuário Estatístico Aquaviário 2014*. Disponível em: <[http://www.agricultura.gov.br/arq\\_editor/file/camaras\\_tematicas/Infraestrutura\\_e\\_logistica/41RO/Anuario%20Aquaviario%202014%20CONAPORTOS.pdf](http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/file/camaras_tematicas/Infraestrutura_e_logistica/41RO/Anuario%20Aquaviario%202014%20CONAPORTOS.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Contrato de adesão nº 04/2013 - SEP/PR*, 11 dez. 2013, 2013. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/Pdf/ContratoAdesao/2013/ContratodeAdesao042013.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Contrato de adesão nº 003/2014 - SEP/PR*, 06 jan. 2014, 2014a. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/pdf/contratoadesao/2014/contratodeadesao032014.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Contrato de adesão nº 04/2014 - SEP/PR*, 21 jan. 2014, 2014b. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/pdf/contratoadesao/2014/contratodeadesao042014.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Contrato de adesão nº 018/2014 - SEP/PR*, 23 jul. 2014, 2014c. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/Pdf/ContratoAdesao/2014/ContratodeAdesao182014.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Contrato de adesão nº 59/2015 - SEP/PR*, 22 jan. 2015, 2015. Disponível em: <[http://www.antaq.gov.br/porta/pdf/ContratoAdesao/2015/2015\\_CA0059\\_Adaptado.pdf](http://www.antaq.gov.br/porta/pdf/ContratoAdesao/2015/2015_CA0059_Adaptado.pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2015.
- \_\_\_\_\_. Gerência de Estatística e Avaliação de Desempenho. *Boletim Informativo*. 2º trimestre 2014, 2014d. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/estatisticas/arquivos-estatisticas/boletimportuariosegundotrimstre2014.pdf>>. Acesso em 18 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Resolução nº 517, 18 out. 2005*. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/pdfSistema/publicacao/PublicacoesAntigas/Resolucao517.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Resolução nº 1.660, 8 abr. 2010*. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/pdfSistema/publicacao/0000002264.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Resolução nº 3.274, 06 fev. 2014*, 2014e. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/pdfSistema/Publicacao/0000006320.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. *Resolução nº 3.290, 13 fev. 2014*, 2014f. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/porta/pdfSistema/Publicacao/0000006340.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2015.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. ed. 1, Salvador, fev./mar./abr. de 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-1-FEVEREIRO-2005-ALEXANDRE-ARAGAO.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Atividades privadas regulamentadas. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOOZ & COMPANY. *Análise e avaliação da organização institucional e da eficiência de gestão do setor portuário brasileiro*. São Paulo, 2012.

BRASIL. Constituição (1824). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1891). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1934a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1967a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 1.746/1869. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 1869. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1746-13-outubro-1869-552569-publicacaooriginal-69884-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.859/1903. *Secretaria de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, DF, 1903. Disponível em: <[http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4859&tipo\\_norma=DEC&data=19030608&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=4859&tipo_norma=DEC&data=19030608&link=s)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 24.447/1934. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 1934b. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24447-22-junho-1934-501773-norma-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 24.508/1934. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 1934c. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24508-29-junho-1934-499830-norma-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 24.511/1934. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*,

Brasília, DF, 1934d. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24511-29-junho-1934-498406-norma-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 24.599/1934. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1934e. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D24599.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24599.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 6.460/1944. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 1944. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-6460-2-maio-1944-416256-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5/1966. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0005-66.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0005-66.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 227/1967. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1967b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0227.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.620/2008. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.033/2013. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2013a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.222/1975. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 1975. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6222-10-julho-1975-357668-norma-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.630/1993. *Legislação Informatizada da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 1993. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8630-25-fevereiro-1993-363250-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.987/1995. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987cons.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.472/1997. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.233/2001. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10233.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.815/2013. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2013b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-)

2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Mensagem nº 222, de 5 jun. 2013. *Portal da Legislação do Governo Federal*, Brasília, DF, 2013c. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-222.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-222.htm)>. Acesso em 7 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 402/2013, 06 mar. 2013, relatado pelo Min. Aroldo Cedraz. *LexML: Rede de Informação Legislativa e Jurídica*. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2013-03-06;402>>. Acesso em: 05 out. 2015.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações, In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. São Paulo: Fórum, 2012.

CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Jurisprudencia Argentina*, v. 3, Buenos Aires: LexisNexis, 2006, p. 24.

COMPARATO, Fábio Konder. As autorizações de funcionamento de instituições financeiras. *Direito Público. Estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 240.

