

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Cristiana Maria Melhado Araújo Lima

Regime jurídico dos portos marítimos

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

**SÃO PAULO
2009**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Cristiana Maria Melhado Araújo Lima

Regime jurídico dos portos marítimos

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti.

SÃO PAULO

2009

Banca Examinadora

Ao meu pai, Manoel, magistrado exemplar, a quem devo o interesse pelo Direito, e com quem aprendi que a Justiça está muito além do Direito.

À minha mãe, Eunice, e seu amor gratuito ao próximo.

Ao meu marido, André, com quem tenho tido a grande felicidade de compartilhar meus fracassos e sucessos, rir e chorar, nos últimos dez anos.

*Aos meus filhos, com minhas desculpas pela ausência:
Deco, de ternura e coração gigantes, e Rafa, que transformou a minha vida em uma grande festa.*

Sem qualquer um de vocês ao meu lado, nenhuma luta valeria a pena.

AGRADECIMENTOS

À minha cara orientadora, Professora Doutora Dinorá Adelaide Musetti Grotti, por aceitar este mister e por ultrapassar os limites de sua obrigação, dedicando seu precioso tempo, muito além do que seria razoável, com minhas grandes e pequenas dúvidas sobre este trabalho, esclarecendo-as e provocando novas reflexões sobre o tema.

Aos Professores Doutores Jacintho Arruda Câmara e Luis Manuel Fonseca Pires, pelas valiosas observações e críticas realizadas no exame de qualificação.

Ao meu amado marido, André Estefam Araújo Lima, pela ajuda realizada em todos os aspectos, sem a qual seria impossível realizar o mestrado ou escrever esta dissertação.

Às minhas, mais do que sócias, parceiras, Mônica Mergen Mohor e Carla Souza Pinto Gonçalves, pela compreensão e apoio neste difícil período.

Aos meus colegas de mestrado, que colaboraram com fornecimento de notícias e artigos sobre o tema.

RESUMO

O setor portuário, assim como os demais setores de infraestrutura, tem sofrido significativas alterações em sua regulação nos últimos anos. Desde 1993, com a edição da Lei nº 8.630, denominada Lei de Modernização dos Portos, que alterou profundamente o regime jurídico de prestação dos serviços, têm sido editadas várias medidas governamentais trazendo modificações à normatização de regência da atividade. Assim foi com edição da Lei nº 10.233/2001, que estabeleceu princípios e diretrizes gerais para gerenciamento e operação da infraestrutura de transportes, criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e revogou tacitamente algumas disposições da Lei nº 8.630/1993; e, posteriormente, com a Lei nº 11.518/2007, que criou a Secretaria Especial dos Portos (SEP), instituída como mais uma instância de regulação do setor. Recentemente, o Decreto nº 6.620/2008 traçou as políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor, reascendendo novos debates a propósito do regime jurídico dos portos públicos e terminais privativos de uso misto, e, via de consequência, acarretando o surgimento de novas propostas, pela ANTAQ, que ora se encontram em fase de consulta pública.

Palavras-chave: Portos marítimos. Serviços públicos portuários. Regime jurídico.

ABSTRACT

The port sector, as well as other sectors of infrastructure, has suffered significant alterations in its regulation in recent years. Since 1993, with the edition of the Law nº 8.630, known as the Law of Modernization of the Ports, which profoundly modified the legal regime of installment of the services, several government measures has been edited bringing modifications to the norms of regency of the activity. So it was with edition of the Law nº 10.233/2001, that it established principles and general lines of direction for management and operation of the infrastructure of transports, created the National Agency of Waterway Transports (ANTAQ) and tacitly revoked some provisions of the Law nº 8.630/1993; and, later, with the Law nº 11.518/2007, that created the Special Secretariat of Ports (SEP), instituted as plus an instance of regulation of the sector. Recently, the Decree nº 6.620/2008 traced the politics and lines of direction for the development and the promotion of the sector, rising again new debates of the legal regime of the public ports and privative terminals of mixing use, and, in consequence, causing the emergence of new proposals, by the ANTAQ, which now are in phase of public consultation.

Keywords: Seaports. Port public services. Legal regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 SERVIÇO PORTUÁRIO: ASPECTOS GERAIS	13
1.1 Histórico da legislação portuária brasileira	13
1.2 Contribuições do direito estrangeiro para o exame do serviço portuário	22
1.2.1 <i>União Europeia</i>	23
1.2.2 <i>Principais modelos de sistemas jurídicos portuários</i>	26
1.2.2.1 Espanha	26
1.2.2.2 Itália	32
1.2.2.3 Portugal	36
1.2.2.4 Argentina	40
2 SERVIÇO PORTUÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO	43
2.1 Domínio portuário e sua integração ao domínio marítimo	43
2.2 Sistema normativo	45
2.3 Das definições apresentadas pela Lei dos Portos	48
2.4 Do modelo adotado pela Lei dos Portos	51
3 NOÇÃO DE SERVIÇO PORTUÁRIO	55
3.1 O significado do termo autorização no art. 21, inciso XII, letra “f”, da CF/88	62
4 REGIME JURÍDICO	72
4.1 Do regime jurídico de Direito Privado e do regime jurídico de Direito Público	72
4.2 Diferentes regimes jurídicos: portos públicos e privados	76
4.2.1 <i>Portos e instalações portuárias de uso privativo</i>	78
4.2.1.1 Instalações portuárias de uso privativo misto	79
4.2.1.2 Normatização da autorização de terminais de uso privativo	87
4.2.1.3 Da natureza jurídica da autorização de instalação portuária de uso privativo	95
4.2.1.4 Conclusão parcial	102

4.2.2 Portos públicos	103
4.2.2.1 Modos de exploração.....	103
4.2.2.1.1 Diretamente	103
4.2.2.1.2 Delegação a Estados e Municípios	104
4.2.2.1.3 Companhia Docas: Administração Indireta.....	107
4.2.2.1.4 Concessão de serviços públicos portuários.....	111
4.2.2.1.5 Arrendamento para instalação de portos públicos	120
4.2.2.2 Das diversas atividades realizadas no porto organizado e o consequente regime jurídico distinto de cada uma delas	132
4.2.2.2.1 Atribuições da Autoridade Portuária (Administração do Porto)	132
4.2.2.2.2 Competências do Conselho de Autoridade Portuária (CAP) ...	138
4.2.2.2.3 Operadores Portuários.....	140
4.2.2.2.4 Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária	141
5 PLANEJAMENTO PORTUÁRIO	149
5.1 Do planejamento	149
5.2 Do planejamento portuário.....	151
5.2.2 Do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ)	154
5.2.2.1 Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto x Plano Diretor.....	157
6 REGULAÇÃO DO SERVIÇO PORTUÁRIO	160
6.1 Delimitação de competência regulatória.....	163
6.1.1 Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República (SEP/PR)	164
6.1.2 Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)	165
6.1.2.1 Agências Reguladoras.....	165
6.1.2.2 Função normativa das Agências Reguladoras e o Princípio da Separação do Poderes	167
6.1.2.3 Hierarquia e controle.....	168
6.1.3 Conselho de Autoridade Portuária (CAP)	173
6.2 Regulação da concorrência	174
6.2.1 Concorrência intraporto	178

6.2.2 Concorrência entre terminais de uso privativo e terminais de uso público.....	178
6.2.3 Concorrência entre portos nacionais de locais diversos.....	182
CONCLUSÕES	184
REFERÊNCIAS.....	188

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto o serviço portuário marítimo, previsto no art. 21, inciso XII, letra “f” da Constituição Federal, como de titularidade da União Federal.

Os portos são infraestruturas necessárias ao transporte aquaviário de bens e pessoas, tendo crescido em importância em razão do desenvolvimento do comércio internacional, mostrando-se, atualmente, essencial para a política econômica nacional de importação e exportação.¹

O setor portuário marítimo adquiriu, no país, após a Lei nº 8.630/1993 (Lei de Modernização dos Portos), um crescimento econômico que supera, em pesos e valores, a própria economia brasileira. Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em 1990, as exportações somavam US\$ (FOB) 31,4 bilhões, subindo para US\$ 137,5 bilhões em 2006. Em peso, os comparativos são de 359,7 milhões de toneladas em 1990, para cerca de 700 milhões de toneladas em 2006.²

A clara definição de um regime jurídico aplicável ao setor, tanto a portos organizados, terminais de uso público, como a instalações portuárias de uso privativo, é crucial para atrair investimentos dos particulares, sejam eles destinados aos canais de acesso ou às próprias instalações físicas. Ademais, a falta de uma regulação precisa para o setor enfraquece a competição, que, ao menos em parte, se intentou.

O setor portuário tem sofrido significativas alterações em sua regulação nos últimos anos. A Lei de Modernização dos Portos (Lei nº 8.630/1993) modificou profundamente o regime jurídico de prestação de serviços, estabelecendo, inclusive, duas modalidades de portos marítimos: (i) porto organizado, ou como também chamaremos, portos públicos, dentro dos quais, deve existir ao menos uma instalação portuária de uso público, podendo, ainda, ter ou não, dentro de sua área, instalações portuárias de uso privativo; e (ii) terminais privativos (de uso exclusivo,

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores portuários no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, p. 77-124, out./dez. 2006, p. 78.

² RODRIGUES, José; PASCOAL VAZ, José. Portos brasileiros: duzentos anos de transformação socioeconômica. In: RICUPERO, Rubens; OLIVEIRA, Luis Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007, p. 328-329.

misto, de turismo e estação de transbordo de carga), onde se situam somente instalações portuárias de uso privativo.

Após a edição desse diploma de regência da matéria, os agentes do setor frequentemente têm se deparado com medidas governamentais que modificam a normatização da atividade. Foi o que ocorreu com a edição da Lei nº 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e revogou tacitamente algumas disposições da Lei nº 8.630/1993, e da Lei nº 11.518/2007, que instituiu a Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República (SEP/PR) como mais uma instância de regulação do setor.

Posteriormente, o Decreto nº 6.620/2008 traçou políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor, que acabaram acirrando os debates em função dos conflitos, em especial, entre os prestadores de serviços públicos portuários (arrendatários) e as empresas privadas investidoras no setor.

Daí a oportunidade do exame da matéria, pois, apesar da relevância do tema, ao que consta, não logrou despertar na literatura jurídica pátria obra ou monografia que sistematize todo o setor portuário, de modo a permitir uma visão global das atividades portuárias e da sua normatização.

Por essa razão, analisamos o sistema portuário como um todo, diferenciando os regimes jurídicos traçados para os portos públicos, terminais de uso público e instalações de uso privativo. Para tanto, partimos da Constituição Federal de 1988, examinamos a legislação infraconstitucional e procedemos ao levantamento da doutrina e da jurisprudência.

Evidenciadas a importância, a atualidade e a oportunidade, impunha-se pesquisar e desenvolver o tema. Não há a pretensão de esgotá-lo, mas tão somente de despertar discussões em torno da matéria.

O estudo é desenvolvido em seis capítulos.

No primeiro, a título de considerações preliminares, abordamos a evolução histórica do serviço portuário brasileiro e algumas contribuições do direito estrangeiro, de países com sistema jurídico próximo, para melhor compreender as escolhas realizadas pela Lei nº 8.630/1993.

No segundo capítulo, analisamos o serviço portuário no direito brasileiro, passando pelo domínio portuário e a sua integração ao domínio marítimo e seu sistema normativo.

Fixadas a noção e a natureza jurídica do serviço portuário no terceiro capítulo, partimos, na quarta seção, para o exame dos regimes jurídicos de direito público e direito privado, aplicáveis aos portos organizados, instalações portuárias de uso público e terminais de uso privativo.

No capítulo cinco, tratamos do planejamento portuário, sendo, a seguir, no capítulo sexto, abordada a regulação do serviço portuário sob dois focos, a competência regulatória e a regulação da concorrência.

Por derradeiro, são apresentadas as conclusões de nosso estudo.

1 SERVIÇO PORTUÁRIO: ASPECTOS GERAIS

1.1 Histórico da legislação portuária brasileira

Para que se compreenda a atual estrutura portuária marítima, convém traçarmos o panorama histórico desse setor, nestes duzentos anos de desenvolvimento. Desde a abertura dos portos do Brasil às nações amigas, muitas foram as mudanças, culminando com o modelo adotado pela Lei nº 8.630/1993, a atual Lei dos Portos.

O primeiro documento brasileiro a tratar do assunto foi a Carta Régia do Príncipe Dom João VI,³ assinada em 28 de janeiro de 1808, como ato inaugural do governo português recém-instalado no Brasil. Não se pode dizer que a assinatura da Carta Régia buscou o comércio com as nações amigas; o que efetivamente se autorizou foi a relação comercial com a Inglaterra,⁴ deixando de lado, dessa forma, o modelo exclusivo comercial português no Brasil. Na verdade, a Carta Régia foi uma medida interina e provisória, voltada a regulamentar as relações comerciais até que existisse a consolidação de um sistema geral que regulasse de forma efetiva a matéria.⁵

As consequências imediatas da edição da Carta Régia foram, portanto, o fim do monopólio português e a modificação para o regime de abertura de portos, estando presente uma forte inspiração liberal, com a outorga de direitos preferenciais à Inglaterra.⁶

Embora não seja de grande valor jurídico, a Carta Régia pode ser apontada como o primeiro documento legislativo referente aos portos brasileiros, possuindo grande valor histórico para o setor portuário. Nestes duzentos anos, muito se

³ Antes disso, existiu, ainda, a Carta de Doação a Vasco Fernandes Coutinho, datada de 1º de junho de 1534, na qual Dom João doa a Vasco Fernandes Coutinho e seus herdeiros cinquenta léguas de terra na dita “costa do Brasyl”.

⁴ RICUPERO, Rubens; OLIVEIRA, Luis Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007, p. 11.

⁵ ALEXANDRE, Valentim. A Carta Régia e os tratados de 1810. In: RICUPERO, Rubens; OLIVEIRA, Luis Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007, p. 109.

⁶ RICUPERO, Rubens. O problema da abertura dos portos. In: _____; OLIVEIRA, Luis Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007, p. 34.

caminhou no que tange à legislação portuária, que tem se mostrado em constante evolução, embora necessite, ainda, de inúmeras modificações.

Como a Carta Régia foi uma medida unilateral de Portugal, revogável, portanto, a qualquer tempo, a Inglaterra, pretendendo criar laços preferenciais entre a sua economia e a luso-brasileira, insistiu em uma intensa negociação, resultando na assinatura, pelo Príncipe João, em fevereiro de 1810, dos chamados “Tratados Desiguais”. Dentre eles, o que mais nos interessa é o Tratado de Comércio e Navegação ⁷, que regulamentou, definitivamente, as relações mercantis, de modo a consagrar o “sistema liberal do comércio”.⁸ Esse Tratado implementou medidas consideradas desiguais e nocivas, segundo a unanimidade dos historiadores, de exportação e importação de produtos brasileiros e ingleses, como a proibição de exportação de açúcar, café e outras mercadorias à Inglaterra, podendo em troca, ao menos em tese, a Coroa Portuguesa impor tarifas proibitivas aos mesmos produtos ingleses.⁹

Nesse primeiro momento histórico, a abertura dos portos surgiu como instrumento de transformação econômica do país, que deixou de ter uma relação comercial até então única e exclusiva com Portugal, para consagrar uma política de importação e exportação de mercadorias a outros países estrangeiros, sendo esta relação travada principalmente com a Inglaterra, que passou a ser o principal país credor externo do Brasil.

O tratamento alfandegado de privilégios à Inglaterra foi revogado com o fim das guerras napoleônicas, iniciando, nos anos seguintes, a estruturação do aparato público administrativo brasileiro. Nesse período, foi constituído o Ministério da Marinha e Ultramar, que surgiu com órgão regulador alfandegário dos portos.¹⁰

Suriman Nogueira de Souza Junior tece importantes considerações sobre esse momento histórico do serviço portuário:

Nesse período ainda não se cogita sobre questões relativas à qualidade das operações, custos ou logística portuária, em razão de que as rudimentares estruturas portuárias existentes atendiam às necessidades da época, sem inibir ou prejudicar a competição das mercadorias brasileiras no mercado internacional.¹¹

⁷ RICUPERO, Rubens. O problema da abertura dos portos, p. 35.

⁸ ALEXANDRE, Valentim. A Carta Régia e os tratados de 1810, p. 113-119.

⁹ RICUPERO, Rubens, op. cit., p. 35.

¹⁰ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

¹¹ Ibidem, p. 45-46.

Em todo o século XIX, a propriedade do cais é um excelente negócio, sendo numerosos os pedidos de licença para a sua construção. Além disso, muitas indústrias instaladas à beira-mar dispunham de cais próprio para a importação de matéria-prima e a exportação de seus produtos.

Dado esse primeiro passo nas relações entre portos nacionais e internacionais, surgiu, em 1867, a primeira Lei de Concessões de Portos – Decreto nº 1.746/1869 – que permitia ao governo contratar a construção nos diferentes portos do Império. Nesse período, a concessão de portos mostrava-se muito semelhante à concessão de obra pública. As regras financeiras eram simples: como forma de compensação pelos recursos investidos, os concessionários podiam explorar os serviços de docas e armazenagem, por prazo não superior a 90 (noventa) anos.¹² Havia uma prévia aprovação, pelo governo, do capital da concessionária, ou seja, sendo este reconhecido pelo governo, não poderia aumentar ou diminuir, e ficaria a empresa concessionária obrigada a constituir um *fundo de amortização*, após 10 (dez) anos da conclusão da obra.¹³

Por meio de outro ato legislativo, o Decreto nº 6.501/1907, regulou-se o controle e a tomada de contas das concessionárias, que cabiam a uma comissão especial junto a cada empresa.¹⁴

No governo do Presidente Getúlio Vargas, fez-se presente o dirigismo econômico por parte do Estado, com ampla centralização administrativa. Foi nesse contexto que, especificamente, no ano de 1934, em junho, surgiu uma primeira sistematização da legislação portuária, por meio da atuação de José Américo, Ministro das Viações e Obras Públicas, com a edição de quatro decretos aplicáveis aos portos, que foram de grande importância: Decreto nº 24.447, Decreto nº 24.508, Decreto nº 24.511 e Decreto nº 24.599. Os mencionados diplomas legais estabeleceram, à época, o sistema legal portuário que vigorou, com algumas poucas modificações,¹⁵ até a publicação da Lei nº 8.630/1993.

Em primeiro lugar, por meio do Decreto nº 24.447/1934, foram definidas as atribuições conferidas aos diferentes Ministérios e apresentadas definições legais

¹² COLLYER, Wesley O. *Lei dos portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência*. São Paulo: LEX, 2008, p. 27.

¹³ TÁCITO, Caio. Correção monetária do investimento em concessões de serviço portuário. *Revista de Direito Público – Pareceres*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 63-78, out./dez. 1967, p. 64.

¹⁴ Ibidem, p. 65.

¹⁵ Inseridas pelos seguintes diplomas: Decreto-lei nº 1.317/1939, Decreto-lei nº 2.032/1940, Decreto-lei nº 2.032/1940 e Lei nº 1.561/1952.

para “*porto organizado*” e “*Administração do Porto*”. Segundo esse decreto, são portos organizados os melhorados e equipados para a navegação, movimentação e guarda de mercadorias, cabendo à Administração do Porto a execução dos serviços portuários, bem como o cuidado com as instalações portuárias.¹⁶

Posteriormente, o Decreto nº 24.508/1934 veio detalhar os serviços prestados pelas Administrações dos Portos Organizados, apresentando outras definições tanto para Administração do Porto,¹⁷ que passa a ser entendida como entidade que tem a seu cargo a exploração do tráfego marítimo, como para porto organizado.¹⁸

A competência dada por este Decreto às Administrações Portuárias, em seu art. 2º,¹⁹ foi a de zelar pela livre utilização de suas instalações e pela prestação de serviços portuários e acessórios, garantindo a livre navegação e comércio. Tal previsão, aliás, é muito similar à encontrada no inciso II do art. 33 da Lei nº 8.630/1993, denominada Lei de Modernização dos Portos.

As vantagens e os serviços prestados pelas Administrações Portuárias, de que o comércio e a navegação podem usufruir dos portos organizados são, de acordo com o art. 5º do Decreto nº 24.508/1934, a utilização do porto, a atracação, a capatazia, a armazenagem (interna, externa, em “armazéns gerais” e especiais), os transportes, a estiva das embarcações, o suprimento do aparelhamento portuário, os reboques, o suprimento d’água às embarcações, e serviços acessórios.

Neste mesmo ano, 1934, foi ainda expedido o Decreto nº 24.511, regulando a utilização das instalações portuárias. O art. 1º, § 1º,²⁰ torna obrigatória a observação ao Princípio da Igualdade, na tratativa da Administração do Porto com os usuários de seus serviços, ao vedar, expressamente, a preferência. Interessante observar

¹⁶ “Art. 2º. São ‘portos organizados’ os tenham sido melhorados ou aparelhados, atendendo-se às necessidades da navegação e da movimentação e guarda de mercadoria e cujo tráfego se realize sob a direção de uma administração do porto, a quem caiba a execução dos serviços portuários e a conservação das instalações portuárias. Parágrafo único. A ‘administração do porto’ pode ser dependência direta do Governo Federal, ou de concessionário, ou arrendatário, a quem por contrato tenha sido delegada a execução daqueles serviços.”

¹⁷ “Art. 1º. [...] § 1º. A entidade em que, em cada porto organizado, tem a seu cargo a exploração do respectivo tráfego é denominada ‘administração do porto’, quer seja dependência do departamento acima referido (Departamento Nacional de Portos e Navegação), quer dos concessionários, ou arrendatários.”

¹⁸ “Art. 1º. [...] § 2º. São ‘portos organizados’ os nacionais aparelhados, cujo tráfego se realize sujeito às disposições do Dec. nº 24.511, desta data.”

¹⁹ “Art. 2º. Cabe às administrações dos portos organizados assegurar ao comércio e à navegação o gozo de vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento desses portos e, bem assim, prestar-lhes os serviços portuários, ou acessórios, especificados e definidos neste decreto”.

²⁰ “Art. 1º. [...] § 1º. Todos os que se utilizarem das instalações portuárias receberão das administrações dos portos tratamento sem preferência, orientado pelo objetivo de conseguir das referidas instalações máxima eficiência”.

que a máxima eficiência é apontada, neste mesmo artigo, já neste decreto de 1934, como objetivo a ser atingido pela Administração do Porto. Desse modo, a eficiência, que foi, posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, incorporada como princípio à Constituição de 1988, em seu art. 37, já era um norte a ser seguido pelas Administrações Portuárias que desenvolviam serviços públicos portuários na década de 1930.

Da análise desse período e de seu respectivo plexo legislativo, especialmente desse último decreto, é possível notar que as normas estavam voltadas à regulação dos portos, aos prestadores de serviços e a usuários diversos da própria Administração Portuária, ou seja, o serviço portuário era considerado tão somente aquele prestado a outrem, dando sinais de que, ao menos nesse momento histórico, somente se considerava serviço portuário aquele prestado nos terminais, denominados pela atual Lei dos Portos como “de uso público”.

O sistema definido pelo Decreto nº 24.511/1934, em seu art 2º, foi o monopólico da *hinterland*,²¹ ou seja, os passageiros e mercadorias das embarcações atracadas deveriam ser destinados ou provenientes da *hinterland* desses portos. A *hinterland* poderia ser tanto a cidade em que o porto estivesse localizado, como a região do país servida por transporte terrestre, ou ainda, a região do país servida de vias fluviais de transporte. Pelo sistema portuário de 1934, cada um dos portos organizados tinha o monopólio do embarque e desembarque das mercadorias de sua *hinterland* ou a elas destinada. O sistema era parecido com o das capitânias hereditárias.²²

O art. 6º do Decreto nº 24.511/1934 previa, além da remuneração das diferentes modalidades das instalações e serviços prestados ou proporcionados

²¹ O Decreto nº 24.511/1934 definiu, no parágrafo único do seu art. 2º, o que se considera como *hinterland* de um porto organizado: “Considera-se ‘hinterland’ de um porto organizado: 1º, a cidade ou localidade em que esse porto estiver, ou em que funcionar a respectiva alfandega ou mesa de rendas, e as costas ou margens atingidas pela navegação interna do mesmo porto; 2º, a região do país, servida, por transportes terrestres, para a qual se encaminhem directamente mercadorias desembarcadas no porto ou da qual procedam mercadorias para embarque no mesmo porto; 3º, a região do país, servida por vias fluviais de transporte, cujas mercadorias sejam transportadas, embarcadas ou desembarcadas, sujeitas á jurisdição da alfandega ou mesa de rendas do referido porto”.

²² LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na lei nº 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 19-34, abr./jun. 2000, p. 19.

pelos portos organizados,²³ uma “contribuição para os encargos do capital aplicado nas instalações”, cobrada pelos serviços colocados à disposição daquele que, mesmo pretendendo, não fazia a movimentação de suas mercadorias.²⁴

Ainda nesse período, surgiu a chamada Lei das Concessões (Decreto nº 24.599/1934), voltada principalmente aos Estados, que revogou o Decreto nº 1.746/1869 (que estava mais voltado para a iniciativa privada). Embora não tenha sido direcionado especificamente para a concessão de portos, o diploma legal também se tornou aplicável a esse setor.

Após uma década, o Decreto-lei nº 6.460/1944 veio regular a construção e a exploração de instalações portuárias rudimentares pelos Estados e Municípios, considerando-os como organizações precárias destinadas a suprir a deficiência dos portos organizados. Desse modo, abriu-se uma brecha ao monopólio, podendo tais instalações serem exploradas por particulares, caso o Estado ou Município não tivesse interesse na atividade. O Poder Federal detinha competência exclusiva para autorizar a construção e a operação em instalações portuárias rudimentares.²⁵

Maiores inovações, entretanto, foram trazidas pelo Decreto-Lei nº 5/1966, que inaugurou, por meio de previsão contida no art. 26, ao menos no âmbito normativo, os Terminais de Uso Privativo. A partir de então, qualquer pessoa interessada em construir e operar instalações portuárias, desde que destinadas a uso exclusivamente próprio, poderia ser autorizada pelo Poder Federal.²⁶ Nesse período, a autorização para a instalação de terminal de uso privativo tratava-se de ato administrativo unilateral da Administração Pública, em razão do exercício do poder de polícia.

Assim, por meio destas duas últimas normas, foram definidas algumas balizas para a utilização de portos marítimos: os portos organizados, bem como as instalações de portos rudimentares (estes últimos ainda que em caráter precário), na forma do Decreto-Lei nº 6.460/1944, estavam destinados à prestação de serviço público, atendendo e sendo utilizados por terceiros; os terminais privativos, conforme

²³ Como por exemplo, a taxa portuária prevista no § 2º do art. 1º do Decreto nº 24.511/1934, e as tarifas previstas pelo art. 2º do Decreto nº 24.508/1934, letras “a” a “m”. Na letra “n”, este último artigo previa, diversamente das outras letras que descreviam tarifas, a taxa de contribuição para encargos de capital aplicado.

²⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003 (Temas de Direito Administrativo 6), p. 189.

²⁵ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na lei nº 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 220, p. 20.

²⁶ *Ibidem*, p. 21.

previsto pelo Decreto-lei nº 5/1966, ao contrário, não podiam, nem excepcionalmente, ser utilizados por terceiros, mas, tão somente, pelo próprio autorizado, não se cabendo falar, dessa forma, em serviço público portuário. Os regimes jurídicos das duas formas analisadas eram, inequivocamente, já nessa época, diferenciados.

Caio Tácito, em parecer à Companhia Docas de Santos-SP, escrito em 1967, ao analisar a outorga de concessão de portos face ao Decreto nº 1.746/1869, ao Decreto nº 24.599/34 e à Lei nº 3.421/58, determinou, àquela época, ser o sistema portuário dotado de um regime jurídico peculiar.²⁷

O monopólio sobre os portos foi exercido pela União, desde 1975, quando a Lei nº 6.222, de 10 de julho, autorizou o Poder Executivo a criar a PORTOBRÁS, Empresa de Portos do Brasil S.A., vinculada ao Ministério dos Transportes, extinguindo, desse modo, o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN).²⁸

Durante a sua existência, a PORTOBRÁS foi o principal órgão regulador federal dos portos brasileiros, tendo dentre as suas finalidades: (i) promover a política portuária nacional; (ii) realizar projetos e estudos para expansão, construção e melhoramentos dos portos, inclusive realizando serviços de assistência técnica para este fim; (iii) executar, promover e autorizar execução de obras e serviços de construção; bem como (iv) administrar e explorar os portos.²⁹

A PORTOBRÁS passou a controlar 25 (vinte e cinco) portos, sendo 10 (dez) deles de modo direto, por ela própria, e os outros 15 (quinze) administrados por 8 (oito) Companhias Docas. Assim sendo, não ocorreu a descentralização visada por sua criação.³⁰

No governo Collor, a Lei nº 8.029/1990, em seu art. 4º, inciso I, autorizou o Poder Executivo a dissolver ou privatizar a PORTOBRÁS. O serviço portuário, após a dissolução da PORTOBRÁS, foi retomado pela União Federal, que passou a sucedê-la em direitos e obrigações.

Houve, então, um hiato legislativo no setor, pois, com o fim da PORTOBRÁS, o ente regulador voltou a ser a própria União, sem, porém, dispor de uma legislação

²⁷ Correção monetária do investimento em concessões de serviço portuário. *Revista de Direito Público - Pareceres*, v. 8, n. 3, p. 64.

²⁸ Os Estatutos da PORTOBRÁS foram aprovados por meio do Decreto nº 76.925/1975.

²⁹ Art. 4º da Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975.

³⁰ COLLYER, Wesley O. *Lei dos portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência*, p. 27.

específica para a matéria, que somente passou a ser melhor delineada pela Lei nº 8.630/1993, e, posteriormente, pela Lei nº 10.233/2001, que criou a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), revogou tacitamente alguns dispositivos da Lei dos Portos e passou a regulação para esta Agência Reguladora.

Antes da entrada em vigor da Lei dos Portos, muito se discutiu sobre a competência e a possibilidade de outorga de concessões dos serviços portuários, em função de o Governo Federal ter revogado, mediante o Decreto de 15 de fevereiro de 1991, o Decreto nº 24.599/1934, que tratava da concessão para exploração e ampliação do serviço portuário.

No ano de 1991, foi defendida por Caio Tácito, em parecer ao Porto de Vitória - Espírito Santo, a inconstitucionalidade da revogação através do mencionado decreto. Segundo esse autor, teria o Decreto nº 24.599/1934 sido recepcionado ³¹ pela Constituição Federal de 1988, com hierarquia de lei, não podendo, por esse motivo, ser revogado pelo decreto presidencial. Essa posição é necessária para confirmar o entendimento pela possibilidade de concessão dos portos, pois a aplicabilidade da norma constitucional presente no art. 21, inciso XII, letra “f”, e no art. 175, estava vinculada à lei que regulasse a matéria.³² Se o decreto de 1934 fosse considerado revogado, não seria possível a realização de concessões de portos marítimos, por se estar diante de norma constitucional de eficácia limitada,³³ somente sendo aceitável a sua aplicação com a edição de lei que tratasse do tema.

A Lei dos Portos ou Lei de Modernização dos Portos (LMP) – Lei nº 8.630/1993 – trouxe grande inovação ao setor portuário, revogando todas as disposições em contrário que tratavam da matéria e trazendo a possibilidade de exploração de portos por meio de uma estrutura complexa.

³¹ A teoria da recepção tem o sentido de conservação das leis anteriores à Constituição de 1988, desde que não a contrariem. Essas leis são recebidas pela nova Constituição, que as confirma e ratifica.

³² TÁCITO, Caio. Concessão de serviço portuário – Adjudicação Direta – Dispensa de licitação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 186, p. 358-365, out./dez. 1991, p. 362.

³³ Normas de eficácia limitada são todas as que “dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”. São de dois tipos: a) as definidoras de princípio institutivo ou organizativo; e b) as definidoras de princípio programático. As primeiras são “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei”. As últimas (programáticas) são aquelas normas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 118-138).

O regime jurídico será diferenciado não em razão da modalidade do porto, público ou privativo, mas em razão da natureza das instalações portuárias. Explicamos. Nos Portos Públicos é possível encontrar tanto Terminais, instalações portuárias, de Uso Público – sujeitos a regime jurídico de Direito Público, quanto Terminais, instalações portuárias, de Uso Privativo – sujeitos ao regime jurídico de direito privado, mesmo situados dentro da área do Porto Público – podendo estes últimos serem explorados de forma exclusiva ou mista pelo particular. Nos portos de uso privativo, somente se encontram instalações portuárias de uso privativo; não é possível encontrar fora da área do porto organizado, instalações portuárias marítimas de uso público, sendo, nesse caso, o regime do porto exclusivamente privado.

A exploração do porto público, ou também chamado porto organizado, pode ser feita direta ou indiretamente pela União. Neste último caso, a União poderá transferi-la de várias formas:

a) À pessoa jurídica de Direito Público Federal, como autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, criadas para o fim específico de exercer a Administração Portuária e a Autoridade Portuária de determinado porto;

b) À iniciativa privada, por meio da concessão do serviço portuário, ou seja, para o exercício da Administração e da Autoridade Portuária;

c) Por delegação ³⁴ da exploração do serviço portuário ao Estado ou Município em que se situam os portos, podendo esses entes federativos explorar o serviço delegado, diretamente ou indiretamente; neste último caso, tanto por meio de pessoa jurídica da Administração Indireta ou por concessionário da iniciativa privada.

Salta, assim, aos olhos que, desde a abertura dos portos, em duzentos anos, o setor portuário tenha passado por diversas importantes alterações. Porém, durante todo esse período, sempre foi possível notar a presença de dois modelos de portos, ambos situados em terrenos de marinha: (i) um modelo voltado para o serviço público, consistente na exploração e prestação dos serviços portuários, usufruível

³⁴ O Decreto nº 2.187/1997 autoriza a União a delegar, aos Municípios e Estados da Federação, a exploração dos portos federais.

livremente por aqueles que quisessem se valer de toda a estrutura colocada à disposição do usuário (nesses portos, o regime jurídico compatível sempre foi o de Direito Público); (ii) e outro modelo que, ao contrário do primeiro, foi assumido pelos portos explorados unicamente por aqueles que o utilizavam em proveito próprio, como ocorria já, em um primeiro momento histórico, nas indústrias que tinham portos próprios para exportação e importação de suas mercadorias.

A grande novidade trazida pela Lei nº 8.630/1993 foi a possibilidade de uma instalação portuária de uso privativo poder movimentar cargas de terceiros, o que pode ocorrer no caso de outorga de autorização para uso de terminais de uso privativo misto, conforme previsto pelo art. 4º, § 2º, inciso II, letra “b”, da Lei dos Portos.

1.2 Contribuições do direito estrangeiro para o exame do serviço portuário

Em razão de ser a matéria pouco explorada no direito brasileiro, convém examinarmos o que ocorre em alguns outros países, sobretudo naqueles que possuem uma aproximação de institutos com a Lei de Modernização dos Portos brasileira. Não se trata de estudo de Direito Comparado, e longe está da proposta do presente trabalho exaurir o tema no direito estrangeiro. A intenção é apenas a de colher elementos e subsídios que permitam uma melhor compreensão do tema Serviço Público Portuário.

Os países foram escolhidos em razão da similaridade legislativa com o sistema brasileiro atual, fazendo-se uma anterior referência ao Direito Comunitário Europeu no qual estão inseridos. Países como a Holanda não serão analisados neste trabalho, pois, embora possua um dentre os Portos de maior importância no mercado mundial, nesse país as instalações portuárias são administradas diretamente pela Municipalidade, não possuindo uma normatização semelhante à brasileira.

Conforme já noticiado, o início da década de 1990 foi marcado por reformas, visando a liberalização de alguns dos principais setores de serviços, o mesmo ocorrendo no regime jurídico portuário. Esse fato foi verificado não somente no

Brasil, por meio da Lei nº 8.630/1993, como em toda Europa ³⁵ e, também, na América Latina.³⁶

As modificações tiveram como principais justificativas a chamada “Reforma do Estado” e a consequente tentativa de privatização do setor, que se difundiu de modo global em todos os países, objetivando substituir a participação estatal por uma maior intervenção privada no setor portuário. Além disso, juntou-se a necessidade de adequações mundiais, para que fosse possível uma padronização e surgisse a possibilidade de competição com o mercado externo.

1.2.1 União Europeia

Com a instituição da União Europeia, pelo Tratado de Maastricht (também chamado de Tratado da União Europeia), publicado no Jornal Oficial nº C 191, de 29 de julho de 1992, houve a previsão, de forma expressa, pelo art. 3º, letra “f”, e art. 75, 1, letra “a”, de um sistema unívoco de exploração de portos marítimos, ao qual os países deveriam se adequar legislativamente.³⁷

A União Europeia tem, em seus portos marítimos, um fator importante na economia: o comércio externo da Comunidade. Quase metade do seu comércio interno entra ou sai por meio dos mais de 1.000 (mil) portos marítimos que existem nos seus 20 (vinte) Estados-membros com acesso ao mar da União Europeia e, em média, 3,5 bilhões de toneladas de carga por ano são movimentadas, além das viagens de 350 milhões de passageiros por ano, o que equivale a aproximadamente 70% (setenta por cento) da população europeia.³⁸

Desse modo, o porto figura como um organismo econômico complexo, no qual se realizam numerosas atividades empresariais, destinadas a fornecer serviços

³⁵ SERVICE DES AFFAIRES EUROPEENNES. *Le regime d'administration des ports maritimes*. Paris, jan. 1998. Disponível em: <<http://www.senat.fr/lc/lc32/lc32.html>>. Acesso em: 08 set. 2008.

³⁶ RAMOS BRUSILOFF, Angel. *El derecho portuario en Ibero America*. Caracas, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/admin/file.php?file=CF-2006-001.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

³⁷ COMUNIDADE EUROPEIA. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu/sca/dpus/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>>. Acesso em: 16 set. 2008.

³⁸ EUROPEAN SEA PORTS ORGANISATION ASBL/VZW. *Organisation des ports maritimes europeen ASBL/VZW. Política de portos marítimos: um guia prático para responsáveis pela definição de políticas comunitárias*. Disponível em: <<http://www.espo.be/download/ebed326a-c10a-445a8b5e-459aebfb8a47.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2008.

que são fundamentais dentro de um complexo sistema de transporte que interessa a todos os países da União Europeia.³⁹

Vários instrumentos do Direito Comunitário europeu tiveram por objetivo regular os portos marítimos,⁴⁰ mesmo antes da assinatura do Tratado de Maastricht. Dentre os principais, podemos destacar: (i) a Resolução do Parlamento Europeu sobre a aplicação da Convenção MARPOL,⁴¹ com o fim não somente de evitar disposições diversas nos diferentes portos da Comunidade, mas também de proceder a uma drástica redução da presença pública na gestão da atividade portuária;⁴² e (ii) o chamado “Livro Verde”, publicado pela Comissão, em junho de 2006, COM (2006) final, que define a política marítima comunitária, tendo como principais diretrizes *inovação, competitividade e respeito ao meio ambiente*.⁴³

Nos itens 18 a 22 do “Livro Verde”, foi proposto um novo modo de governança marítima, passando de um governo de setores ou regiões para uma abordagem transversal, com repercussões não somente regionais, mas também comunitárias e internacionais. Por essa proposta, os ecossistemas seriam geridos regionalmente, enquanto a União Europeia trataria da defesa do interesse comum.⁴⁴

Essa disposição do “Livro Verde” teve grande impacto nos países ao norte da Europa, como Bélgica, Holanda e Inglaterra, que possuem um sistema completamente diverso dos países do sul, como a Itália, Espanha e Portugal. Nos países do norte europeu, a administração dos portos é historicamente integrada à administração terrestre, sendo extremamente regionalizada. Os portos desses países foram geridos, em todos esses anos, diretamente pelos Municípios, ou por um organismo municipal que carecia de personalidade jurídica, como ocorre em Rotterdam e Amsterdam, na Holanda. Na Bélgica, a grande maioria dos portos era, e

³⁹ FALZEA, Giuseppe. *Porto e funzione portuale*: premessa ad un studio del bene porto. Milão: Giuffrè, 1998, p. 260-263.

⁴⁰ Dentre os primeiros regulamentos, podem ser apontados o de 15 de maio de 1979, que indicou aos Estados-membros os critérios e condições para respeitar e aderir ao Código de Comportamento para Conferência Marítima (UNCTAF), além do Regulamento nº 4.055, de 22 de dezembro de 1986, que declara o princípio da liberdade de prestação de serviços. Há, ainda, o Regulamento nº 3.577, de 07 de dezembro de 1992 e os Regulamentos nº 4.056 e nº 4.057, ambos de 22 de dezembro de 1986.

⁴¹ COMUNIDADE EUROPEIA. *Convenção MARPOL, de 17 de março de 1989, publicada no G.U. da Comunidade Europeia de 17 de abril de 1989*. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 16 set. 2008.

⁴² FALZEA, Giuseppe, op. cit., p. 260-261.

⁴³ COMUNIDADE EUROPEIA. *Livro Verde - Para uma futura política marítima da União: uma visão europeia para os oceanos e os mares*. 2006. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/green_papers/index_pt.htm>. Acesso em: 16 set. 2008.

⁴⁴ Ibidem, loc. cit.

ainda é gerida ou regulada pelos Municípios, exceção feita ao porto de Zeebrugge, que é gerido por uma empresa privada incorporada à cidade de Bruges.⁴⁵

Além do “Livro Verde”, também as diretivas e decisões do Parlamento e do Conselho Europeu têm regulado de forma significativa o setor. A Decisão nº 1.346/2001/CE,⁴⁶ de 20 de maio de 2001, define as características dos portos marítimos, classificando-os em: (i) portos marítimos de importância internacional;⁴⁷ (ii) portos marítimos de importância comunitária;⁴⁸ e (iii) portos de acesso nacional.⁴⁹

Por meio da Diretiva nº 2.005/65/CE,⁵⁰ que estabelece um sistema de proteção abarcando toda zona portuária, foram definidos, pelo art. 3º, os seguintes termos: porto,⁵¹ interface portuária,⁵² instalação portuária,⁵³ ponto de contato para proteção portuária⁵⁴ e autoridade de proteção portuária.⁵⁵

⁴⁵ SERVICE DES AFFAIRES EUROPEENNES. *Le regime d'administration des ports maritimes*.

⁴⁶ Que altera a Decisão nº 1.692/96/CE. (COMUNIDADE EUROPEIA. *Decisão nº 1.346/2001/CE*. Disponível em: <<http://www.eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D1346:PT.HTML>>. Acesso em: 16 set. 2008).

⁴⁷ Decisão nº 1.346/2001/CE. 2. A: portos marítimos de importância nacional; portos cujo volume anual total de tráfego é igual ou superior a 1,5 milhões de toneladas de frete ou a 200.000 passageiros e que, salvo impossibilidade, estão conectados com elementos terrestres da rede transeuropeia de transportes e desempenham um papel primordial no transporte marítimo internacional.

⁴⁸ Decisão nº 1.346/2001/CE. 2. B: portos marítimos de importância comunitária, não incluídos na categoria A; estes portos têm um volume de tráfego total anual de pelo menos 0,5 milhões de toneladas de frete ou entre 10.000 e 199.999 passageiros, estão conectados, salvo impossibilidade, com elementos terrestres de rede transeuropeia de transportes e estão equipados com instalação de transbordo necessárias ao transporte marítimo a curta distância.

⁴⁹ Decisão nº 1.346/2001/CE. 2. C: portos de acesso regional; estes portos não preenchem os critérios das categorias A e B, mas estão situados em regiões insulares, periféricas ou ultraperiféricas, conectando essas regiões por mar, entre elas e/ou com regiões centrais da comunidade.

⁵⁰ COMUNIDADE EUROPEIA. *Diretiva nº 2.005/65/CE*. Disponível em: <http://www.eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=2005&nu_doc=65>. Acesso em: 16 set. 2008.

⁵¹ Diretiva nº 2.005/65/CE. 3.1) “porto”: qualquer zona especificada de terra e água, com limites definidos pelo Estado-membro em que esteja situado o porto, dotada de umas obras e equipamento que facilitem as operações de transporte marítimo comercial.

⁵² Diretiva nº 2.005/65/CE. 3.2) “interface navio-porto”: a interação que se produz quando um navio se vê afetado direta ou imediatamente por atividades que supõem movimento de pessoas ou mercadorias, ou prestação de serviços portuários ao navio ou desde o navio.

⁵³ Diretiva nº 2.005/65/CE. 3.3) “instalação portuária”: o lugar onde se realiza a interface navio-porto; esta incluirá, segundo seja necessário, zonas de fundeio, atracação de espera e acessos desde o mar.