DANTAS, James. As alterações trazidas pela lei nº 12.815/2013 no trabalho portuário. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 289-302.

DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica: un estudio crítico de la jurisprudência*. Madrid: Civitas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

\_\_\_\_\_. *Uso privativo de bem publico por particular*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. *Programa de Investimentos em Portos*. Disponível em: <<http://www.epl.gov.br/programa-de-investimentos-em-portos1>>. Acesso em 18 out. 2015.

EMPRESA DE PORTOS DO BRASIL S.A. *Ata da sessão pública de constituição da companhia das docas do estado da Bahia*. 17 fev. 1977. Disponível em: <<http://codeba.com.br/eficiente/repositorio/LAI%20-%20Lei%20de%20Acesso%20a%20Informacao/Institucional/2271.pdf>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*, 2. Revisão técnica Carlos Ari Sundfeld; Tradução José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 162.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6. ed. São Paulo: Malheiros,

2003, p. 78-79.

FREIRE, André Luiz. *O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 221-259.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A configuração jurídica clássica de serviços públicos e suas mutações. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 28, p. 83, 2011.

\_\_\_\_\_. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 87.

JUSTEN FILHO, Marçal. A constituição e os portos públicos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 14, abr. 2008, Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=14&artigo=797>>. Acesso em: 05 out. 2015.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araújo. Pacote Portuário: O que mudou? *Revista Brasileira de Infraestrutura*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 46-90, jan./jun. 2013.

MAIA, Leandro. O surgimento da Companhia Docas de Santos. *A Tribuna*. 31 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/porto%26mar/o-surgimento-da-companhia-docas-de-santos/?cHash=74bb46875c1c3fcebce1ba6f4829caf6>>. Acesso em 4 abr. 2015

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico dos bens empregados na geração de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. de 2003.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Concessões portuárias. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 263-273.

MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 75-110.

MEDAUAR, Odete. Administração Pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, e SUNDEL, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, São Paulo: Fórum, 2012, p. 405-419.

\_\_\_\_\_. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 38.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo moderno. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315-316.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 13. ed., São Paulo: RT, 1987.

\_\_\_\_\_. *Estudos e pareceres de direito público*, 20. ed. São Paulo: RT, 1977.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Concessão de serviço público e autorização ante o art. 175 da CF: porto organizado e portos privativos. In: \_\_\_\_\_. *Pareceres de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 361-368.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MESQUITA, Patricia Laurentino de. Planejamento Portuário Nacional. *Secretaria de Portos da Presidência da República*. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/pnpl>>. Acesso em: 18 out. 2015.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. *Portos*. 2015. Apresentação. 69 slides. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/apresentacoes/apresentacoes-2015/portos-pil2015>>. Acesso em 18 out. 2015.

MOREIRA, Egon Bockmann. Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 1, n. 0, maio/jun., 2013, p. 31-45.

\_\_\_\_\_. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos: A lei nº 12.815/2013 e seus desafios. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33-73.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Verás de. *A nova regulação portuária*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

POMPEU, Cid. *Autorização administrativa*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

PORTOS devem receber R\$ 40 bilhões até 2018. *Exame*. 06 nov. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/publicidade/banco-do-brasil/conteudo-patrocinado/portos-devem-receber-r-40-bilhoes-ate-2018>>. Acesso em 07 nov. 2015.

QUEIROZ JÚNIOR, Paulo Peltier de. *A reforma conceitual do sistema portuário nacional*. Parte I. *Porto Gente*. 12 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.portogente.com.br/texto.php?cod=5789>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 111-141.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime da Constituição de 1988. *Revista Brasileira de*

*Direito Público*, Belo Horizonte, v. 10, n. 38, p. 145-215, jul./set. 2012.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. São Paulo: Fórum, 2012a, p. 312.

\_\_\_\_\_. Serviços portuários e as infraestruturas privadas. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 10, n. 39, p. 229, jul./set. 2012b.

\_\_\_\_\_. As Infraestruturas privadas no novo marco setorial dos portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 325-343.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. O caminho do desenvolvimento na lei dos portos: centralizar para privatizar? In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 25-29.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 10, nº 3, jan/mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. Onde está o princípio universal da licitação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. *Contratos públicos e direito administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2015. p. 32-33.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 357.

TARDIO, Victor. *Planos Mestres: Versão Completa*. Secretaria de Portos da Presidência da República. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/pnpl/planos-mestres-versao-completa>>. Acesso em 26 jul. 2015.