⁵⁴ Diretiva nº 2.005/65/CE. 3.4) “ponto de contato para a proteção portuária”: o organismo designado por cada Estado-membro para servir de ponto de contato para a Comissão e outros Estados-membros, assim como para facilitar, supervisionar e proporcionar informação sobre a aplicação das medidas de proteção portuária estabelecidas na presente Diretiva.

⁵⁵ Diretiva nº 2.005/65/CE. 3.5) “autoridade de proteção portuária”: a autoridade competente em matéria de proteção em um porto determinado.

Os portos foram recentemente regulados por meio da COM (2007) 575 final, também chamada “Livro Azul”, que apresentou o Plano de Ação para uma política marítima integrada entre os países integrantes da Comunidade Europeia,⁵⁶ com a previsão de uma infraestrutura portuária dotada de maior *transparência*⁵⁷ nas transferências de recursos públicos e menor ajuda estatal aos portos, ajuda esta somente justificável nos casos em que seja extremamente necessária.

O “Livro Azul” estabelece, no item 4.1, uma preparação de estratégia global para o transporte marítimo para 2008-2018, devendo a Comissão propor uma nova política portuária, que leve em consideração os múltiplos papéis dos portos no contexto mais vasto da logística europeia.

Os regimes portuários adotados pelos países mais ao sul da Europa (Itália, Espanha e Portugal) já são, há anos, mais uniformes, sendo muito semelhantes ao regime implementado pela lei brasileira dos portos, Lei nº 8.630/1993. Por esse motivo, estudaremos, a seguir, com maior profundidade, o sistema jurídico portuário destes três países europeus.

Verificaremos, ainda, na América do Sul, a reforma do sistema no setor portuário que ocorreu na Argentina, também na década de 1990, analisando pontos que aproximam e distanciam a legislação portuária desse país com a brasileira.

1.2.2 Principais modelos de sistemas jurídicos portuários

1.2.2.1 Espanha

Na Espanha, a gestão dos portos marítimos sempre enfrentou, de acordo com o modelo político seguido, uma disputa entre duas opções: ou a direção política do

⁵⁶ Uma política marítima integrada deve procurar aumentar a visibilidade da Europa marítima e melhorar a imagem das atividades marítimas e das profissões ligadas ao mar. Item 4.5 do Plano de Ação para uma política marítima integrada. (COMUNIDADE EUROPEIA. *Livro Azul - Plano de Ação para uma política marítima integrada*. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu/scadpus/leg/pt/lvb/l24242.htm>>. Acesso em: 16 set. 2008).

⁵⁷ Segundo Roberto Dromi, o conhecimento transparente dos conteúdos e formas da gestão pública é um valor administrativo fundador do sistema jurídico democrático. Devem ser *transparentes* tanto o manejo dos fundos públicos como os procedimentos de ação e decisão administrativa. (*Sistema jurídico e valores administrativos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007, p. 195).

Estado, com a gestão dele dependente; ou a sua configuração como ente corporativo, com a forte presença de interesses locais públicos e privados. E, durante muitos anos, o modelo espanhol foi estatizador.⁵⁸

Com a lei portuária espanhola, Lei nº 27, de 25 de novembro de 1992, foi implementada uma significativa reforma no sistema, por imposição de um modelo organizacional e de gestão, e um funcionamento mais ágil,⁵⁹ sem abandonar, no entanto, o modelo estatizador. A diferença mais chamativa frente a toda legislação histórica portuária da Espanha foi o desaparecimento do dualismo domínio público-domínio privado do Estado.⁶⁰

A definição apresentada pela Lei nº 27/1992 para domínio público portuário estabelece três elementos na sua formulação:

a) Físico ou material: Conjunto de espaços terrestres, águas marinhas e instalações situadas à beira do mar ou rios, que reúnem determinadas condições físicas de organização (art. 14.1);

b) Teleológico: Este âmbito físico serve para tornar possível o tráfego portuário (art. 2.3);

c) Formal: Deve ser autorizado pela administração competente.⁶¹

A *zona de serviços* aparece, na legislação portuária de 1992, como conceito-chave para delimitar o domínio portuário estatal, fixando a superfície das águas pertencentes ao porto bem como a sua extensão terrestre.⁶² Outro ponto importante da lei foi determinar que todos os bens de titularidade estatal afetados aos serviços portuários fariam parte do domínio público portuário.⁶³

⁵⁸ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general. In: _____. et al. *La nueva legislación portuaria: comentarios a la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de puertos de interés general*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 21.

⁵⁹ Ibidem, loc. cit.

⁶⁰ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. El régimen del dominio público portuario en la nueva ley. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar et al. *La nueva legislación portuaria: comentarios a la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de puertos de interés general*. Barcelona: Atelier, 2004, p. 54.

⁶¹ MENÉNDEZ REXACH, Ángel, op. cit., p. 53.

⁶² Ibidem, p. 56.

⁶³ Ibidem, p. 57.

Os princípios vetores do sistema portuário espanhol de 1992 são apontados por Gaspar Ariño Ortiz, como sendo: (i) a eficiência no serviço; (ii) a rentabilidade razoável de sua exploração; (iii) a ampla capacidade de gestão de cada organismo – Autoridade Portuária – porém, dentro do planejamento a que estão sujeitos todos os portos de interesse geral; e (iv) a submissão tanto ao Direito Público como ao Direito Privado.⁶⁴

Em relação aos títulos de ocupação do domínio público portuário, a lei de 1992 remetia à legislação das costas, com relação às fianças, à extinção das autorizações, às autorizações de vertida e aos procedimentos de outorga de concessões,⁶⁵ o que deixou de existir com a edição da Lei nº 48/2003.

A privatização que se pretendeu realizar por meio da Lei de 1992 se limitou às *formas* e ao *regime jurídico*, porém, por trás da Autoridade Portuária e dos Conselhos Administrativos estava o Ministério e a Administração Pública, configurando, assim, uma “falsa privatização”.⁶⁶

Em 2003, foi estruturado um novo modelo para o setor portuário, pela Lei nº 48/2003, onde as Autoridades Portuárias deixaram totalmente de lado a atividade de prestação de serviços para passarem a exercer a função tanto de *gestoras do domínio público portuário* como de *reguladoras da atividade comercial*.⁶⁷

Inicialmente, a Lei nº 48/2003 teve o propósito de trazer segurança ao regime econômico dos portos, surgindo como decorrência direta de Diretiva Comunitária e sendo voltada à liberalização da prestação do serviço portuário. Desse modo, esse diploma legal trouxe, para o setor, uma ampla reforma de seu regime jurídico.⁶⁸

Uma das mudanças da nova lei foi o desaparecimento das referências à legislação das costas, que passou a incorporar a regulação própria dos aspectos, tanto substantivos quanto procedimentais, das autorizações e das concessões do domínio público portuário.⁶⁹

⁶⁴ El régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general, p. 21-22.

⁶⁵ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. El régimen del dominio público portuario en la nueva ley, p. 62.

⁶⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., p. 22.

⁶⁷ Ibidem, p. 23.

⁶⁸ ACERO IGLESIAS, Pablo. La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria de la ley 48/2003 de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar et al. *La nueva legislación portuaria: comentarios a la ley 48/2003*, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de puertos de interés general. Barcelona: Atelier, 2004, p. 110.

⁶⁹ MENÉNDEZ REXACH, Ángel, op. cit., p. 62.

Os critérios distintivos dos títulos de autorização e concessão pautaram-se, substancialmente, na ocupação do domínio: requerendo *autorização para ocupações com bens móveis ou instalações desmontáveis* por prazo não superior a três anos, e determinando que a *concessão é necessária para obras e instalações não desmontáveis* por prazo superior a três anos.⁷⁰

Da análise da lei portuária espanhola vigente, podemos verificar como principais características as de: (i) estabelecer uma livre concorrência interportuária e intraportuária; (ii) liberalizar a prestação dos serviços na linha pretendida pela União Europeia; e (iii) ter positivado grande parte da doutrina do Tribunal Supremo e do Conselho do Estado, em relação ao domínio público portuário.⁷¹

Com a liberalização e a privatização própria desse período histórico mundial, a Espanha requalificou o setor portuário de “serviço público” para “serviço de interesse geral”. A Autoridade Portuária passou, no novo contexto e sistema, a ter papel de *landlord*, ou seja, de ordenar a atividade privada e proporcionar espaços para a sua localização, mais do que prestar diretamente o serviço, havendo predomínio da função reguladora.⁷²

Nos dizeres de Gaspar Ariño Ortiz: “[...] a missão regulatória das Autoridades Portuárias deve construir-se basicamente sobre dois grandes eixos: a) garantir que os serviços mínimos funcionem; b) garantir que a competência entre serviços seja efetiva”.⁷³

Com relação à gestão dos serviços portuários, a Lei nº 48/2003 sistematiza e organiza, diferenciando os serviços portuários geridos pela Autoridade Portuária – chamados *serviços portuários gerais* – dos *serviços básicos* geridos por terceiros e dos *serviços portuários comerciais*.⁷⁴ Segundo Gaspar Ariño Ortiz, a tipificação dos serviços segue o seguinte esquema:⁷⁵

a) Funções públicas e serviços que implicam autoridade: relacionados à segurança das pessoas e bens, imigração, fronteira, defesa do meio ambiente, sinalização marítima e circulação de navios, sanidade, aduana etc.;

⁷⁰ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. El régimen del dominio público portuario en la nueva ley, p. 67.

⁷¹ ACERO IGLESIAS, Pablo. La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria de la ley 48/2003 de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, p. 110.

⁷² MENÉNDEZ REXACH, Ángel, op. cit., p. 64.

⁷³ El régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general, p. 33.

⁷⁴ ACERO IGLESIAS, Pablo, op. cit., p. 117.

⁷⁵ Op. cit., p. 31-32.

b) Serviços obrigatórios ou serviços essenciais: são os serviços que devem existir em todos os portos, como os de praticagem, atracação e amarração de navios, provisionamento de água, combustível, energia elétrica etc.;

c) Serviços portuários típicos: carga e descarga de navios, com todas as suas variantes, equipamentos próprios para essa movimentação e armazenagem especializada;

d) Serviços complementares: são os de necessária presença dentro do porto, que estão diretamente ligados aos serviços portuários típicos, como os de manutenção das instalações portuárias, manipulação das mercadorias antes ou não de seu transbordo, agências e intermediações outras. Além de locais sindicais e empresariais que facilitem as interações pessoais;

e) Serviços comerciais: são serviços como o de bares e demais negócios que necessitam de justificativa para se implementar na zona de serviço;

f) Atividades que devem ser realizadas necessariamente fora do porto: Devem seguir a regulação que, historicamente, proíbe, na Espanha, que recintos de outras atividades alheias à portuária se instalem naquela zona.

Vale notar, ainda, o surgimento, no novo sistema portuário, como princípios gerais, da livre concorrência entre prestadores de serviços e da liberdade de acesso à prestação dos mesmos.

Uma novidade introduzida pela Lei nº 48, que se apresentou de forma substancial, foi a possibilidade de impor obrigações de serviço público aos concessionários dos portos,⁷⁶ esclarecendo, assim, a natureza dos serviços prestados por concessionários dos portos de interesse geral.

O planejamento – por meio do Plano de Utilização dos Espaços Portuários – foi mantido em sua dupla função, assim como já estava previsto na Lei de 1992, sendo a sua primeira tarefa a de *delimitar a zona de serviço*, e a segunda a de

⁷⁶ ACERO IGLESIAS, Pablo. La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria de la ley 48/2003 de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, p. 122.

ordenar o uso nas diferentes áreas do porto. A competência para aprovação do Plano é do Ministro de Fomento.⁷⁷

Outra inovação trazida pela Lei nº 48/2003 foi a indicação de distintos instrumentos de planejamento:

a) Obrigatórios: *Plano de empresa*, que determina a atuação empresarial durante todo o exercício; *Plano de utilização dos espaços portuários*, que surge como instrumento delimitador da zona de serviço e ordenação dos usos básicos que se devem desenvolver no porto; e *Plano especial do porto*, como instrumento de planejamento urbanístico;

b) Voluntários: *Plano estratégico*, que é plano da atividade portuária, e *Plano diretor de infraestruturas*, que deve ser aprovado quando se pretende construir novo porto ou realizar obras significativas.

Da análise do sistema portuário espanhol, notamos significativas semelhanças com relação à regulação do serviço portuário no Brasil. A primeira delas é o fato de a privatização ter ocorrido de maneira relativa no setor, ou seja, o segmento não foi totalmente privatizado. Isso ocorreu não somente em razão de se tratar de áreas de domínio público, mas também em decorrência do inequívoco interesse público presente no serviço portuário, conforme se esclareceu acima, ao descrever o elemento material da noção de serviço público portuário.

Houve a previsão de um regime bipartido, público e privado. A atividade essencialmente pública continua a ser de titularidade estatal, podendo sua execução se dar por meio de concessão. Na Espanha, essa atividade se dá por meio da regulação exercida pela Autoridade Portuária, garantindo o funcionamento dos serviços e a concorrência intraporto. No Brasil, a atividade de caráter público pode ser identificada nas funções exercidas pela Administração Portuária e pela Autoridade Portuária, as quais, por vontade legal, são praticadas pela mesma pessoa jurídica, seja pública (União, Estados, Municípios ou Sociedades de Economia Mista), ou ainda, privada (concessão).

⁷⁷ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *El régimen del dominio público portuario en la nueva ley*, p. 73-74.

A prestação de serviços, como a movimentação de passageiros e mercadorias, é exercida, exclusivamente, por particulares, em regime jurídico de Direito Privado, estando estes sujeitos à livre concorrência e às regras impostas pela Autoridade Portuária. Esse modelo foi adotado na Espanha, por meio da liberalização dos serviços, na realização dos *servicios portuarios básicos*, e, no Brasil, embora nenhum autor tenha ainda utilizado a expressão, podemos dizer que tenha ocorrido o mesmo, por meio da liberalização dos serviços aos *operadores portuarios*.

Ficam a Administração Portuária e a Autoridade Portuária responsáveis, em ambos os casos (Espanha e Brasil) pela regulação dos serviços e da competência dos usuários do porto.

1.2.2.2 Itália

Na Itália, os portos marítimos estão nas mãos do Estado desde a época do Direito Romano.⁷⁸

Recentemente, porém, após a assinatura do Tratado da União Europeia, como consequência dos compromissos assumidos pela Itália, foi necessário separar a *atividade econômica* desenvolvida nos portos da *função administrativa* de controle sobre as operações portuárias. Isso se fez por meio da edição da Lei nº 84 de 1994,⁷⁹ que normatizou um novo regime para as operações portuárias.

Gerolamo Taccogna discorre sobre o tema de modo a esclarecê-lo:

Há, portanto, uma retirada das mãos públicas das atividades empresariais eleitos pela fazenda-porto e uma separação (subjativa), entre quem exerce a função reguladora e quem exerce aquela empreendedora, já defendida pelo PGT e imposta pelo direito comunitário.⁸⁰

⁷⁸ TACCOGNA, Gerolamo. *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*. Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova: Collana di monografie 76. Milão: Giuffrè, 2000, p. 53.

⁷⁹ FALZEA, Giuseppe. *Porto e funzione portuale*: premessa ad um studio del bene porto, p. 261.

⁸⁰ Op. cit., p. 603. Texto original, em italiano: "Vi sono, dunque, um ritiro della mano pubblica dalle attività d'impresa più qualificanti per l'azienda-porto ed una separazione (soggettiva) tra chi svolge i compiti regolatori e chi svolge quelli imprenditoriali, già auspicata dal PGT ed imposta dal diritto comunitario".

Essa separação, afastando a Autoridade Portuária da atividade econômica, vislumbra-se na previsão normativa do art. 6º da Lei nº 84/1994, de que a Autoridade Portuária não poderia desenvolver, direta ou indiretamente, atividade empresarial.⁸¹ Nesse dispositivo legal, há a previsão de nove autoridades portuárias destinadas a gerir os portos maiores; os portos menores, por sua vez, ficam submetidos à Administração Ministerial periférica.⁸²

As nove autoridades portuárias são pessoas jurídicas de Direito Público (não exploradoras de atividade econômica), tendo como característica inovadora a proibição de desenvolverem, seja direta ou indiretamente, operações portuárias, ou quaisquer outras atividades a estas conexas.⁸³

As funções descritas pela Lei dos Portos italiana às autoridades portuárias são as de: planejamento de acesso e infraestrutura dos portos, e coordenação, promoção e controle das operações portuárias. Os artigos 16.7, 20.2 e 21.1 deixam claro que a atividade privada deve ser realizada em espaço concorrencial, cabendo à Autoridade Portuária a regulação da concorrência entre operadores portuários.⁸⁴

Pelo estatuto jurídico italiano dos portos, portanto, a Administração Portuária foi confiada à Autoridade Portuária, pessoa jurídica de Direito Público, com as funções de monitorar operadores privados responsáveis pelas diversas operações portuárias e programar, orientar e promover o desenvolvimento do porto.⁸⁵

Uma das formas de regulação e controle da Autoridade Portuária sobre as empresas privadas operadoras portuárias é por meio do regime de autorização, necessário ao desenvolvimento dos serviços e de operações portuárias. As autorizações são fornecidas pela Autoridade Portuária, ou, em portos menores, pela Autoridade Marítima, para permitir o acesso ao mercado da operação portuária. Na outorga de autorizações, devem ser respeitados princípios como o da liberdade de iniciativa econômica e o da concorrência, sempre seguindo, porém, as diretrizes colocadas no programa de política nacional do setor.⁸⁶

As operações portuárias foram definidas pelo art. 16 da Lei nº 84/1994, como sendo “o carregamento, o descarregamento, o transbordo, o depósito, o movimento

⁸¹ FALZEA, Giuseppe. *Porto e funzione portuale*: premessa ad um studio del bene porto, p. 261.

⁸² TACCOGNA, Gerolamo. *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, p. 603.

⁸³ Ibidem, p. 603-604.

⁸⁴ Ibidem, p. 631-638.

⁸⁵ SERVICE DES AFFAIRES EUROPEENNES. *Le regime d'administration des ports maritimes*.

⁸⁶ TACCOGNA, Gerolamo, op. cit., p. 718-722.

em geral das mercadorias e de cada material, desenvolvido no âmbito portuário”.⁸⁷ O exercício das atividades relativas a tais operações deve ser desempenhado por conta e risco do interessado e está sujeito à autorização da Autoridade Portuária.

A realização de operação portuária é, portanto, acessível a qualquer empresa que detenha essa autorização, inserindo, desse modo, no sistema portuário italiano, uma efetiva competição entre empresas operadoras portuárias, com vantagens à eficiência das operações portuárias.⁸⁸

O Tribunal Administrativo italiano já decidiu no sentido da impossibilidade de subingresso à empresa diversa da autorizada,⁸⁹ ou seja, impedindo que a empresa autorizada para operar em determinado porto delegue essa possibilidade à outra empresa que não possui a autorização da Autoridade Portuária, pois tal delegação estaria ferindo a filosofia da legislação portuária e prejudicando a concorrência.

Essa autorização dada pela Autoridade Portuária ao operador portuário, prevista pela lei italiana, é muito semelhante à pré-qualificação que o operador portuário deve obter da Autoridade Portuária local, no Brasil, prevista pelo art. 9º da Lei dos Portos brasileira.

No sistema italiano, a autorização para realizar operações portuárias pode estar acompanhada do direito de dispor, de modo exclusivo, de espaço de área portuária (terminal portuário), por meio de uma concessão⁹⁰ de domínio, sendo a empresa que possui autorização e concessão definida como operador terminalista.⁹¹ No sistema portuário brasileiro, a figura que se assemelha ao operador terminalista é o arrendatário. Nesse caso, além da pré-qualificação, o operador portuário que queira dispor de área portuária, deverá fazê-lo por licitação e posterior contrato de arrendamento (para movimentação de carga própria ou de terceiros), cuja abertura deve ser requerida à Autoridade Portuária local, se o terreno estiver

⁸⁷ Texto original em italiano: Art. 16.1 “sono operazioni portuali il carico, lo scarico, il transbordo, il deposito, il movimento in genere delle merci e d’ogni materiale, svolti nell’ambito portuale”.

⁸⁸ SALOMONE, Luca. *Operazioni portuali e servizi técnico-nautici a dieci anni dalla riforma del sistema portuale*: dall’interpretazione della giurisprudenza all’intervento Del legislatore. Disponível em: <http://www.diritto.it/materiali/transporti_navigazione/salamone.html>. Acesso em: 14 fev. 2008.

⁸⁹ Caso de anulação do provimento da Autoridade Portuária de Genova, que autorizou o subingresso da empresa Enel. (CONTE & GIACOMINI AVVOCATI. Effeti anticoncorrenziali ed elusivi della legge portuale. *Newsletter dello Studio Conte & Giacomini*, Genova, n. 05, apr. 2002. Disponível em: <<http://www.contegiacomini.net/newsletter/nl02-04.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2008).

⁹⁰ Vale ressaltar que, na Itália, a concessão abrange um grande leque de figuras e alternativas, havendo uma despreocupação com a forma de remuneração do concessionário. A principal característica da concessão, para os autores italianos, reside no objeto. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 86-87).

⁹¹ SALOMONE, Luca, op. cit.

situado dentro da área do porto organizado e o interessado não for titular do domínio útil.⁹²

O operador terminalista do sistema italiano possui, além da autorização, também a concessão de domínio. Para este último caso, a subconcessão a outrem só pode ocorrer quando presente, no contrato, essa possibilidade outorgada pelo poder concedente.⁹³ Cumpre destacar que a subconcessão somente é viável se for restrita às atividades acessórias⁹⁴ e não tiver por objeto qualquer atividade prevalente.⁹⁵

Essa possibilidade não existe na legislação portuária brasileira, ou seja, não existe para o arrendatário de instalação portuária de uso público a possibilidade de subconceder a área explorada.

Além disso, a Lei dos Portos italiana, de 1994, estabeleceu duas categorias de atuação no setor: a primeira compreende os portos destinados à defesa militar, e a segunda, denominada não militar, é subdividida em outras três classes, com base em sua relevância econômica: (i) de relevo internacional; (ii) de relevo nacional; e (iii) inter-regional e regional. O poder de classificação pertence ao Ministério e não à Autoridade Portuária.⁹⁶ Os portos que não são militares podem ainda ser divididos em: comerciais, industriais, petrolíferos, de serviço de passageiros e turísticos.

O Estado aparece no sistema portuário italiano como titular do domínio público, consistente em toda a zona portuária, estando o porto sob a tutela da Autoridade Portuária local, organismo público independente, que é o responsável pela concessão de licenças aos operadores privados.⁹⁷

O Plano Geral de Transporte serve como ordenamento da atividade portuária, ditando princípios diretivos à ordenação e à definição de instrumentos para sua atuação. Tal plano possui tanto previsões de reformas legislativas como coordenação e adequação de atividades administrativas setoriais,⁹⁸ tendo como objetivo determinar a política nacional do setor.

⁹² Art. 4º, inciso I, da Lei nº 8.630/1993.

⁹³ CONTE & GIACOMINI AVVOCATI. Effetti anticoncorrenziali ed elusivi della legge portuale. *Newsletter dello Studio Conte & Giacomini*, n. 05.

⁹⁴ Atividades acessórias são aquelas funcionalmente instrumentais em respeito àquela que tenha sido objeto da concessão. (Ibidem, loc. cit.).

⁹⁵ Atividade prevalente é aquela que atribui valor, relevo econômico, a qualquer um dos diferentes tipos de concorrência no delinear do objeto da concessão. (Ibidem, loc. cit.).

⁹⁶ TACCOGNA, Gerolamo. *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, p. 592.

⁹⁷ SERVICE DES AFFAIRES EUROPEENNES. *Le regime d'administration des ports maritimes*.

⁹⁸ TACCOGNA, Gerolamo, op. cit., p. 584-585.

1.2.2.3 Portugal

Em Portugal, a reformulação do modelo portuário insere-se no âmbito da reforma preconizada pelo Livro Branco de Política Marítimo-Portuária, aprovado pelo governo português através do Conselho de Ministros. Várias razões de interesse nacional daquele país justificaram a reforma no regime econômico.⁹⁹

A norma modificadora do regime jurídico português foi o Decreto-lei nº 298/1993, que definiu como de interesse público a prestação ao público da atividade de movimentação de cargas.¹⁰⁰ Por um lado, a norma pretendeu atender a uma economia aberta e fortemente concorrencial, na qual Portugal está inserido, aumentando a eficiência e diminuindo os custos em operações portuárias, para desonerar importações e eliminar limitações à competitividade. De outro, o país procurou, por esse novo sistema, atender à dinâmica do processo de integração europeia.¹⁰¹

O Decreto-Lei nº 298/1993, assim com a Lei dos Portos brasileira, apresentou várias definições, dentre elas: operação portuária,¹⁰² zona portuária,¹⁰³ área portuária de prestação de serviço público,¹⁰⁴ área portuária de serviço privativo,¹⁰⁵ serviço

⁹⁹ TORRES, José Lima. *Legislação Portuária*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 495.

¹⁰⁰ Artigo 3º, 1, do Decreto-lei nº 298/1993.

¹⁰¹ TORRES, José Lima, op. cit., p. 495.

¹⁰² Decreto-Lei nº 298/1993. Art. 2º, letra “a”. “Operação Portuária, a atividade de movimentação de cargas a embarcar ou desembarcar na zona portuária, compreendendo as atividades de estiva, desestiva, conferência, carga, transbordo, movimentação e arrumação de mercadorias em cais, terminais, armazéns e parques, bem como de formação e decomposição de unidades de carga, e ainda de receptação, armazenagem e expedição de mercadoria”.

¹⁰³ Decreto-Lei nº 298/1993. Art. 2º, letra “b”. “Zona portuária, o espaço, situado dentro dos limites da área de jurisdição das autoridades portuárias, constituído, designadamente, por planos de água, canais de acesso, molhes e obras de proteção, cais, terminais, terraplenos e quaisquer terrenos, armazéns e outras instalações”.

¹⁰⁴ Decreto-Lei nº 298/1993. Art. 2º, letra “c”. “Áreas portuárias de prestação de serviço público, as áreas dominiais situadas na zona portuária e as instalações nelas implantadas, pertencentes ou submetidas à jurisdição da autoridade portuária e por ela mantidas ou objecto de concessão de serviço público, nas quais se realizam operações de movimentação de cargas, em regime de serviço público”.

¹⁰⁵ Decreto-Lei nº 298/1993. Art. 2º, letra “d”. “Áreas portuárias de serviço privativo, as áreas situadas na zona portuária e as instalações nelas implantadas que sejam objecto de direitos de uso privativo de parcelas sob a jurisdição da autoridade portuária, nas quais se realizam operações de movimentação de cargas, exclusivamente destinadas ou com origem no próprio estabelecimento industrial e que se enquadram no exercício normal da atividade prevista no respectivo título de uso privativo”.

público de movimentação de carga,¹⁰⁶ autoridade portuária,¹⁰⁷ e empresa de estiva.¹⁰⁸

É possível verificar que, de modo similar ao Brasil, para a legislação portuguesa, a Autoridade Portuária é identificável pela Administração do Porto, e, embora em Portugal possa ainda a Autoridade ser a Junta Autônoma do Porto (figura que não possuímos na legislação portuária brasileira), a função dessa pessoa jurídica, em ambos os sistemas, é a mesma, ou seja, a de zelar pelo bom funcionamento do porto.

A partir da reforma no setor portuário, resultante do Decreto-Lei nº 298/1993, o papel da gestão das atividades portuárias, antes exercido pelo Estado, poderá ser transferido para o concessionário, ou seja, à iniciativa privada, a qual, conforme a previsão normativa do art. 26 do mencionado diploma, detém o título de concessão de serviço público.¹⁰⁹

Os serviços públicos portuários podem ser transferidos à iniciativa privada, às chamadas empresas de estiva, podendo ser a concessão somente de serviços públicos, ou, conjuntamente, de obras públicas. O prazo máximo de concessão de serviço portuário é de 30 (trinta) anos,¹¹⁰ sendo que a sua adjudicação é realizada mediante concurso.¹¹¹

Em sequência a essa primeira norma modificadora do regime jurídico, visando determinar as bases gerais das concessões do serviço público de movimentação de carga em áreas portuárias, operou-se o Decreto-Lei nº 324/1994, criando maiores condições para que as Administrações Portuárias portuguesas se libertassem do envolvimento com atividades operacionais e gestão comercial, para concentrar sua atuação nas funções de Autoridade Portuária.¹¹²

¹⁰⁶ Decreto-Lei nº 298/1993. Art. 2º, letra “e”. “Serviço público de movimentação de cargas, aquele que é prestado a terceiros por empresa devidamente licenciada para o efeito, com fins comerciais na zona portuária”.

¹⁰⁷ Decreto-Lei nº 298/1993. Art. 2º, letra “f”. “Autoridade portuária, as administrações portuárias e as juntas autônomas dos portos, a quem está cometida a administração e a responsabilidade pelo funcionamento dos portos nacionais”.

¹⁰⁸ Art. 2º, letra “g”. “Empresas de estiva, as pessoas colectivas licenciadas para o exercício da actividade de movimentação de cargas em zona portuária”.

¹⁰⁹ Decreto-Lei nº 298/1993. Capítulo V - Concessão de Serviço Público. Art. 26º, 1. “A atividade de movimentação de carga em cada cais ou terminal deve ser atribuída pela autoridade portuária às empresas de estiva mediante concessão de serviço público, que pode integrar também concessão de obras públicas”.

¹¹⁰ Art. 29, 1, do Decreto-lei nº 298/1993.

¹¹¹ Art. 27 do Decreto-lei nº 298/1993.

¹¹² TORRES, José Lima. *Legislação Portuária*, p. 591.

Como objeto da concessão, o Decreto-Lei nº 324/1994 determinou ser o direito de exploração comercial, em regime de serviço público, da atividade de movimentação de cargas, incluindo o respectivo estabelecimento.¹¹³

A concessão do serviço portuário pode prever a realização de operações de movimentação de cargas por empresas de estiva estranhas à entidade concessionária, e, nesses casos, a entidade concessionária deve ser autorizada pela Autoridade Portuária.¹¹⁴

As atividades de movimentação de cargas podem ser prestadas ao público mediante: concessão de serviços públicos a empresas de estiva, licenciamento, ou ainda, pela Autoridade Portuária.¹¹⁵ Convém, entretanto, realizar um esclarecimento: a prioridade no sistema português deve ser sempre dada à realização de concessão de serviços públicos, somente se justificando o licenciamento quando existir a possibilidade de o concurso concessivo do porto ficar deserto,¹¹⁶ ou se reconhecer o interesse estratégico para a economia nacional.¹¹⁷ Somente poderá a Autoridade Portuária exercer as atividades de operação portuária, quando a prestação do serviço for insuficiente, ou para assegurar a livre concorrência.¹¹⁸

Com relação à movimentação de cargas nas áreas portuárias de serviços privativos, a mesma pode ser livremente exercida desde que as cargas sejam destinadas ou provenham de indústrias dos respectivos titulares do uso privativo de parcelas do domínio público, ou dos concessionários de serviço público ou obras públicas portuárias.¹¹⁹ Há semelhança com os terminais privativos de uso exclusivo, da legislação brasileira, nos quais, nas áreas portuárias de serviços privativos, somente podem ser movimentadas cargas próprias dos detentores do domínio da área, seja por meio título de uso privativo, seja por concessão.¹²⁰

A legislação portuguesa sobre portos marítimos consiste, ainda, em inúmeros decretos-lei esparsos. Cada porto possui seu próprio decreto-lei, que, analisados em

¹¹³ Decreto-lei nº 324/1994, Capítulo I, Base 1, 1.

¹¹⁴ Art. 30 do Decreto-lei nº 298/1993.

¹¹⁵ Art. 3º, 2, do Decreto-lei nº 298/1993.

¹¹⁶ Nesse caso, deve haver despacho fundamentado do Ministro do Mar. Art. 3º, 3, letra “a”, do Decreto-lei nº 298/1993.

¹¹⁷ Esse reconhecimento deve se dar por meio de Resolução do Conselho de Ministros. Artigo 3º, 3, letra “b”, do Decreto-lei nº 298/1993.

¹¹⁸ Para que isso ocorra, deve ser previamente ouvida a “Direcção-Geral de Concorrências e Preços”. Art. 3º, 4, do Decreto-lei nº 298/1993.

¹¹⁹ Art. 5º, 2, do Decreto-lei nº 298/1993.

¹²⁰ Diferente é o caso do terminal de uso privativo misto, para o qual a Lei nº 8.630/1993 permitiu que fossem ainda movimentadas cargas de terceiros de forma complementar. A legislação portuguesa não possui nenhuma figura assemelhada ao terminal misto.

conjunto, refletem o mesmo modelo. As empresas da estiva estão sujeitas não somente às normas presentes nos decretos-lei que regulam genericamente os portos portugueses, mas também às normas constantes nos decretos-lei e regulamentos de exploração do respectivo porto onde atuam.¹²¹

O atual modelo do sistema portuário português impôs uma gestão realizada pela Administração Portuária, de forma mais dinâmica e flexibilizada, conjugando uma forma jurídica de Direito Privado e seu enquadramento no setor público. A diversidade de atribuições conferidas à Administração conjuga a prestação de serviço, cuja natureza é puramente empresarial, com o exercício de poderes inerentes à Autoridade Portuária. Nesse sentido é o Decreto-Lei nº 335/1998, que regula a Administração dos Portos de Douro e Leixões, S.A..¹²²

A Administração dos Portos portugueses é dotada de personalidade de Direito Público, consistente em sociedades anônimas de capital exclusivamente público,¹²³ pessoas jurídicas, portanto, similares às Companhias Docas brasileiras. A regulação do setor foi atribuída, pelo Decreto-lei nº 331/1998, ao Instituto Marítimo-Portuário (IMP), que é dotado de autonomia administrativa, financeira e patrimônio próprio, e nele foram centralizadas as competências para supervisão, fiscalização e planejamento estratégico do setor. Como instituto regulador, lhe cabe a formulação, preparação e acompanhamento de todos os *instrumentos técnicos e normativos* conexos ao setor marítimo-portuário.¹²⁴ O IMP está sujeito à superintendência do Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território.¹²⁵

Em suma, o Instituto Marítimo-Portuário (IMP) surgiu, em Portugal, como instituto nacional regulador do setor, detendo atribuições de competência similares às da ANTAQ, Agência Reguladora brasileira do setor no âmbito nacional.

Recentemente, em artigo publicado no *site* do governo português, a Secretaria de Estado dos Transportes anunciou a formulação de uma Lei Geral Marítima, que conterà os princípios orientadores do Direito Marítimo. Essa nova Lei

¹²¹ Art. 6º do Decreto-lei nº 298/1993.

¹²² TORRES, José Lima. *Legislação Portuária*, p. 13-14.

¹²³ Ibidem, p. 14, 38, 62, 86, 121 e 141. Seguem as pessoas jurídicas e as respectivas normas que as regulam: Administração dos Portos do Douro e Leixões, S.A. (Decreto-lei nº 335/1998); Administração do Porto de Lisboa, S.A. (Decreto-lei nº 336/1998); Administração do Porto de Sines, S.A. (Decreto-lei nº 337/1998); Administração do Porto de Setúbal e Sesimbra, S.A. (Decreto-lei nº 338/1998); Administração do Porto de Aveiro, S.A. (Decreto-Lei nº 339/1998); e Administração dos Portos da Região Autónoma da Madeira, S.A. (Decreto Legislativo Regional nº 19/99/M).

¹²⁴ TORRES, José Lima, op. cit., p. 159.

¹²⁵ Artigo 1º, 1, do Decreto-lei nº 331/1998.

dos Portos vai estabelecer um quadro normativo estável, transparente, harmonizado, sustentável e flexível, que potencializa a competitividade dos portos nacionais portugueses.¹²⁶

Em uma análise comparativa mais aprofundada entre o sistema portuário português e o sistema brasileiro, verificamos uma diferença essencial. Enquanto no Brasil a movimentação de mercadorias é liberalizada a todos os operadores portuários, bastando que estes sejam pré-qualificados pela Administração do Porto, em Portugal a movimentação de carga deve ser realizada, preferencialmente, por uma única empresa de estiva, por meio de concessão de serviços públicos (ou conjuntamente, de obras portuárias).

No Brasil, quando existe concessão do serviço público, o que se concede é a atividade de Administração da infraestrutura e de Autoridade Portuária, funções que, embora sejam distintas, devem ser exercidas, de acordo com a vontade do legislador, pela mesma pessoa jurídica. Já, em Portugal, a Administração Portuária e a Autoridade Portuária também se personificam em uma mesma pessoa jurídica, porém, não há previsão para que essa atividade seja concedida; ao contrário, ela é outorgada a sociedades de economia mista.

1.2.2.4 Argentina

A legislação portuária argentina prevê a regulamentação federal do setor portuário, tendo como principal função garantir os princípios da livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais. Pela Constituição Argentina, é proibido, no exercício da jurisdição,¹²⁷ que sejam concedidos privilégios ou preferências a determinado porto, estando tanto o princípio da livre concorrência quanto a

¹²⁶ PORTUGAL. Portal do Governo. *Reformas legislativas no transporte marítimo de mercadorias*. Lisboa, 2008. Disponível em: <www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Ministerios/MOPTC/comunicacao/Intervencoes/20080306_MOPTC_Int_SET_Transporte_Mar%C3%ADtimo_Mercadorias.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.

¹²⁷ Para Gordillo, jurisdição dos portos marítimos é o mesmo que dizer regulação e fiscalização, de tal sorte que o autor utiliza, em seu texto, ambos os termos de forma indiscriminada. (*Después de la reforma del Estado*: Cap. VIII - Desregulación y privatización portuaria. 2. ed. Buenos Aires, 1998. Disponível em: <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em: 28 out. 2008).

competitividade, explícitos no texto e no espírito constitucional argentino, segundo posicionamento de Agustín Gordillo.¹²⁸

Gordillo diferencia, a partir da Lei dos Portos, uma tríplice disciplina da matéria portuária. Em primeiro lugar, a *propriedade* provincial das águas e praias; em segundo lugar, a *jurisdição* ou *regulação* nacional sobre as águas e praias e sobre o porto; e, em terceiro, o *uso* da água pelo titular do porto (sendo no caso do porto privado uma restrição ao domínio público provincial).¹²⁹

Na Argentina, sempre se admitiu a participação de capital privado para realização de obras, operação e exploração de portos públicos, geralmente por meio de concessões de obras públicas, sendo alguns portos construídos por empresas privadas, que recebiam, como contraprestação, a possibilidade de explorá-los por período determinado.¹³⁰

A “privatização” dos portos argentinos, entretanto, surgiu com a Lei de 1992, com a finalidade de melhorar o setor, que se encontrava atravancado por operações portuárias encarecidas e lentas, principalmente no processo de carga e descarga, com grandes custos de depósitos e longas filas de caminhões para o embarque de cargas nos portos, somado, ainda, a normas trabalhistas que atrasavam e complicavam as operações.¹³¹

A grande inovação da Lei dos Portos argentina foi trazida pela previsão legal dos portos privados,¹³² que antes somente consistiam em um sistema paralelo de normas e comportamentos.

Segundo Gordillo, os portos podem ser classificados, quanto à sua titularidade, em nacionais, provinciais, municipais ou particulares; e segundo o seu destino (o que dá ensejo à aplicação de diferentes regimes jurídicos), em comerciais, industriais e recreativos. Cabe observar que o destino pode ser modificado.¹³³

¹²⁸ *Después de la reforma del Estado*: Cap. VIII - Desregulación y privatización portuaria, p. 1-3.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 5-6.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 6-7.

¹³¹ *Ibidem*, p. 7-9.

¹³² Portos privados são aqueles construídos por particulares para o uso exclusivo de suas empresas, com a finalidade de reduzir custos e se tornarem competitivos no mercado mundial. Eles passaram a realizar a movimentação de sua própria carga.

¹³³ *Op. cit.*, p. 13.

Com a sanção da Lei dos Portos nº 24.093, se intensificaram as transferências de portos às províncias.¹³⁴ De forma semelhante, a Lei dos Portos argentina, Lei nº 9.277/1996, que transfere atribuições da União ao Estado, previu a transferência de atribuições à província mediante convênios.¹³⁵

A Lei dos Portos concretizou a “privatização” de terminais de cargas no Novo Porto de Buenos Aires, na modalidade de concessão onerosa.¹³⁶

A habilitação dos portos é necessária àqueles que se destinem ao comércio internacional e interprovincial e está prevista pelo art. 4º da Lei dos Portos. A habilitação é apresentada como faculdade do Congresso Nacional e, por meio desta, o habilitado passa a gozar de estabilidade, somente perdendo-a em razão de decisão judicial. Os portos que não estejam voltados ao comércio internacional ou interprovincial, ao contrário dos primeiros, não necessitam de habilitação estatal para seu funcionamento, somente devendo obedecer às normas a estes pertinentes.

Uma reforma substancial ocorreu com a Lei argentina dos Portos de 1992, pela qual o regime de delegação de habilitações foi passado ao Poder Legislativo, sendo, como se apontou, o Congresso Nacional o responsável pelas outorgas.¹³⁷

Segundo Roberto Dromi, a administração de cada um dos portos tem, a seu cargo e abaixo de sua responsabilidade, o dragado, a sinalização, o balizamento e outras atividades conexas em seus respectivos canais de acesso e espelhos d’água, sem prejuízo da aplicação das normas aduaneiras e fiscais vigentes.¹³⁸

¹³⁴ Transferem-se às províncias de Missões: os portos de Iguazú, Eldorado, Pinares e Pousadas; à Província de Buenos Aires: os de La Plata, San Isidro, Mar Del Plata, San Nicolás, San Pedro, Tigre, Olivos, Baradero, Campana, Ramallo, Zárate e Carmen de Patagones; à província de Santa Fé: os de Villa Constitución, General San Martín, Helvecia e Reconquista; à província de Corrientes: os de Alvear, Bella Vista, Corrientes, Empedrado, Esquina, Goyz, Ita Ibatí, Atatí, Ituzaingó, Paso de los Libres e Santo Tomé; à província de Chubut, os portos de Madryn, Camarones e Comodoro Rivadavia; e por fim à província de Santa Cruz, os dos Río Gallegos, Punta Quilla, San Julián e Deseado. (DROMI, Roberto. *Empresas publicas: de estatales a privadas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 63).

¹³⁵ Ibidem, p. 35.

¹³⁶ Ibidem, p. 63.

¹³⁷ GORDILLO, Agustín. *Después de la reforma del Estado*: Cap. VIII - Desregulación y privatización, p. 16.

¹³⁸ Op. cit., p. 63.

2 SERVIÇO PORTUÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

O tema portos mereceu relevância constitucional como instrumento de produção e desenvolvimento econômico, de satisfação de necessidades coletivas e de realização de valores essenciais à nação brasileira.¹³⁹

2.1 Domínio portuário e sua integração ao domínio marítimo

Diversamente da legislação portuária espanhola, que disciplinou o domínio público portuário na mesma lei da prestação de serviços portuários,¹⁴⁰ a Lei de Modernização dos Portos nacional não possui previsão específica a esse respeito, o que nos obriga a realizar uma construção sistemática sobre a matéria.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 20, incisos VI e VII, como domínios da União, tanto o mar territorial quanto os terrenos de marinha. Esses domínios são inerentes não somente ao comando portuário e à exploração do serviço, como também à própria noção de porto organizado, de extrema importância para este estudo.

As águas públicas, segundo José Cretella Júnior, formam uma das mais importantes categorias de domínio e, dentro delas, se sobressai o *mar*, tanto em razão de seu interesse aos fins da economia nacional quanto pela complexidade da legislação e profundidade dos estudos que deram origem ao seu domínio. Cabe à Administração, quanto ao mar, regular o uso e coibir o abuso.¹⁴¹

Os portos situam-se em diferentes bens de domínio público, como rios, lagos e os mares territoriais. A natureza jurídica do lugar escolhido pelo homem para fins de movimentação de pessoas ou mercadorias, portanto, conforme ressalta José Cretella Júnior, acompanha a natureza jurídica das águas onde se localiza o porto.

¹³⁹ *Petição inicial da ADPF nº 139/DF*, assinada por Marçal Justen Filho e Luiz Antônio Bettiol. (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verpeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=139&processo=139>>. Acesso em: 27 mar. 2009).

¹⁴⁰ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *El régimen del dominio público portuario en la nueva ley*, p. 45-69.

¹⁴¹ *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 199.

O porto é bem público,¹⁴² sendo os portos marítimos, em razão da previsão do art. 20, incisos VI e VII, bens públicos da União.

Ao conjunto natural, inerente ao porto, podem ser conjugados requisitos artificiais, ou seja, alterações, construções e aparelhamentos realizados pelo homem, visando determinado fim, permitindo uma definição teleológica ou finalista do porto.¹⁴³

De acordo com Suriman Nogueira de Souza Júnior, os portos marítimos são considerados *bens de uso público* porque destinados ao transporte de passageiros e mercadorias.¹⁴⁴ Com a devida vênia, discordamos desse entendimento.

Os terminais de uso público, considerados espaços organizados e especializados para a realização de operações de tráfego portuário,¹⁴⁵ são submetidos a restrições de ingresso, de modo a melhor atender a exploração do serviço público. Assim, por exemplo, os operadores portuários devem ser pré-qualificados pela Administração Portuária, para que possam ingressar e operar em determinado porto,¹⁴⁶ e os trabalhadores portuários avulsos devem ser cadastrados no OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra) local,¹⁴⁷ somente sendo liberado o ingresso no porto daqueles TPAs (Trabalhadores Portuários Avulsos) engajados em determinada operação portuária. Desse modo, os portos organizados não podem ser considerados *bens de uso público*,¹⁴⁸ pois a restrição de ingresso tira o caráter de livre acesso, próprio desses bens, justificando-se, tal restrição, principalmente, em razão da necessária segurança que deve ser resguardada ao local.

O ingresso, dessa forma, somente é autorizado pela Autoridade Portuária local, que pode credenciar os usuários para esse fim, configurando-se o porto como um *bem de uso especial*.¹⁴⁹ Nos portos organizados, onde se instalam os serviços públicos portuários, somente os administrados que preenchem determinados requisitos exigidos pela Autoridade Portuária local podem operar, trabalhar ou

¹⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*, p. 226.

¹⁴³ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*, p. 20.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 11.

¹⁴⁵ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *El régimen del dominio público portuario en la nueva ley*, p. 62.

¹⁴⁶ Art. 9º da Lei nº 8.630/1993.

¹⁴⁷ Artigos 26 e 27 da Lei nº 8.630/1993.

¹⁴⁸ Bens de uso público são abertos à livre utilização de todos, como ruas, praças, estradas, rios e mares etc. Dizer que é livre significa que independe de ato administrativo voltado a alguma individualização de tal e qual utente. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 909-911).

¹⁴⁹ Bens de uso especial são aqueles, como regra, destinados ao uso correspondente à prestação do serviço que está ali sediado. (Ibidem, loc. cit.).

realizar alguma atividade correlata descrita pela LMP, e, desse modo, somente esses administrados serão considerados usuários dos serviços fornecidos.¹⁵⁰

Embora sejam disciplinas diversas, uma para o bem público e outra para o serviço realizado nos portos, tanto o bem quanto a atividade devem concorrer para a realização do interesse público.¹⁵¹ Ainda que, com maior razão, o objeto, na exploração do serviço público, deva ser instrumentalizado para a realização do interesse público, esse interesse deverá estar também presente na disciplina dos bens públicos, mesmo que em menor grau e de forma reflexa.

Com relação ao bem público porto, que é inerente ao serviço portuário, assim como ao terreno de marinha e ao mar territorial no qual o porto está situado, é importante ressaltar, como o faz Agustín Gordillo, que a mera restrição não muda a natureza do domínio, o qual continua sendo público, mas a de sua utilização, ou seja, a do serviço portuário que nele será realizado, se em favor, ou não, do titular do porto. Conforme o destino conferido ao porto marítimo, a depender de ser ele destinado ao uso do próprio titular (terminais privativos) ou ao de terceiros (terminais de uso público).¹⁵²

Assim, a natureza jurídica do domínio do porto, seja ele terminal de uso privativo ou porto público, será sempre de bem público; o que muda é a natureza do serviço ali realizado, que, quando efetivado em instalações de uso público, será de serviço público e, enquanto realizado em terminais privativos, mesmo nos mistos, será atividade econômica em sentido estrito.

2.2 Sistema normativo

O Serviço Portuário foi previsto pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 21, inciso XII, letra “f”, que atribui competência à União para exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização. Há, ainda, a previsão constitucional presente no art. 22,

¹⁵⁰ CRETTELA JÚNIOR, José. *Tratado do domínio público*, p. 332.

¹⁵¹ TACCOGNA, Geralamo. *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, p. 50.

¹⁵² *Después de la reforma del Estado*: Cap. VIII - Desregulación y privatización portuaria, p. 15.

inciso X, determinando a competência exclusiva da União para legislar sobre o regime dos portos.

Deflui dos dispositivos acima referidos ser competência da União Federal legislar e explorar os portos marítimos. Vários outros fatores corroboram tal assertiva. Em primeiro lugar, a atribuição de competência para que a União legisle sobre assuntos portuários é consequência necessária do regime de *domínio público do espaço portuário*. Ademais, é inegável a íntima ligação do porto com bens que, constitucionalmente, são definidos como de domínio da União, como o terreno de marinha e o mar territorial, ou seja, na atividade portuária, o espaço físico utilizado somente é disponível pela União.¹⁵³

Mas há, ainda, outros dois fortes argumentos para tanto. Um está no fato de o serviço portuário marítimo estar diretamente ligado à *política econômica nacional* adotada em determinado tempo e lugar, principalmente conectada a fatores como a exportação e a importação. Além disso, soma-se a inequívoca importância que têm os portos nacionais para a *segurança nacional*, não se restringindo esta aos portos militares, mas estendendo-se, principalmente, aos portos comerciais, que, via de regra, estão localizados em áreas estratégicas.¹⁵⁴

Cumprе também ressaltar que a Lei nº 9.277/1996¹⁵⁵ autorizou a União a delegar a exploração dos portos aos Municípios, Estados e Distrito Federal, impedindo, com isso, que exista uma irredutível distância entre a exploração do serviço e o ente federativo em que é exercido. Ao contrário, o diploma os aproxima, de acordo com a escolha política da União, permitindo, até mesmo, ao Município onde está localizado o porto, explorá-lo diretamente ou optar pela concessão do serviço.

¹⁵³ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*, p. 8.

¹⁵⁴ Em sentido contrário, posiciona-se Richard Paes Lyra Júnior: “Ao atribuir competência exclusiva à União para gerir os portos brasileiros, a Carta Magna, indevidamente, desconsidera a participação dos demais entes federativos na atividade portuária, uma vez que as administrações locais, por razões óbvias, possuem amplo conhecimento dos problemas enfrentados diariamente pelos mesmos. Ora, nos parece absolutamente ilógico que se atribua competência absoluta à União para gerir e legislar sobre matérias inerentes a assuntos portuários, já que em um sistema federativo, cujo maior propósito é a descentralização dos poderes, é inaceitável a marginalização dos estados e municípios portuários nas decisões que envolvem não apenas o porto, mas toda uma região”. (*Reflexões acerca de um novo modelo de gestão portuária no Brasil*. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_129_Reflexoes_acerca_de_um_novo_modelo_de_gestao_portu>. Acesso em: 10 out. 2008).

¹⁵⁵ O Decreto nº 2.184, de 24 de março de 1997, regulamentou o art. 2º da Lei nº 9.277/1996. O Decreto nº 2.247, de 06 de junho de 1997, acrescentou inciso ao art. 3º e alterou a redação do art. 4º, ambos do Decreto nº 2.184, de 24 de março de 1997.

A grande mudança no setor veio com a vigência da Lei Federal nº 8.630/1993, que, efetivamente, regulamentou o art. 22, inciso X, da Constituição Federal. Originário do Projeto de Lei nº 8/1991, que continha 11 (onze) artigos, o diploma teve sua redação final consubstanciada no Projeto de Lei SF nº 66/1992, o qual foi convertido na Lei em questão, que contém 76 (setenta e seis) artigos.¹⁵⁶

Mesmo com a promulgação da Lei dos Portos, poucas mudanças ocorreram na realidade portuária. Por essa razão, surgiu o Gempo (Grupo Executivo para Modernização dos Portos), criado pelo Decreto nº 1.467/1995, com a finalidade de coordenar providências necessárias à modernização do sistema portuário brasileiro, ou seja, para tornar efetivas as disposições legais presentes na Lei nº 8.630/1993.¹⁵⁷

Posteriormente, a Lei nº 10.233/2001 criou a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários), como ente regulador do setor portuário, exercendo atividades executivas, normativas e decisórias. O art. 23 da Lei nº 10.233/2001 determina o âmbito da regulação a ser exercida pela ANTAQ, abrangendo a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, além da portuária, de cabotagem e de longo curso, e o transporte aquaviário de cargas especiais ou perigosas, bem como portos organizados e terminais portuários privativos.¹⁵⁸

A referida Agência vem desenvolvendo sua função normativa de forma intensa, editando inúmeras resoluções que tratam, principalmente, de autorizações de instalações de uso privativo e de arrendamentos de instalações portuárias. As mais significativas são a Resolução nº 055, de 16 de dezembro de 2002 (devendo ser analisada junto com o Decreto nº 4.391/2002), que aprova normas de arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas, e a Resolução nº 517, de 18 de outubro de 2005, que aprova a norma de outorga de autorização para a construção, exploração e ampliação de terminal de uso privativo. Essas resoluções merecem exame especial, tanto por delimitar a natureza jurídica dos institutos da autorização de terminais privativos e dos arrendamentos portuários, como por limitarem a livre iniciativa nesse setor de infraestrutura, trazendo reflexos no desenvolvimento global do setor.

O art. 14 da Lei nº 11.518/2007 modificou o art. 1º, incisos VI e VII, da Lei nº 8.630/1993, criando uma definição legal para “*instalação portuária pública de*

¹⁵⁶ STEIN, Alex Sandro. *Curso de direito portuário*. São Paulo: LTr, 2002, p. 42-46.

¹⁵⁷ Art. 1º do Decreto nº 1.467/1995.

¹⁵⁸ COLLYER, Wesley O. *Lei dos portos: o conselho de autoridade portuária e a busca da eficiência*, p. 103-104.

pequeno porte”, reservada à movimentação de passageiros, de mercadorias, ou de ambos, destinados ou provenientes de navegação interior.

Recentemente, o Decreto nº 6.620/2008 estabeleceu as políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor portuário de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República.

No Direito Internacional, o Brasil possui acordos bilaterais assinados com 12 (doze) países.¹⁵⁹ Dentre as principais normas, pode ser citada a Convenção SOLAS, de 25 de maio de 1980, que, por força do Decreto Legislativo nº 11/1980, teve sua promulgação pelo Decreto nº 87.186/1985. Por meio dessa Convenção, o Brasil assumiu o compromisso de implementar o Código ISPS, ou também chamado, *ISPS Code*.

Esse Código ISPS surgiu com o intuito de trazer maior segurança aos portos marítimos, após o fatídico atentado de 11 de setembro às torres gêmeas, nos Estados Unidos. No Brasil, a certificação das instalações portuárias “seguras” é realizada pela Comissão Nacional de Segurança Pública de Portos, Terminais e Vias Navegáveis, da qual participam os Ministérios da Justiça, da Defesa (Marinha do Brasil), da Fazenda, das Relações Exteriores e de Transportes.¹⁶⁰

Outras normas internacionais do setor portuário também podem ser apontadas: a Convenção da Vinã Del Mar, o *ISM Code*, o *Blu Code* (também chamado, por nós, de “Livro Azul” da União Europeia) e as decisões de organizações internacionais como a OMI (Organização Marítima Internacional) e de outros Tribunais de blocos econômicos internacionais.

2.3 Das definições apresentadas pela Lei dos Portos

O setor portuário foi o primeiro a sentir o processo de mudança ocorrido na década de 1990, em todos os setores de infraestrutura.¹⁶¹ Segundo José Rodrigues

¹⁵⁹ Alemanha, Argélia, Argentina, Bulgária, Chile, China, França, Polônia, Portugal, Romênia, Rússia e Uruguai. (Fonte: BRASIL. Secretaria Especial dos Portos. *Site institucional*. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008).

¹⁶⁰ A certificação dos navios é realizada pela Marinha do Brasil, autoridade marítima. (Ibidem, loc. cit.).

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 59-74, jul./set. 2008, p. 60.

e José Pascoal Vaz, houve, após 1993, um notório crescimento da atividade portuária. Em pesos e valores, nota-se um crescimento superior ao da economia brasileira.¹⁶²

A Lei dos Portos, ou Lei de Modernização dos Portos (LMP), possui inúmeras definições legais, as quais são importantes para posterior especificação do regime jurídico. Por isso, serão reproduzidas e analisadas de início.

A primeira definição apresentada pela Lei dos Portos é a de “*porto organizado*”, constante do seu art. 1º, § 1º. Para os efeitos da lei, porto organizado é o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária.

Os elementos colocados como definidores do porto organizado são tanto os físicos – sendo considerado todo o espaço terrestre somado à estrutura necessária para que o serviço seja prestado (devendo ser analisado junto com o conteúdo da definição de *área do porto organizado*, dada pelo art. 1º, § 1º, inciso IV, da LMP) – quanto os finalísticos, ou seja, a estrutura deve ser adequada a uma efetiva exploração do serviço e atendimento ao usuário.

Outra observação diz respeito à previsão de que a exploração do serviço será realizada diretamente pela União ou por meio de concessão de serviço público, cuja análise pode levar à falsa conclusão de que somente a União poderia explorar o porto organizado ou conceder o exercício deste. É necessário, porém, examinar essa determinação junto à Lei nº 9.277/1996, que autoriza a União a delegar,¹⁶³ aos Municípios, Estados da Federação e ao Distrito Federal, a administração e a exploração de rodovias e portos federais, podendo estes outros entes concederem os que entendam necessários, e/ou, posteriormente, poderão realizar arrendamentos das instalações portuárias públicas, situadas dentro do porto organizado objeto da outorga.

¹⁶² Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, em 1990, as exportações somavam US\$ (FOB) 31,4 bilhões, subindo para US\$ 137,5 bilhões em 2006. Em peso, os comparativos são de 359,7 milhões de toneladas em 1990, para cerca de 700 milhões de toneladas em 2006. (Portos brasileiros: duzentos anos de transformação socioeconômica, p. 328-329).

¹⁶³ Essa é a expressão usada pela lei, e preferimos mantê-la, apesar do grande dissenso a respeito da palavra “delegação” em Direito Administrativo.

A definição apresentada pela LMP de *área do porto organizado* delimita o espaço físico onde são prestados serviços públicos portuários, sendo a delimitação dessa área de natureza administrativa, não criando, em favor da Administração Portuária, qualquer direito real ou preferências. A concessionária, portanto, exerce seus poderes e deveres concernentes à concessão, dentro da área do porto organizado, sendo, assim, sua especificação e delimitação cláusula básica e essencial de todo o contrato de concessão.¹⁶⁴

A Lei de Modernização dos Portos define “*operação portuária*”,¹⁶⁵ cuja análise deve ocorrer conjuntamente à definição de “*operador portuário*”,¹⁶⁶ como sendo a movimentação de passageiros ou a movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários, isto é, por pessoa jurídica pré-qualificada na área do porto organizado.

As operações portuárias são realizadas em regime de Direito Privado, sendo os operadores portuários empresários e usuários da infraestrutura portuária (pública). A definição legal esclarece, em primeiro lugar, que, somente no porto organizado, ou seja, em instalações portuárias de uso público, se realizam operações portuárias, e, em segundo lugar, que essa atividade somente pode ser realizada por pessoa jurídica pré-qualificada como operador portuário.¹⁶⁷

Por sua vez, “*instalação portuária de uso privativo*”, entendida como a explorada por pessoa jurídica de Direito Público ou Privado, dentro ou fora da área do porto, é definida pelo inciso V do artigo 1º da Lei de Modernização dos Portos como a utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.

¹⁶⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na lei nº 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 22, p. 23.

¹⁶⁵ Art. 1º, § 1º, inciso II, da Lei nº 8.630/1993.

¹⁶⁶ Art. 1º, § 1º, inciso III, da Lei nº 8.630/1993.

¹⁶⁷ Operador Portuário, segundo o art. 1º, incisos II e III, da Lei nº 8.630/1993, é toda a pessoa jurídica pré-qualificada para a movimentação e armazenagem de mercadoria, destinada ou proveniente de transporte aquaviário, na área do porto organizado. A natureza jurídica da pré-qualificação, a ser realizada junto à Autoridade Portuária, será analisada mais adiante neste trabalho.

O inciso supramencionado deve, necessariamente, ser analisado junto com outras normas setoriais portuárias. O Decreto Presidencial nº 6.620/2008, em seu art. 35, inciso II, traz a previsão de que as instalações de uso privativo misto destinam-se à movimentação, *preponderantemente*,¹⁶⁸ de carga própria¹⁶⁹ e, em caráter subsidiário e eventual, de carga de terceiros.

As últimas duas definições apontadas, as quais somente transcreveremos em razão de sua menor importância, são a de “*estação de transbordo de carga*”,¹⁷⁰ como sendo a situada fora da área do porto, utilizada, exclusivamente para operação de transbordo de cargas, destinadas ou provenientes da navegação interior; e a de “*instalação portuária pública de pequeno porte*”,¹⁷¹ entendida como a destinada a operações portuárias de movimentação de passageiros, de mercadorias, ou de ambos, destinados ou provenientes do transporte de navegação interior.

2.4 Do modelo adotado pela Lei dos Portos

O autor inglês Alfred Baird apresenta um quadro sistematizador dos modelos portuários encontrados no mundo, cuja reprodução nos parece de suma importância:

FUNÇÃO	REGULAÇÃO	GESTÃO DE ESPAÇOS	PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS
Modelo Público	Pública	Pública	Pública
Modelo Privado I	Pública	Pública	Privada
Modelo Privado II	Pública	Privada	Privada
Modelo Privado III	Privada	Privada	Privada

Quadro 01: Modelo portuário.

¹⁶⁸ Antes da edição do decreto em comento, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara se manifestaram no sentido de que, para se precisar a proporção entre carga própria e de terceiros, a ser movimentada pelas instalações portuárias de uso privativo misto, a Administração disporia de relativa margem de discricionariedade, tendo poder, para a análise de conveniência e oportunidade, de estipular critérios a serem empregados no caso concreto. (Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23).

¹⁶⁹ Art. 35º, inciso II, do Decreto nº 6.620/2008. (Ibidem, p. 67).

¹⁷⁰ Art. 1º, §1º, inciso VI, da Lei nº 8.630/1993.

¹⁷¹ Art. 1º, §1º, inciso VII, da Lei nº 8.630/1993.

Fonte: Alfred Baird.¹⁷²

Pelo quadro apresentado, verificamos que existem portos totalmente privatizados, inclusive no que tange à função regulatória. Esse modelo (“Privado III”) somente teria lógica, segundo Baird, nos portos de iniciativa privada dedicados a uma única função.¹⁷³

O modelo público foi o adotado anteriormente pelo Brasil, conforme já anotado, pela Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, quando o monopólio dos portos brasileiros era exercido pela CONPORTOS.

A partir da Lei nº 8.630/1993, foram adotados dois modelos distintos. Um para os *terminais de uso público*, podendo claramente se inferir que se trata do modelo “Privado I”, em que tanto a regulação quanto a gestão de espaços são públicas, somente sendo privada a prestação efetiva da atividade consistente na operação portuária.

O outro modelo adotado pela LMP foi para os *terminais de uso privativo*, sejam eles de uso exclusivo ou misto. Trata-se do modelo “Privado II”, ou seja, a regulação do serviço é estatal, tanto que é necessária a outorga de autorização para que o particular explore instalação portuária própria, sendo a gestão do espaço e a prestação do serviço privadas. Neste último caso, o particular exerce, exclusivamente ou predominantemente, a exploração do porto, movimentando carga própria.

Podem ser apontados, ainda, diversamente dos modelos colocados por Baird, três principais modelos de gestão de portos marítimos, que também podem ser observados em todo o mundo:

a) O *public service ports* ou *service ports*: onde tudo é público. Todos os serviços são realizados, direta ou indiretamente, pelo Estado (semelhante ao modelo público de Baird);

b) O *full privated ports*: em que apenas o manuseio da carga a bordo é realizado pelo operador portuário privado;

¹⁷² Privatization and deregulation in seaports. In: BRADSHAW, B.; LAWTON-SMITH, H. (Eds.). *Privatization and deregulation of transport*. Londres: Macmillan, 2000, p. 397.

¹⁷³ BAIRD, Alfred. Privatization and deregulation in seaports, p. 397.

c) O *landlord*: no qual a infraestrutura tem o caráter de serviço público, enquanto a superestrutura e a operação portuária têm caráter privado.¹⁷⁴ A função da Administração Portuária, neste último modelo, é a de ordenar a atividade privada e proporcionar espaços para a sua localização, mais do que, propriamente, realizar a prestação direta do serviço, havendo predomínio da função reguladora.¹⁷⁵ Este modelo também se assemelha ao modelo “Privado I”, de Baird.

Diferente da legislação portuária anterior, como já verificado em análise histórica, onde o modelo adotado era, predominantemente, o do monopólio estatal, e o Estado, personificado na Administração do Porto, era responsável tanto pela execução dos serviços portuários quanto pela conservação das instalações portuárias, em toda a extensão da *hinterland*,¹⁷⁶ a atual legislação portuária adotou, para os terminais de uso público, o modelo conhecido como *landlord*, em que a Administração Portuária não desenvolve atividades empresariais no espaço portuário, tendo uma gestão que permite a livre concorrência entre os operadores portuários, sendo competente para a realização: do *planejamento da zona portuária*, por meio do plano de desenvolvimento e zoneamento portuário,¹⁷⁷ do *arrendamento de áreas*, nos termos do art. 34 da Lei nº 8.630/1993, da *gestão da infraestrutura portuária* e da *regulação dos operadores portuários* locais.

A Lei nº 8.630/1993 desenhou o modelo no qual se verificam como públicas as atividades de Autoridade e Administração Portuárias, e, embora a Administração Portuária seja, por força legal, operadora portuária nata, sua atuação somente se voltará a essa atividade caso se mostre de extrema necessidade ao porto organizado, ou seja, caso não existam operadores portuários interessados em realizar a atividade econômica.

As atividades de gestão da infraestrutura portuária e de Autoridade Portuária é que têm caráter essencialmente público, ou de serviço público, podendo ser exercidas, diretamente ou indiretamente, pela União. Ao contrário, as operações

¹⁷⁴ COLLYER, Wesley O. *Lei dos portos: o conselho de autoridade portuária e a busca da eficiência*, p. 55.

¹⁷⁵ MENÉNDEZ REXACH, Ángel. *El régimen del dominio público portuario en la nueva lei*, p. 64.

¹⁷⁶ Na *hinterland*, ou hinterlândia, conforme já esclarecido anteriormente, todos os portos organizados tinham o monopólio do embarque e desembarque das mercadorias de determinada localidade ou a ela destinadas, sistema este, que era semelhante ao das capitânias hereditárias.

¹⁷⁷ O Plano de Desenvolvimento e Zoneamento Portuário deve ser aprovado pelo Conselho de Autoridade Portuária, nos termos do art. 30 da Lei nº 8.630/1993, como veremos mais adiante neste trabalho.

portuárias de movimentação e armazenagem de mercadorias, dentro e fora das embarcações, são exercidas em regime jurídico de Direito Privado, tratando-se de atividades econômicas sujeitas aos princípios a estas inerentes, ou seja, à livre concorrência e à liberdade de preço.

3 NOÇÃO DE SERVIÇO PORTUÁRIO

Para definir a noção de serviço público portuário, faz-se necessário tecer, inicialmente, algumas considerações sobre serviço público, diferenciando-o da atividade econômica em sentido estrito, para posterior enquadramento do serviço portuário em uma dessas categorias, que trará como consequência a aplicação de princípios e regimes jurídicos diversos.¹⁷⁸

Dinorá Adelaide Musetti Grotti relata a dificuldade em se caracterizar uma atividade como serviço público, lembrando que a qualificação de uma dada atividade nessa categoria remete ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel, tratando-se de uma escolha política que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado momento histórico, não havendo um serviço público por natureza ou por essência.¹⁷⁹

O Brasil tem uma base constitucional do serviço público. Embora a Constituição de 1988 não tenha erigido um conceito constitucional, forneceu alguns parâmetros conformadores da área definida como própria dos serviços públicos. Assim, dois critérios são frequentemente atribuíveis a tal expressão: o sentido orgânico ou subjetivo, significando aparato administrativo do Estado (artigos 37, XIII; 39, § 7º; 40, III, 40, § 16; 136, § 1º, II; ADCT artigos 11, 19 e 53), e o objetivo, com o significado de modalidade de atividade de natureza pública (artigos 21, XIV; 30, V; 37, § 6º; 54, I, “a”; 61, § 1º, II, “b”; 139, VI; 145, II; 175; 198; 202, § 5º; 223; 241; ADCT art. 66).

Outrossim, ao utilizar o conceito objetivo, a Constituição, por vezes, restringe o conceito de “serviço público” a atividades de prestação que atendam a necessidades individuais (serviços *uti singuli*, isto é, os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário), como no art. 145, II; ou se vale do conceito de “serviço público” para atividades de prestação que satisfazem necessidades genéricas e indivisíveis em uma coletividade de pessoas, *serviços uti universi*, como nos termos do art. 223.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores portuários no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, v. 4, n. 16, p. 88.

¹⁷⁹ O serviço público e a Constituição brasileira de 1988, p. 87.

Assim, a Constituição Brasileira de 1988 poderia, em tese, contemplar as várias concepções doutrinárias de serviços públicos, de acordo com a sua maior ou menor abrangência,

[...] podendo-se graduar, de forma decrescente, os vários conceitos: os que incluem todas as atividades do Estado (legislação, jurisdição e execução); os que só consideram as atividades administrativas, excluindo jurisdição e legislação, sem distinguir o serviço público do poder de polícia, fomento e intervenção; os que preferem restringir mais, para distinguir o serviço público das outras três atividades da Administração Pública [...].¹⁸⁰

Sendo certo que ninguém pode arvorar o direito de dizer que, dentre os conceitos apresentados pela doutrina, uns mais amplos, outros mais restritos, um seja mais verdadeiro do que o outro.

Dentre os doutrinadores brasileiros, no que concerne à sua abrangência, há os que utilizam a noção de serviço público em sentido amplo (como José Cretella Júnior, Mário Masagão e Hely Lopes Meirelles),¹⁸¹ enquanto outros preferem um sentido restrito (como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello).¹⁸² Há, ainda, os que a utilizam em um sentido objetivo, subjetivo, formal,

¹⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.102.

¹⁸¹ Para José Cretella Júnior, serviço público é “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação do interesse público, mediante procedimento de direito público”. (*Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 409). Para Mário Masagão, serviço público é “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins”. (*Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1977, p. 279-280). Hely Lopes Meirelles define o 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 conveniências do Estado”. (*Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 330).

¹⁸² Maria Sylvia Zanella Di Pietro define serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. (Op. cit., p. 102). Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “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 prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”. (*Curso de direito administrativo*, p. 665). Na definição proposta por Bandeira de Mello, foi deliberadamente encarado o objeto em termos estritos, já que, além do substrato material e formal, exige-se, dentro do próprio substrato material, que a atividade ou utilidade prestada seja fruível singularmente, individualmente, pelo administrado. O autor destaca, ainda, que é o elemento formal, isto é, a submissão a um regime de Direito Público, que confere caráter jurídico à noção de serviço público, enumerando os “princípios que inexoravelmente terão de comparecer quando se esteja perante uma atividade qualificável como serviço público”: 1) dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; 2) princípio da supremacia do interesse público; 3) princípio da adaptabilidade; 4) princípio da universalidade; 5) princípio da impessoalidade; 6) princípio da continuidade; 7) princípio da transparência; 8) princípio da motivação; 9) princípio da modicidade das tarifas; 10) princípio do controle (interno e externo) sobre as condições de sua prestação. (Op. cit., p. 665 e 672-673).

próprio, impróprio, geral, específico, originário ou congênito, derivado ou adquirido etc.

Para Eros Roberto Grau, serviço público é uma “atividade indispensável à consecução de coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social”.¹⁸³

Não se mostra conveniente adotar o sentido amplíssimo de serviço público para delimitar e estudar certas atividades administrativas, de características peculiares, instituídas pelo Estado para atender interesses que tiver definido como próprios no sistema normativo. Desde logo, como decorrência, estão excluídas as atividades legislativa e jurisdicional; por outro lado, convém distinguir o serviço público das demais atividades administrativas de natureza pública.

Ademais, diante da dificuldade em se formular o conceito de serviço público utilizando-se de um único critério – o que se baseia na presença do Estado (critério subjetivo), o que leva em conta a atividade desempenhada (critério objetivo material), ou o que fixa a sua atenção no regime jurídico especial (critério objetivo formal) –, os doutrinadores, em sua maioria, consideram imperiosa a união de dois ou três dos elementos enunciados para fazer emergir uma satisfatória noção de serviço público, dentro do contexto jurídico vigente.

O Supremo Tribunal Federal não possui uma sistematização bem elaborada da noção de serviço público, havendo apenas menções esparsas, seja ao conceito, seja à noção, ao longo de alguns votos, que variam de acordo com a situação concreta apreciada. Mostra-se relativamente comum, em julgados do Supremo, a referência aos serviços públicos como sendo apenas aqueles reservados ao Estado, o que é natural, pois até mesmo a doutrina, onde se pressupõe a preocupação sistematizadora, por vezes se refere apenas a essa espécie de serviço público, ainda que não a considere a única, por ser a mais peculiar.¹⁸⁴

Pontifica Juan Carlos Cassagne que a técnica que configura o regime jurídico do serviço público foi se adaptando aos sistemas e realidades prevalentes em cada

¹⁸³ Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 257.

¹⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

época histórica,¹⁸⁵ e que esse processo persiste até os dias atuais, em que as transformações ocorrem ainda com maior velocidade.

A afirmação desse autor pode ser reforçada pela constatação da discussão que atualmente existe, em especial na União Europeia, quanto à utilidade da permanência do conceito de serviço público ou, pelo menos, à sua serventia da mesma forma que antes, por haverem se modificado, substancialmente, os pressupostos econômicos, sociais, políticos e culturais, sobre os quais essa instituição surgiu e se desenvolveu, e a sua substituição pelas noções de “serviço de interesse econômico geral” e de “serviço universal”.

A noção construída para serviço de interesse econômico geral, de raiz marcadamente liberal, guarda maior proximidade com a noção anglo-americana de *public utilities*, com as atividades sujeitas à livre concorrência (regras comuns do mercado) e submetidas a uma forte regulação estatal.¹⁸⁶

A noção de “serviços universais”, entretanto, pode ser formulada com base no sentido objetivo da noção de serviço público,¹⁸⁷ ou ainda, ser entendida como a parte antieconômica da atividade regida por normas de Direito Público. Segundo Alexandre Santos de Aragão, Christian Stoffaës diferencia o serviço de interesse econômico geral do serviço universal, por meio de uma metáfora visual: dois círculos concêntricos, sendo o menor “quase um nó”, que traduziria o campo de abrangência do serviço universal, e o maior representando o âmbito dos serviços de interesse econômico geral.¹⁸⁸

Apesar das modificações ocorridas diante do ordenamento jurídico brasileiro, sustentamos que serviço público é a atividade econômica em sentido amplo, prestada para satisfazer necessidades de interesse público (critério material), de titularidade estatal (critério subjetivo), ainda que sem exclusividade, e submetida ao regime de Direito Público (critério formal).

Passemos a identificar, no serviço portuário, as atividades que se configuram como serviço público e as que se enquadram como atividade econômica em sentido estrito.

¹⁸⁵ *Fragmentos de derecho administrativo*: entre la justicia, la economia y la política. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 228.

¹⁸⁶ Ressaltamos que essa é apenas uma das posições existentes dentre os administrativistas europeus, já que o tema não está, ainda, pacificado. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 113).

¹⁸⁷ Essa é a posição de Rodrigo Gouveia, segundo esclarece Alexandre Santos de Aragão. (Ibidem, p. 114).

¹⁸⁸ Ibidem, p. 115.

No direito brasileiro, o serviço é público porque a lei atribuiu esse serviço ao Poder Público (art. 175 da CF/88). No art. 21, encontramos referência a vários serviços de titularidade da União, nos seus incisos X, XI e XII, letras “a” a “f”,¹⁸⁹ referindo-se este último aos portos marítimos, fluviais e lacustres.

Surge uma primeira questão. O simples fato de estarem elencados no rol do art. 21, XII, da CF, os caracteriza como serviços públicos?

Para José Afonso da Silva, a resposta seria afirmativa:

Além da exploração e da execução de serviços públicos decorrentes de sua natureza de entidade estatal, a Constituição conferiu à União, em caráter exclusivo, a competência para explorar determinados serviços que repute públicos, tais como: os portos marítimos, fluviais e lacustres. Todas as formas previstas no art. 21, inciso XI, letra “a”, constituem serviços públicos da União. Como tais, sua exploração também se subordina ao regime jurídico de direito público, ainda quando autorizados, concedidos ou permitidos.¹⁹⁰

Marçal Justen Filho, modificando seu posicionamento anterior, discorda desse entendimento, ressaltando:

As atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da CF/88, poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação que se verificar como necessária. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputadas como instrumentos para a satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira.¹⁹¹

O inciso XII do art. 21 da Constituição deve ser interpretado sistematicamente, analisado junto com outros dispositivos ligados à matéria.

Nos termos do art. 175 da CF/88, o Poder Público poderá prestar o serviço público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Cabe observar,

¹⁸⁹ “Art. 21. Compete à União: [...] X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; 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; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995]; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; [Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15 de agosto de 1995]; 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 infraestrutura 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; [...]”

¹⁹⁰ *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 261-262.

¹⁹¹ *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 44-45.

porém, que o legislador pecou pela falta de uniformidade no emprego da terminologia e, em alguns dispositivos, fez referência à autorização. Assim é que o art. 175 e o inciso V do art. 30 só aludem expressamente à concessão e à permissão, como formas de prestação de serviços públicos; os incisos XI e XII do art. 21, e o *caput* do art. 223 mencionam as figuras da concessão, da permissão e da autorização; e os artigos 25, § 2º e 49, inciso XII, assim como o art. 66 do Ato das Disposições Transitórias só utilizam o termo concessão.

A titularidade do serviço público é estatal; porém, sua prestação poderá ser transferida a particulares.

O critério formal identifica o serviço público pela submissão ao regime de direito público, “portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.¹⁹²

A Lei de Modernização dos Portos, em seu art. 1º, § 2º, determina ser a concessão do *porto organizado* realizada pela lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos.

Contudo, pretendemos ir além da simples previsão normativa, para alcançar uma conclusão sobre quais atividades do sistema portuário se enquadram na noção de serviço público e estão sujeitas ao regime jurídico de Direito Público, e quais atividades constituem atividades econômicas e sujeitas ao regime jurídico de Direito Privado.

Em primeiro lugar, cumpre recordar algumas relevantes observações feitas anteriormente: (i) todos os portos nacionais estão situados em mar territorial e terrenos de marinha, sendo *bens públicos*, pertencentes à União Federal, segundo o art. 20, incisos VI e VII, da Constituição Federal; (ii) os portos sempre tiveram grande repercussão na *segurança nacional*; e (iii) o porto marítimo é, atualmente, o principal meio utilizado para a realização de importação e exportação de mercadorias, tendo grande peso na *política econômica nacional*.

Mas existe ainda outro e principal motivo que vem sendo apontado, principalmente por autores estrangeiros, para justificar o enquadramento do serviço portuário na classe dos serviços públicos,¹⁹³ que é o de garantir o livre trânsito

¹⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 665.

¹⁹³ Ou serviços econômicos de interesse geral, para muitos países da Comunidade Europeia.

marítimo, seja de pessoas, seja de mercadorias, tendo o porto função essencial para que esse direito seja exercitado.

Gerolamo Taccogna chama a atenção justamente para esse fato, como sendo a fundamental justificativa para que o serviço portuário tenha natureza de serviço público:

Os portos são normativamente destinados (como todo o domínio marítimo) a satisfazer a exigência do uso público do mar por parte de qualquer que seja o sujeito. [...] Naturalmente, o uso público do mar no quadro da navegação postula, dentro de limites precisos, um uso público ou geral também do porto. [...] embora o acesso ao porto e a fruição por parte dos agentes marítimos se faça em regime substancialmente autorizado.¹⁹⁴

Não basta, portanto, que o navio, para que realize transações comerciais, tenha o livre acesso ao território nacional. Impõe-se que, fisicamente, o porto seja adequado para a atracação das embarcações, possibilitando, assim, o trânsito marítimo e o acesso ao mar.

Das considerações feitas acima, é possível inferir que consideramos *serviço público portuário* somente aquele destinado a garantir o livre trânsito marítimo (elemento teleológico), por meio de gestão local e de fornecimento de infraestrutura compatível a um adequado funcionamento do serviço, para receber as embarcações que ali queiram atracar, e consistente, ainda, na regulação das relações entre os operadores portuários locais, para que exerçam livremente a atividade econômica a que se destinam.

Em suma, dentro da noção de *serviço público portuário* estão incluídas tão somente as atividades de *Administração Portuária* e da *Autoridade Portuária*, que descreveremos mais à frente.

¹⁹⁴ *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, p. 63. Texto original em italiano: “i porti sono normativamente destinati (come tutto il demanio marittimo) a soddisfare Le esigenze dei pubblici usi del mare da parte di qualunque soggetto [...] Naturalmente, il pubblico uso Del maré nel quadro della navigazione postula, entro i limiti infra precisati, um uso publico o generale anche del porto. [...] dunque, l’accesso Al porto e La fruizione da parte dei vettori marittimi avvengono in um regime di uso sostanzialmente ‘autorizzato’”.

3.1 O significado do termo autorização no art. 21, inciso XII, letra “f”, da CF/88

Autorização administrativa é um vocábulo polissêmico, constituindo tema de grande dissenso entre os doutrinadores estrangeiros e nacionais.

Cid Tomanik Pompeu chama a atenção para as principais teorias a respeito da autorização administrativa no direito estrangeiro. As ideias básicas serão reproduzidas a seguir:¹⁹⁵

1) Remoção de proibição geral: alguns autores ¹⁹⁶ entendem que, perante uma proibição geral, a Administração outorga a autorização, que levanta a proibição, após verificar a ausência de prejuízo à coletividade. Em caso contrário, a autorização é negada;¹⁹⁷

2) Remoção de obstáculo: para a doutrina clássica italiana,¹⁹⁸ a autorização remove limite ou obstáculo para o exercício de direito;¹⁹⁹

3) Sentido amplo: a doutrina estrangeira, de modo geral, utiliza o termo autorização no sentido amplo, como ato permissivo ou concessivo;

4) Ato de controle: utilizado tanto para o controle hierárquico interno como no exercício do poder de polícia administrativa;

5) Ato de polícia: para os autores ²⁰⁰ que limitam a aplicação da autorização sobre as atividades dos particulares, o instituto seria tão somente ato de polícia;²⁰¹

¹⁹⁵ *Autorização administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61-72.

¹⁹⁶ Como Gaston Jéze, Pierre Livet e Michel Stassinopoulos.

¹⁹⁷ POMPEU, Cid Tomanik, op. cit., p. 62-63.

¹⁹⁸ Que tem como principal expoente Oreste Ranelletti.

¹⁹⁹ O principal autor que sustentou essa posição foi o italiano Oreste Ranelletti, que definiu autorização como provimento que comporta a remoção de um limite legal ao livre exercício de direitos preexistentes pertencentes ao sujeito privado beneficiado e, ainda, como título constitutivo da faculdade de exercer tais direitos, que, para ser obtido, deve o Estado verificar se o exercício concreto do direito e suas modalidades não lesionarão o interesse público. (TACCOGNA, Gerolamo. *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*, p. 107-110).

²⁰⁰ Nesse sentido, o italiano Ugo Forti, o espanhol José Gastcón e Marin, e o mexicano Gabino Fraga.

²⁰¹ POMPEU, Cid Tomanik, op. cit., p. 69-70.

6) Ato de controle e de polícia: essa é a posição da maior parte da doutrina e, segundo ela, a autorização administrativa é empregada pela Administração, tanto no controle dos entes hierarquicamente subordinados, como aos particulares no exercício do poder de polícia;²⁰²

7) Ato discricionário ou vinculado: a utilização do vocábulo “autorização” como ato administrativo vinculado ou no exercício de competência discricionária depende, normalmente, de sua utilização em sentido amplo ou estrito. Os autores que adotam o sentido amplo aceitam a possibilidade de ser a autorização vinculada ou discricionária; já aqueles que adotam o sentido estrito entendem a autorização administrativa como eminentemente discricionária.²⁰³ Anotamos que, embora tradicionalmente a doutrina nacional sempre tenha definido autorização administrativa (em sentido estrito) como ato discricionário, a Lei nº 9.472/1997, de Telecomunicações, definiu a autorização de serviços de telecomunicações como ato administrativo vinculado, em seu art. 131, § 1º. Entendemos, porém, assim como Maria Sylvia Zanella di Pietro, que o termo não foi corretamente utilizado e “o uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito”.²⁰⁴

8) Declaratório ou constitutivo de direito: a doutrina clássica europeia nega efeito constitutivo à autorização, por entender ser um direito preexistente ao administrado, embora outros administrativistas, como Forti e Bénoit, vejam, no instituto, efeito constitutivo;

9) Ato unilateral: a maioria dos autores diz ter a autorização administrativa caráter unilateral, ou seja, o pedido do interessado não integra o ato administrativo.²⁰⁵

É possível notar pontos convergentes entre as várias posições existentes sobre autorização administrativa: (i) é espécie do gênero ato administrativo; (ii) a

²⁰² POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*, p. 70-71.

²⁰³ Ibidem, p. 73-74.

²⁰⁴ *Direito administrativo*, p. 227.

²⁰⁵ Em sentido contrário, para quem a permissão de uso seria ato administrativo bilateral, o argentino Miguel S. Marienhoff. (*Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: TEA, 1960, p. 330-332).

localização do instituto está dentre os atos ampliativos de direitos;²⁰⁶ (iii) proibição geral de certos atos; e (iv) possibilidade de levantamento dessa interdição pela Administração Pública, após a análise do interesse público.²⁰⁷

Para nós, cumpre diferenciar a autorização administrativa de outros institutos afins, como a licença e a admissão, visto que, não obstante entendidos pela doutrina italiana como espécies do gênero autorização em sentido amplo, a doutrina clássica nacional sempre os tomou como gêneros diversos. A *licença* seria ato administrativo unilateral e vinculado, pelo qual a Administração faculta ao particular, preenchidos os requisitos legais, o exercício de determinada atividade; a autorização envolve interesses e a licença envolve direitos.²⁰⁸ Já a *aprovação* seria o ato administrativo por meio do qual a Administração, discricionariamente, facultaria o exercício de ato jurídico *a priori* ou *a posteriori*, dando-lhe eficácia.²⁰⁹

A doutrina brasileira, influenciada por autores italianos, ignorou, por muito tempo, a polissignificação do termo e a autorização administrativa era encarada com relativa uniformidade, sendo entendida como ato de outorga unilateral, precária e discricionária.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “autorização é ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo como regra caráter precário”.²¹⁰ Interessante anotar a expressão “como regra”, utilizada pelo autor. Com isso, Celso Antônio parece admitir que, em alguns casos, a autorização deixará de ser precária.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro indica, no direito brasileiro, várias acepções para o vocábulo: (i) ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração “faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem este consentimento seriam proibidos” (essa hipótese foi prevista pela Constituição, no art. 21, inciso VI, e no art. 176); (ii) autorização é o “ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público a título precário”; e (iii) autorização de serviço público: “ato

²⁰⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, ao classificar os atos administrativos quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados, apresenta os atos ampliativos como aqueles que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário. (*Curso de direito administrativo*, p. 419).

²⁰⁷ POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*, p. 84.

²⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista dos Tribunais – RT*, São Paulo, n. 486, p. 11-21, abr. 1976, p. 14.

²⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 432.

²¹⁰ Ibidem, loc. cit.

administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público a título precário”.

Ressalta, ainda, que, na Constituição Federal, também se emprega o vocábulo no sentido de consentimento de um poder a outro para a prática de determinado ato:

[...] é o caso previsto no artigo 49, II e III, que dá competência ao Congresso Nacional para autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz; permitir que forças estrangeiras transitem pelo Território Nacional ou nele permaneçam temporariamente e para autorizar o Presidente e o Vice-presidente da República a se ausentarem do País. No artigo 52, V, é estabelecida a competência do Senado para autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Tais autorizações podem ser consideradas atos administrativos em sentido material (quanto ao conteúdo), pois equivalem, também, a um consentimento manifestado por um Poder a outro para a prática de ato que não seria válido sem essa formalidade. Sob o aspecto formal, não se trata de ato administrativo, mas de ato legislativo, que se edita sob a forma de decretos-legislativos ou de resoluções. O próprio fundamento é diverso.²¹¹

Existem três possibilidades para se considerar a referência constitucional ao regime da “autorização”, nos artigos 21 (incisos XI e XII) e 223: (i) ou o art. 175 deixou de mencionar a “autorização” entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e da concessão; (ii) ou introduziu-se erroneamente o regime de autorização para um serviço público, conflitando com o art. 175; (iii) ou, finalmente, o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nos artigos 21 (incisos XI e XII) e 223 poderão ser prestados em regime de Direito Privado, típico das atividades econômicas, constituindo atividade econômica em sentido estrito, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos.²¹² Essa última interpretação serviu de

²¹¹ *Direito administrativo*, p. 226-228.

²¹² Fernando Herren Aguillar salienta que a última interpretação parece mais acertada, até porque o regime de autorização não é compatível com o regime de serviços públicos. (*Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 138, nota 85). Benedicto Porto Neto observa que se deve tomar cuidado para não confundir a autorização referida no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição, com as formas de transferência da prestação do serviço público para terceiros. A autorização ali referida é o ato do Poder Público que libera o desempenho de atividade econômica, a qual continua sujeita ao seu regime próprio de Direito Privado. E complementa: “A despeito da previsão de que os serviços arrolados nos incisos XI e XII do art. 21 da Carta do País são públicos, reservados à União, a lei pode fixar com mais precisão os contornos dos seus conceitos, excluindo da noção daqueles serviços algumas atividades, que, assim, ficam submissas ao regime de direito privado. O desempenho dessas atividades econômicas fica sujeito à prévia autorização do Poder Público. Compete ao Poder Público aferir se as atividades que os particulares pretendem exercer

fundamento para justificar a prestação de certas modalidades de serviços (como os de telecomunicações, energia elétrica e portos) em regime privado, aberta à competição, através de vários mecanismos (como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a ausência de garantia de rentabilidade, a flexibilização dos preços etc.), e é por nós aceita.²¹³

A elaboração de um único conceito para autorização nunca passou de uma pretensão doutrinária, pois, desde o século XVIII, divergiam Otto Mayer (Alemanha) e Ranelletti (na Itália), conforme demonstram Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, autores espanhóis que optaram por estabelecer classificações com diferentes espécies, em razão da impossibilidade de trabalhar somente com um único conceito de autorização.²¹⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello anota que o art. 175 cogita a normalidade da prestação de serviços públicos por sujeitos titulados pelo Estado. Por sua vez, a expressão “autorização”, que aparece nos artigos 21, incisos XI e XII, e 223, tem em vista duas espécies de situações:

- a) uma, que corresponde a hipóteses em que efetivamente há serviço de telecomunicação, como o de rádio-amador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas, mas não propriamente serviço público, mas serviço de interesse privado delas próprias [...]. Aí, então, a palavra autorização foi usada no sentido corrente em direito administrativo para exprimir o ato de “polícia administrativa”, que libera alguma conduta privada, propriamente dita, mas cujo exercício depende de manifestação administrativa aquiescente para verificação se com ela não haverá gravames ao interesse público; b) outra a de abranger casos em que efetivamente

não invadem o campo que é reservado ao Estado (os serviços públicos). O exercício delas, em consequência, fica condicionado à autorização estatal, ato praticado pelo Poder Público no exercício de sua supremacia genérica para conformar a atuação dos particulares ao interesse público. Expedida a autorização, a atividade segue sujeita ao regime de direito privado”. (*Concessão de serviço público no regime da lei nº 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 140).

²¹³ Vide, por exemplo, a Lei nº 9.472, de 1997, que, no artigo 131, § 1º, define autorização de serviço de telecomunicações como ato administrativo vinculado, sem precariedade, e faculta a exploração em regime privado de modalidade do serviço, preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias. Verificamos, dessa forma, um regime jurídico completamente diverso da noção anteriormente adotada pela doutrina nacional tradicional.

²¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón *apud* CÂMARA, Jachinto Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 629-630. Santamaría Pastor também defende serem as diferenças entre concessão e autorização meramente convencionais, utilizando o legislador uma ou outra técnica, segundo pretenda um nível maior ou menor na atividade controlada. Define, ainda, mencionado autor, as autorizações vinculadas como ato administrativo onde o poder de decisão da Administração se encontra vinculado, cabendo a ela apenas comprovar as condições ou requisitos de exercício da atividade determinados pela lei. (*apud* CÂMARA, Jachinto Arruda, op. cit., p. 630).

está em pauta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão. Por isso mesmo, a palavra autorização está utilizada também no art. 223 da Constituição.²¹⁵

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “os chamados serviços públicos autorizados”, previstos no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do Poder Público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser, também, de interesse público. A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no art. 21, incisos XI e XII, com os serviços não exclusivos do Estado, como educação e saúde. Estes últimos, quando prestados pelo Estado, são serviços públicos próprios; quando prestados por particular, são serviços públicos impróprios, porque abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição – no primeiro caso, existe autorização de serviço público; no segundo, há autorização como ato de polícia.²¹⁶

Para Vitor Rhein Schirato:

As autorizações passaram, dentre outras finalidades, a ser instrumento de outorga de direito de exploração de atividades desenvolvidas no mesmo campo dos serviços públicos, que exigem grande monta de recursos (por exemplo, serviços de telecomunicação e geração de energia elétrica). A discricionariedade e a precariedade deixariam de ser compatíveis com as autorizações, em face do novo papel desempenhado por essas no direito brasileiro.²¹⁷

Esse também é posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto, o qual conclui que, da análise dos atuais marcos legais e constitucionais, verifica-se não haver base normativa que leve a uma noção da autorização como precária. Ao

²¹⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 685.

²¹⁶ *Direito administrativo*, p. 226-227.

²¹⁷ A experiência e a perspectiva da regulação no setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 23, p. 171-190, jul./set. 2008, p. 185.

contrário, existindo previsão de prazo certo, compromisso de investimento e obrigações do particular, não haveria fragilidade no instituto.²¹⁸

Nesse sentido, posiciona-se Jacintho Arruda Câmara:

É impossível adotar, com base num exame fiel do direito positivo, um conceito geral que envolva todas as aplicações do instrumento da *autorização*. É inegável a existência de autorizações vinculadas, que podem conviver com autorizações de outro tipo, marcadas pela discricionariedade e precariedade. (grifo do autor).²¹⁹

Entendemos não haver autorização de serviços públicos.²²⁰ As atividades previstas pelo inciso XI do art. 21 da Constituição Federal podem ser realizadas em benefício do próprio sujeito ou de um restrito grupo, nos diversos setores, não apresentando qualquer característica de serviço público. A outorga de determinado serviço por meio de autorização exclui, desse modo, determinada atividade do regime de serviço público. O que se prevê não é a autorização de serviço público, mas apenas a competência da União para a realização de determinadas atividades.²²¹ Algumas atividades do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal são chamadas de serviços, mas não podem ser entendidas como *serviços públicos*, estando fora do regime próprio dessa categoria, já que a Constituição não indicou nada a respeito.²²² O que ocorre com a outorga de autorização, nesses casos, é que, a partir do momento da outorga, é removido o obstáculo, antes existente, para desenvolver determinado serviço.

Para nós, o art. 21, inciso XII, da Constituição Federal, ao fazer referência à *autorização*, possibilita que algumas atividades, dependendo de suas características, configurem-se como serviço público ou como atividades econômicas em sentido estrito. Essa é a conclusão que se chega ao analisar tal artigo conjuntamente ao art. 175 da CF/88.²²³

²¹⁸ Regime jurídico dos bens empregados na geração de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 333-354, 2003, p. 345.

²¹⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações, p. 632.

²²⁰ Esse também era o entendimento da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, até a 17ª edição de sua obra *Direito administrativo*. A partir da 18ª edição, a autora alterou sua posição, conforme esclarecido na 22ª edição, p. 236.

²²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Terminais portuários de uso privativo: impedimento constitucional à prestação de serviços a terceiros. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 48, p. 147-154, mar./abr. 2008, p. 148-150.

²²² RANGEL, Marcelo de Arruda Barros, *Formas de extinção dos atos administrativos: o caso das autorizações*. 54 f. Monografia (Conclusão de Crédito em Direito Administrativo II) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 24.

²²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 130.

A previsão constitucional constante no art. 21, XII, alínea “f” não torna todo e qualquer serviço portuário *público*, mas determina ser competência da União a realização de: (i) outorga de concessão e permissão, nos casos de serviço público portuário; ou de (ii) autorização para a outorga de serviços portuários que sejam realizados para satisfazer necessidade do próprio interessado, exclusiva ou preponderantemente.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 220.999-7,²²⁴ demonstrando abertura à concepção material ou objetiva de serviço público como atividade voltada ao interesse público, não considerou suficiente a inclusão do transporte aquaviário no rol das atividades da competência da União, presente no art. 21, XII, “d”, da Constituição Federal, para qualificá-lo como serviço público, no caso concreto, em razão de se tratar de transporte efetuado por empresa estatal de mercadorias fabricadas por empresa privada.

²²⁴ RE nº 220.999-7/PE. Julgamento: 25/04/00. Relator: Ministro Marco Aurélio. EMENTA: “(1) Preliminar: Processual. Erro na qualificação jurídica dos fatos. Afastamento da Súmula 279/STF. (2) Mérito: Constitucional. Ação de Indenização. Art. 37, § 6º, CF. Responsabilidade objetiva do Estado. Não há como se extrair da Constituição a obrigação da União em oferecer transporte fluvial às empresas situadas à margem dos rios. A suspensão da atividade não se constitui em ofensa a dever ou direito. RE conhecido e provido”. Trata-se do caso de uma empresa que pleiteava ressarcimento por lucros futuros e cessantes decorrentes da interrupção do escoamento de sua produção de óleo de soja, após a suspensão, pelo governo federal, da prestação de serviço de transporte fluvial pela sociedade de economia mista federal Companhia de Navegação do São Francisco – FRANAVE, ocasionando a inviabilidade econômica do produto final da empresa, pelo custo excessivo do transporte por rodovia. A decisão de 1ª instância, confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, entendia que a União tinha o dever de manter em funcionamento a sociedade, mesmo que não houvesse qualquer previsão legal a respeito, nem obrigação de continuidade dos serviços entre a FRANAVE e a autora da ação, e estava fundada, também, em um misto de responsabilização da União pela edição de atos legislativos referentes à possibilidade de cessão dos bens da FRANAVE para os Estados e Municípios, no processo de desestatização e responsabilização pela desativação da empresa, acusada como omissão da União. Entendeu o STF, seguindo o voto do Min. Nélson Jobim, não se caracterizar, na hipótese, serviço público. Analisando referido acórdão, entendeu também Eros Roberto Grau não caber a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público, pois, essa atividade, no caso, “reclama mera autorização para que possa ser empreendida por empresa privada – compreende atividade econômica em sentido estrito. Pelo contrário, acaso houvesse, no caso, prestação de serviço público, então a sua prestação por uma empresa privada exigiria a obtenção de permissão ou concessão da União, nos termos do disposto no art. 175 da Constituição de 1988”. Conclui, afirmando que, se a empresa estatal federal “estivesse a prestar serviço público ao empreender a atividade de transporte aquaviário, estaria a fazê-lo para atender ao interesse social. Ao contrário, se estivesse então a empreender atividade econômica em sentido estrito, haveria de estar a fazê-lo para atender a relevante interesse coletivo”. (GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público, p. 263).

O Ministro Nelson Jobim, citando Cirne Lima,²²⁵ pondera que não haveria o necessário requisito de utilidade pública da atividade para que pudesse ser considerada como serviço público e, portanto, de prestação obrigatória pela União, que poderia, então, ter cessado a sua prestação.

Dessa forma, as atividades descritas no art. 21 da Constituição somente serão consideradas serviços públicos se somadas a requisitos específicos e determinados. O simples fato de estar a atividade portuária marítima prevista no rol do art. 21, XII, não é suficiente para caracterizá-la como serviço público. Tudo dependerá da legislação infraconstitucional.

É admitida a exploração de atividades portuárias não apenas pela União, mas também por particular, o que justifica a referência constitucional feita à “autorização” para portos. De acordo com Marçal Justen Filho:

A alusão constitucional a autorizações não equivale a afirmar que, para a Constituição, seria indiferente a existência ou não de portos explorados pela União (diretamente ou mediante concessão). A Constituição impõe um limite intransponível para o legislador infraconstitucional. Esse limite relaciona-se à promoção dos direitos fundamentais no âmbito da atividade portuária.²²⁶

Esse limite intransponível para nós não se coloca, como afirma Marçal Justen Filho, para a promoção dos direitos fundamentais, mas em razão da essencialidade da atividade portuária para a *política econômica nacional*, a *segurança nacional* e o *regime de bens públicos a que se sujeitam os portos*.

A exploração da atividade portuária em regime de Direito Privado e como instrumento de acumulação econômica, por meio de autorização de terminais de uso privativo (de uso exclusivo ou misto), somente poderá existir na medida em que existam portos prestadores de serviço público, de forma a complementar o serviço público portuário, e nunca como substitutivo deste.²²⁷

²²⁵ Rui Cirne Lima conceitua serviço público como “todo o serviço existencial relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa”. (*Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 82). E diz mais Cirne Lima: “A condição de existencial, relativamente à sociedade pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se subsume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma. No conceito de utilidade pública encontrar-se-á, portanto, implícita, a noção de serviço existencial [...]”. (Op. cit., p. 85).

²²⁶ O regime jurídico dos operadores portuários no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, v. 4, n. 16, p. 92.

²²⁷ *Ibidem*, loc. cit.

A natureza jurídica do serviço portuário é complexa. Dentro do porto existem inúmeras relações jurídicas, que não se subordinam a um mesmo regime jurídico;²²⁸ não é toda a atividade portuária (mesmo dentro de um porto público) que pode ser considerada serviço público.

A LMP, ao regulamentar o dispositivo constitucional, traçou o regime jurídico de Direito Público tão somente para a infraestrutura portuária do porto organizado, sendo a atividade a esta relacionada considerada serviço público portuário (art. 1º, inc. I, IV, § 2º, da Lei 8.630/1993). Entre os operadores portuários, entretanto, que atuam na movimentação de mercadorias dentro do porto público, o regime jurídico é de Direito Privado.²²⁹

Face ao sistema normativo do setor, podemos afirmar que é serviço público portuário toda atividade que, realizada dentro de um porto organizado, consista tanto na gestão da infraestrutura portuária (Administração Portuária), quanto no exercício de poderes inerentes ao comando operacional do porto (Autoridade Portuária).

Assim, não é serviço público portuário toda e qualquer atividade realizada dentro de um porto público, ou porto organizado, mas somente aquela que visa salvaguardar o interesse público específico que se faz presente em tal atividade, e que é revestida pela lei por um regime jurídico de Direito Público que lhe é próprio.

²²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores portuários no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, v. 4, n. 16, p. 84.

²²⁹ Diversamente do que ocorre com as instalações portuárias de uso privativo, para as quais existe previsão expressa na LMP, determinando que o regime seja exclusivamente de Direito Privado (art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.630/1993), não existe previsão expressa nesse mesmo sentido para o operador portuário. É possível inferir tal conclusão da análise conjunta das leis que regulam o setor, as quais determinam ampla competitividade e liberdade de atuação dessas pessoas jurídicas pré-qualificadas. Já em Portugal, existe norma expressa. O Decreto-lei nº 48/1983 determina que: “O poder normativo e fiscalizador do Estado, que deverá ser exercido de facto, não pode ser invocado como factor impeditivo da correcta actividade empresarial, antes se impõe como salvaguarda do interesse público que à Administração compete prosseguir e nem de outro modo tal poderia ser entendido por quem defende que, em democracia, o poder económico deve estar submetido ao poder político. Passa, assim, a actividade de operador portuário a ser licenciada, verificados que sejam os pressupostos de capital social, organização, capacidade técnica e financeira, equipamento e quadros de pessoal, visando garantir a idoneidade e capacidade de empresas bem dimensionadas, sem que, no entanto, se imponha qualquer limitação ao número de operadores.”

4 REGIME JURÍDICO

O regime jurídico de determinada atividade ou instituto, para José Cretella Júnior, é delineado por meio da análise do sistema jurídico a que este pertença, de forma a estabelecer pontos máximos e mínimos, sendo possível configurar, cientificamente, o lugar geométrico que ocupa o alcance preciso de suas implicações.²³⁰

Partindo do entendimento de que regime jurídico é o nome dado a uma disciplina jurídica autônoma, a um conjunto sistematizado de regras e princípios que lhe dão identidade e os diferenciam de outras ramificações do Direito,²³¹ trataremos do regime jurídico próprio e específico dos portos marítimos.

O regime jurídico do serviço portuário, da forma como foi desenhado pela Lei de Modernização dos Portos, encontra-se dentro de um sistema jurídico complexo, resultante da mescla dos dois amplos regimes: de Direito Público e de Direito Privado.

Mas, antes de iniciar a delineação desse específico regime jurídico, cumpre analisar um questionamento que, atualmente, vem ganhando espaço entre os doutrinadores modernos: existe, na atualidade, a dicotomia entre Regime de Direito Público e Regime de Direito Privado? Existe diferença essencial entre serviço público e atividade econômica? Sobre esses dois questionamentos, discorreremos a seguir.

4.1 Do regime jurídico de Direito Privado e do regime jurídico de Direito Público

A dicotomia entre Direito Público e Direito Privado remonta ao Direito Romano, bem como à frase de Ulpiano: “O Direito público diz respeito ao estado da

²³⁰ *Tratado do domínio público*, p. 389.

²³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 52.

coisa romana, a *polis ou civitas*, o privado à utilidade dos particulares”.²³² A ideia de Ulpiano, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, ao distinguir esfera pública e privada, era a de identificar a esfera pública com o lugar da ação, do encontro de homens livres que se governavam, enquanto a esfera privada se aproximaria de lugar de labor, casa, e de atividades voltadas à sobrevivência.²³³

Conforme aponta Ricardo Teixeira Brancato, a divisão se deve, ainda, ao Imperador Justiniano, na Roma Antiga, que ensinava que o Direito Público versava sobre o modo de ser do Estado Romano, e o Direito Privado sobre o interesse dos particulares.²³⁴

Na Idade Média, essa dicotomia, na forma como concebida por Ulpiano, perdeu um pouco sua nitidez,²³⁵ em razão tanto da influência do Direito Germânico, que inadmitia tal divisão entre esfera pública e privada, quanto por força das lutas políticas entre classes populares, nobreza, clero e principado. A distinção entre esfera pública e privada somente voltou a ser realçada em meados dos séculos XVI e XVII, com a instituição das monarquias absolutas na Europa Ocidental.²³⁶

Vários critérios diferenciadores da esfera pública e privada foram propostos pela doutrina, dentre os quais se destacam: (i) sujeito: para o qual Direito Público teria por sujeito o Estado, enquanto o privado estaria ligado aos particulares; (ii) interesse: seriam públicas as normas que tutelam o interesse público, enquanto privadas seriam as normas reguladoras de interesses dos particulares.²³⁷

A diferenciação que normalmente se realiza entre regime jurídico de Direito Público e de Direito Privado é a de que o regime de Direito Privado é formado pelo conjunto de normas que regulam as relações dos indivíduos entre si, e o referente ao Direito Público é formado pelo conjunto de normas que regulam as relações entre o Estado e indivíduos, a organização do próprio Estado e as relações entre Estados.²³⁸

Por envolver interesses coletivos, as relações jurídicas consideradas de Direito Público passariam a ostentar consequências, como o posicionamento superior daquele que representasse os interesses gerais, enquanto na relação entre

²³² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p.130-131.

²³³ Ibidem, p.132.

²³⁴ *Instituições de direito público e de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 16.

²³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, op. cit., p. 132.

²³⁶ BRANCATO, Ricardo Teixeira, op. cit., p. 16.

²³⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139-140.

²³⁸ Ibidem, p. 24-25.

particulares imperaria o princípio da autonomia da vontade, não existindo superioridade entre as partes, refletindo uma típica relação de Direito Privado.²³⁹

Quase um século depois das transformações profundas e reveladoras de um período crítico, observadas por Duguit na França, os países, de modo global, passam, atualmente, por transformações mais céleres e revolucionárias. Hoje, em todo o Direito Público e Privado, podem ser observadas mutações sérias e constantes. Dessa forma, não somente persistem os desafios do século passado, como se mostra ainda atual a principal provocação colocada por Duguit: atualmente, estudar o Direito Público é estudar as suas transformações.²⁴⁰

Muito se discute, na doutrina nacional, sobre a utilidade, ou não, da dicotomia entre o Direito Público e o Privado, o interesse particular e o interesse coletivo, ou, mais próximo ainda a nosso tema, entre o regime jurídico de serviço público e a atividade econômica (sentido estrito).

Tal dicotomia foi perdendo muito da sua força ao longo dos anos, não tendo, atualmente, critérios estanques e bem definidos. As normas do Direito do Consumidor, do Direito Ambiental e do Direito Antitruste transportaram para a relação de Direito Privado muitas das consequências que antes eram exclusivamente das relações de Direito Público.²⁴¹

No que tange à esfera pública, podemos observar tais transformações visualizando a atual normatização de atividades – como energia, telecomunicações, ou mesmo os portos marítimos – que antes eram concebidas, de modo global, como serviços públicos, prestados em regime de Direito Público, e que, após as mudanças ocorridas nos anos 90, passaram a possibilitar, em alguns casos, a prestação em regime de Direito Privado.

A confusão entre esfera pública e privada decorre, portanto, do surgimento de campos intermediários, nem públicos, nem privados, trazendo o questionamento sobre a operacionalidade pragmática dessa dicotomia.²⁴²

²³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A dicotomia direito público x direito privado. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera (Coord.). *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008 (Série GVlaw), p. 18.

²⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, p. 195-222, abr./jun. 2008, p. 196-197.

²⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda, op. cit., p. 18.

²⁴² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p.135.

Desse modo, inicia-se uma discussão sobre uma suposta “crise” do Direito Público. Haveria, atualmente, diante da dificuldade em se distinguir a esfera pública da privada, utilidade na manutenção da dicotomia?

Embora seja inegável a aproximação, na atualidade, entre o Direito Público e o Privado, não podemos negar a relevância e a utilidade da dicotomia apontada.

Pontua Tércio Sampaio Ferraz Junior:

A distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operar as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura. Esses princípios decorrem, eles próprios, do modo como a dogmática concebe direito público e privado.²⁴³

Ademais, é necessária menção a essa dicotomia, sobretudo em razão de a mesma estar ainda presente em nosso atual sistema normativo, tanto na forma de outorga de prerrogativas que se mostram plenamente aplicáveis especificamente a relações de Direito Público e ausentes nas relações de Direito Privado,²⁴⁴ quanto para o estabelecimento e aplicação de princípios básicos e teóricos, próprios a cada regime, para que seja possível operar as normas de uma e outra esfera.²⁴⁵ O sistema normativo brasileiro, portanto, continua a prestigiar a distinção entre esferas pública e privada e se utiliza disso para emitir comandos e submeter-se a sistemas distintos.

É nesse sentido que manifestamos nossa concordância com o posicionamento de Egon Bockmann Moreira, que esclarece: “De nada adianta falar em ‘crise’ do Direito Público e de sua contingência, se em verdade esta é a estrutura atual. Não se trata de gostar deste novo paradigma, mas de tentar compreendê-lo”.²⁴⁶

Atualmente, ainda se mostra útil a sistematização em dois regimes diversos, com princípios vetores distintos, sendo possível identificar a dicotomia em nosso sistema normativo, não de forma estática e pura, mas sempre de forma preponderante, havendo influxos, em maior ou menor grau, entre ambos, por vezes prevalecendo o público ou o privado. A depender do regime jurídico preponderante,

²⁴³ *Introdução ao estudo do direito*, p. 135.

²⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A dicotomia direito público x direito privado, p. 18.

²⁴⁵ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, op. cit., p. 135.

²⁴⁶ Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 10, p. 197.

serão aplicáveis os princípios básicos que auxiliarão, inclusive, a interpretação e a aplicação da norma jurídica.

Nessa linha, o setor portuário traça, em seu sistema normativo, regimes jurídicos específicos, públicos ou privados, a depender de quem realize a exploração do serviço, sendo difícil analisar o setor sem se reportar à “difamada” dicotomia apontada.

Desta feita, os princípios aplicáveis ao serviço público portuário, desenvolvidos em instalações portuárias de uso público, como a soberania (norteadas pelo princípio da estrita legalidade) e a emissão de normas cogentes, em vista do interesse público (que prevalece em eventual contraste com o interesse privado), serão diversos dos princípios aplicáveis às instalações portuárias de uso privativo, mesmo no caso das de uso misto, onde vige o princípio da autonomia privada, estabelecendo normas conforme o interesse em questão.²⁴⁷

4.2 Diferentes regimes jurídicos: portos públicos e privados

Na década de 1990, todo o setor de infraestrutura passou por grandes mudanças. O setor portuário foi o primeiro a experimentá-las, com a edição da Lei nº 8.630/1993,²⁴⁸ a Lei de Modernização dos Portos, pela qual se desenhou o regime jurídico do setor, complexo por englobar regimes diferenciados: um predominantemente público, para a exploração da infraestrutura nas instalações portuárias de uso público;²⁴⁹ e outro, de Direito Privado, para as instalações portuárias de uso privativo, sejam elas de uso exclusivo ou misto.

Cumpra, ainda, realizar uma diferenciação entre portos organizados (portos públicos), que são entendidos como a área onde se encontra localizada apenas uma

²⁴⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 139.

²⁴⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 60.

²⁴⁹ Esclarecemos que, dentro de um terminal público, ou porto organizado, algumas atividades são regidas pelo regime jurídico de Direito Privado, como é o caso da operação portuária, onde o princípio que prevalece é o da livre concorrência; e outras, pelo regime jurídico de Direito Público. Configura-se como serviço público portuário, regido pelos princípios a ele inerentes, o fornecimento da infraestrutura portuária dentro do porto organizado. Em outras atividades realizadas dentro das relações portuárias, podemos, ainda, visualizar figuras jurídicas de regime misto, como é o caso do Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária, definido pela Lei nº 8.630/1993, em seu art. 25, como pessoa jurídica de utilidade pública e sem fins lucrativos.

instalação portuária de uso público ou várias instalações portuárias de uso público ou privado. As instalações portuárias de uso público (arrendadas ou não) somente podem estar localizadas dentro da área do porto organizado, enquanto as instalações portuárias de uso privativo podem se encontrar dentro ou fora da área do porto público. Necessário frisar que, fora do porto público, somente existem instalações portuárias de uso privativo.²⁵⁰

Por meio da representação exposta no quadro a seguir, buscaremos delimitar os diferentes regimes jurídicos dentro do sistema portuário, para, posteriormente, analisar as suas implicações:

Regime Jurídico	Portos Públicos (Portos Organizados)	Arrendatários - Instalações Portuárias de Uso Público	Portos Privativos e Instalações Portuárias de Uso Privativo (dentro ou fora do Porto Público)
Direito Público	- Regulação externa (ANTAQ) e interna (CAP); - Administração Portuária (planejamento, gestão de espaços e prestação de serviços de infraestrutura); - Autoridade Portuária (regulação local); - Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO); - Relação com o usuário.	- Regulação interna - exercida pela Administração Portuária e CAP; - Gestão de espaços e prestação de serviços de infraestrutura a terceiros; ----- - Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO); - Relação com o usuário.	- Regulação externa (ANTAQ).
Direito Privado	- Operadores Portuários (serviço de movimentação de carga); - Agentes Marítimos e armadores; - Tomadores de Serviços.	- O próprio arrendatário pode ser também o operador portuário e realizar, por vezes, a movimentação da carga; - Agentes Marítimos e armadores; - Tomadores de Serviços.	- Administração e Gestão Portuária; - Movimentação de carga; - Relação com o terceiro - (movimentação de carga em terminal misto).

Quadro 02: Regimes jurídicos no sistema portuário brasileiro.
Fonte: Elaborado pela autora.

²⁵⁰ Exceção feita à *instalação portuária pública de pequeno porte*, introduzida pelo art. 14 da Lei nº 11.518/2007, que modificou o art. 1º, incisos VI e VII, da Lei nº 8.630/1993, definindo *instalação portuária pública de pequeno porte* como aquela reservada à movimentação de passageiros, de mercadorias, ou de ambos, destinados ou provenientes de navegação interior. Não se trata, portanto, de instalação portuária marítima.

4.2.1 Portos e instalações portuárias de uso privativo

Os portos privativos, entendidos como instalação, ou instalações, de uso privativo, localizadas fora da área do porto organizado, ou dentro desta, não constituem uma novidade trazida pela Lei nº 8.630/1993.

O Decreto-lei nº 5/1966, conforme mencionamos anteriormente, já possuía a previsão, no art. 26, de terminais privativos. Já em 1966, portanto, se permitia, a qualquer pessoa interessada, construir e operar instalações portuárias, desde que estas fossem destinadas a uso exclusivamente próprio, podendo ser autorizada pelo Poder Federal.²⁵¹

Desse modo, a grande novidade da Lei de Modernização dos Portos foi a criação da modalidade mista dos terminais de uso privativo, possibilitando ao detentor da autorização movimentar carga de terceiros.

O art. 1º da Lei nº 8.630/1993, em seu inciso V, definiu Instalação Portuária de Uso Privativo, também chamada Terminal Portuário de Uso Privativo, como:

A explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário.

A Lei de Modernização dos Portos prevê, ainda, no art. 4º, § 2º, inciso II, quatro modalidades de terminais portuários de uso privativo: *exclusivo*, para a movimentação de carga própria; *misto*, para a movimentação de carga própria e de terceiros; *turismo*, para a movimentação de passageiros; e *de estação de transbordo de carga*.²⁵²

O regime jurídico próprio dos portos privativos, entendidos estes como uma ou mais instalações portuárias de uso privativo, localizadas na área do porto organizado, nos termos do art. 6º, *caput* e § 2º da LMP, é exclusivamente de Direito Privado.

²⁵¹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na lei nº 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 220, p. 21.

²⁵² Incluída pela Lei nº 11.518/2007, a estação de transbordo de carga é definida pelo art. 1º, inciso VI, como a situada fora da área do porto, sendo exclusivamente utilizada para a operação de transbordo de cargas destinadas ou provenientes de navegação interior.

Dentre as modalidades de terminais de uso privativo, merecem maior atenção os terminais de uso privativo misto, e os limites presentes, nas normas setoriais, à movimentação de cargas de terceiros.

4.2.1.1 Instalações portuárias de uso privativo misto

A Lei de Modernização dos Portos, em seu art. 4º, § 2º, inciso II, letra “b”, prevê a modalidade de exploração da instalação portuária de uso privativo misto, para a movimentação de carga própria e de terceiros.

Embora a lei tenha definido, em seu art. 1º, § 1º, inciso V, instalação portuária de uso privativo, o mesmo não o fez com a modalidade de uso misto. Dessa forma, da LMP somente é possível extrair como requisito para a outorga ao interessado na autorização para exploração de instalação de uso privativo misto a movimentação de carga própria e de terceiros, sem que esteja expresso um percentual necessário de cada qual.

A Resolução nº 517/2005 da ANTAQ,²⁵³ que regulamenta a outorga de autorizações de instalações de uso privativo, definiu, em seu art. 2º, inciso III, instalação portuária de uso privativo misto como aquela não integrante do patrimônio do porto público, construída por empresa privada ou entidade pública, para movimentação ou movimentação e armazenagem, além da carga própria, de carga de terceiros, destinada ou proveniente de transporte aquaviário. Contudo, o mencionado dispositivo nada esclarece quanto à principal questão, ou seja, a quantidade possível de carga própria ou de terceiros a ser movimentada.

Recentemente, o Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, em seu art. 2º, inciso IX, definiu o que seja carga própria, como “aquela pertencente ao autorizado, à sua controladora ou à sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e operação da instalação portuária”. No mesmo dispositivo, no inciso X, carga de terceiros foi definida como:

Aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e

²⁵³ Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja **eventual e subsidiária** (grifo nosso).

Atualmente, muito se discute sobre a natureza jurídica da atividade realizada dentro das instalações portuárias privativas de uso misto e a quantidade necessária de carga própria a ser movimentada dentro de um terminal dessa natureza. Além disso, surgiu o conflito entre interesses de empresas da iniciativa privada,²⁵⁴ interessadas na obtenção da autorização, e os arrendatários de instalações portuárias de uso público, principalmente, em razão da outorga de autorização, conferida pela ANTAQ, para instalação de terminal privativo misto para movimentação de contêineres, à empresa Portonave (em Navegantes-SC), que não teria, em tese, carga própria a justificar a outorga da autorização.

Essa discussão jurídica tomou corpo com duas principais ações correntes no Supremo Tribunal Federal: a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 929/DF de 1993 e a ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 139/DF de 2008, o que provocou o posicionamento de diversos autores sobre o tema. Três principais posições podem ser apontadas dentre os doutrinadores que assumiram uma postura a respeito do tema.

Uma primeira, pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que possibilitou a movimentação de carga de terceiros em instalações portuárias privativas de uso misto. Nesse sentido, manifesta-se José Afonso da Silva, em parecer juntado à ADIN nº 929/DF,²⁵⁵ entendendo ser inconstitucional a disposição constante do art. 4º, § 2º, inciso II, letra “b”, da Lei nº 8.630/1993, que possibilita a exploração de terminais portuários de uso privativo para a movimentação de cargas de terceiros por simples autorização e sem licitação.

²⁵⁴ Que possuem sete projetos de terminais privativos mistos, nos quais pretendem movimentar carga própria e de terceiros. Dentre tais projetos, que, no total, somam US\$ 5 bilhões, destacam-se o da Embraport, do grupo Coimex, em Santos (SP), com investimentos de US\$ 500 milhões, e o Porto Brasil, de Eike Batista, em Peruíbe (SP), orçado em US\$ 1,9 bilhão. (GÓES, Francisco. Modelo portuário é desafio para governo. *Valor Econômico*, São Paulo, 19 jun. 2008).

²⁵⁵ A ADIN nº 929/DF, proposta em agosto de 2003, encontra-se sem julgamento até a data atual, tendo sido o pedido liminar indeferido. A alegação formulada pela parte autora, no primeiro bloco de inconstitucionalidades, firma-se no argumento de que a Lei dos Portos teria realizado a privatização de serviços públicos, violando, frontalmente, o art. 21, inciso XII, letra “f”, da Constituição Federal, pois permitia que terminais privativos viessem a movimentar carga de terceiros, em seu art. 4º, § 2º, inciso II, letra “b”, possibilitando, deste modo, a prestação de serviço público sem a necessária licitação. (SILVA, José Afonso da. *Petição inicial da ADIN nº 929/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009).

Outro entendimento vem sendo assumido pela maior parte da doutrina nacional,²⁵⁶ admitindo a existência de terminais portuários privativos de uso misto, sem que, com isso, se transfira a exploração de um serviço público; ao contrário, por meio da outorga de autorização para realização de movimentação de cargas próprias, permite-se apenas, de modo subsidiário, a movimentação de carga de terceiros.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti externa posicionamento no sentido de a construção e a operação de terminais de privativos de uso exclusivo ou misto não se configurarem como serviços públicos delegados, pois a autorização outorgada relaciona-se apenas ao exercício do poder de polícia.²⁵⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar os terminais privativos de uso misto, infere que os portos de uso privativo cumprem função perfeitamente distinta da prestação de serviços públicos portuários. Atenta o autor, ainda, para o fato de não ser possível haver atividade portuária prestada generalizadamente a terceiros fora do “porto organizado”, pois somente este estaria voltado a satisfazer interesses de outrem.²⁵⁸ Os portos de uso privativo misto, portanto, somente poderiam prestar serviços a terceiros, em caráter excepcional e para obter o máximo de eficiência econômica, visando o aproveitamento do ócio de utilização. Para que a movimentação de cargas de terceiros se mostre possível, Bandeira de Mello apresenta duas condições:

Uma a de que esta prestação a terceiros não representasse senão porcentual de muito pequena monta em relação ao uso próprio do terminal ou porto privativo, sob pena de desvirtuamento da índole do terminal privativo; outra a de que fosse demonstrado que ditos serviços só viriam a ser prestados por não haver disponibilidade deles em prazo razoável por meio dos concessionários, até porque, a ser outra sorte, estaria havendo concorrência desleal: já que estes para exercerem tal mister necessitariam disputar em licitação o direito de fazê-lo, diversamente do ocorrente nos terminais privativos, ao menos naqueles alocados fora da área dos portos organizados.²⁵⁹

²⁵⁶ Nesse sentido é o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Marçal Justen Filho, Juarez Freitas, Alexandre Santos de Aragão e Adilson Abreu Dallari.

²⁵⁷ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 195.

²⁵⁸ Terminais portuários de uso privativo: impedimento constitucional à prestação de serviços a terceiros. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 147-154, mar./abr. 2008, p. 153-154.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 151.

Marçal Justen Filho, em petição inicial da ADPF nº 139, esclarece que a movimentação de cargas de terceiros não é um elemento essencial à configuração de um terminal de uso privativo misto. Todos os terminais de uso privativo têm a finalidade de movimentar carga própria. A diferença de um terminal de uso privativo exclusivo e um misto está no fato de este último poder movimentar, acessoriamente, cargas de terceiros.²⁶⁰

Juarez Freitas, por sua vez, defende ser necessária a justificação de carga proporcional para que o terminal privativo seja de uso misto, não podendo ser uma forma sibilina de evitar a licitação, uma fraude a lei.²⁶¹

Na mesma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, Adilson Abreu Dallari, em parecer fornecido à ABRATEC, defende esse mesmo sentido. Para esse administrativista, a Lei de Modernização dos Portos estabeleceu dois regimes jurídicos distintos aos portos públicos e aos portos privativos, tanto para outorga, quanto para os pressupostos, objetos e finalidades. Os terminais de uso público podem ser outorgados por meio de concessão, enquanto a autorização é típica, específica e fundamentalmente destinada aos terminais de uso privativo, para a movimentação de carga própria, podendo, excepcionalmente, movimentar cargas de terceiros.²⁶²

Em artigo recentemente publicado, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara ressaltam que a LMP, ao criar a categoria dos terminais de uso privativo misto, tomou como condição a movimentação de carga própria e de terceiros, sendo indispensável a movimentação da primeira, não podendo esta ser irrelevante.²⁶³

Embora essas posições tenham sido externadas antes da edição do Decreto nº 6.620/2008, o qual determina, em seu art. 35, inciso II, que os portos privativos de uso misto movimentem *preponderantemente* carga própria, e em seu art. 2º, inciso X, que as cargas de terceiros deverão ser movimentadas de forma *eventual e subsidiária*, elas são relevantes para a defesa da legalidade e da constitucionalidade desses dispositivos.

²⁶⁰ Petição inicial da ADPF nº 139/DF.

²⁶¹ Parecer de 15 de março de 2008, anexado às fls. 14 da ADPF nº 139/DF. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009.

²⁶² Parecer jurídico fornecido à ABRATEC (Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público) e anexado à ADPF nº 139/DF. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009.

²⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 71.

Uma última posição pode ser apontada, donde verificamos dois principais autores, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Vitor Rhein Schirato, que entendem não ser possível estabelecer limites à movimentação de cargas de terceiros em terminais de uso privativo misto, quando a lei não o fez.

Para Maria Sylvia Zanella de Pietro, não restam dúvidas de que a Lei nº 8.630/1993 permite aos terminais privativos mistos movimentar cargas próprias e de terceiros, sem qualquer relação entre elas, cabendo ao titular da outorga decidir livremente sobre quais cargas pretenda movimentar, sendo, portanto, ilegais as disposições presentes no art. 2º, inciso III, parte final; no art. 12, inciso XV; e no art. 16, inciso XIV, da Resolução nº 517 da ANTAQ.²⁶⁴

Vitor Rhein Schirato, por seu turno, afirma não haver necessidade, do ponto de vista constitucional, de se condicionar a outorga de autorização à existência de carga própria, sendo mera opção do legislador. Essa afirmação faz sentido dentro de seu posicionamento, pois, para o autor, a definição dos serviços portuários como serviços públicos, pela Constituição, não afasta a exploração do mesmo serviço em regime privado, podendo a lei, inclusive, excluir qualquer necessidade de movimentação de carga própria. Nessa linha, observa Schirato que a exigência de carga própria não é absoluta, e sim relativa, podendo os terminais de uso privativo misto, em assimetria de regimes, concorrerem com os terminais de uso público.²⁶⁵

Com essa intenção, foi realizada a Emenda à Medida Provisória nº 412, de 31 de dezembro de 2007, propondo a alteração da letra “b” do inciso II do § 2º do art. 4º da Lei nº 8.630/1993, e possibilitando às instalações portuárias de uso misto movimentarem carga própria **E/OU** de terceiros. Como, atualmente, a redação do dispositivo utiliza somente a conjunção “e”, a inclusão do “ou” modificaria completamente o sentido do texto.²⁶⁶

Para Marcos Juruena Villela Souto, “tal disciplina não seria nenhuma inovação, já que o regime jurídico das telecomunicações previu a ampla competição

²⁶⁴ Citação feita pela Procuradoria da ANTAQ no Parecer-PRG-ANTAQ/nº 277/2007. (BRASIL. ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Parecer-PRG-ANTAQ/nº 277/2007*. Brasília, 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009).

²⁶⁵ A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 184.

²⁶⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. A competitividade no setor portuário e o transporte de cargas de terceiros nos terminais de uso privativo misto. In: SADDY, A. (Coord.). *Direito público econômico supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 637-659, 2009, p. 654.

entre os diversos prestadores de serviços, em regime público e em regime privado”.²⁶⁷

A Lei Geral de Telecomunicações (LGT), de fato, admite a concomitância da prestação do serviço de telecomunicações em ambos os regimes, de Direito Público e de Direito Privado. Ficando a incumbência de definir quais serviços serão realizados em um ou outro regime a cargo do Poder Executivo.²⁶⁸

Defendendo a constitucionalidade da emenda à MP nº 412/2007, Marcos Juruena Villela Souto, infere que o comando da Lei Maior disciplina o porto e não as instalações portuárias nele contidas, sendo regimes diversos. “O porto é serviço público; o transporte de cargas é atividade econômica e exige a existência do porto, salvo se houver terminais privativos (fora do porto organizado para viabilizar sua entrada e saída)”.²⁶⁹

Para nós, ao contrário, tal modificação seria inconstitucional. Ao explorar o porto organizado, inequivocamente, há prestação de serviço público. Esse serviço público se efetiva pela gestão da infraestrutura portuária, sendo esta usufruível pelos usuários indistintamente (armadores, donos da carga e operadores portuários).

Dentre os principais objetivos do serviço público portuário está a garantia ao livre trânsito marítimo, seja de pessoas ou de mercadorias, tendo o porto função essencial para que este direito seja exercitado. Em razão da necessária obediência aos *princípios da neutralidade*,²⁷⁰ *igualdade*,²⁷¹ *obrigatoriedade*,²⁷² bem como o respeito à livre concorrência, deve o porto público permitir a qualquer pessoa jurídica que satisfaça as condições legais para operar dentro do porto organizado, ou mesmo para atracar seu navio no porto para movimentar mercadorias.

²⁶⁷ A competitividade no setor portuário e o transporte de cargas de terceiros nos terminais de uso privativo misto, p. 655.

²⁶⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações, p. 624.

²⁶⁹ Op. cit., p. 658.

²⁷⁰ O princípio da neutralidade pode ser considerado corolário do princípio da igualdade, e tem por fins essenciais o respeito à liberdade de consciência e o bom andamento dos serviços, sem estabelecer discriminações entre os usuários, agentes ou fornecedores. (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 306).

²⁷¹ O princípio da igualdade constitui garantia para os usuários, no sentido de terem para si dispensado igual tratamento jurídico. Qualquer tipo de discriminação deve ser justificada. Beneficia usuários efetivos e potenciais, em razão do direito de acesso ao serviço público. (Ibidem, p. 300-305).

²⁷² Decorre do inescusável dever do Estado de prestá-lo ou promover-lhe a prestação sob pena de responsabilidade. No caso do serviço público portuário, a utilização do serviço, entretanto, é facultativa. (Ibidem, p. 311).

Instalações portuárias de uso público também estão sujeitas ao regime de Direito Público, estado o licitante vencedor do arrendamento sujeito à regulação exercida conjuntamente pela Autoridade Portuária e pelo CAP, e ao regime tarifário, necessitando, ainda, requisitar mão de obra avulsa no Órgão Gestor de Mão de Obra (OGMO). Vale frisar que o aspecto principal dessas instalações está no dever de garantir o livre trânsito marítimo, devendo respeito aos princípios da neutralidade, igualdade e obrigatoriedade. A recusa em movimentar carga de navio determinado, caracteriza, inclusive, infração ao contrato de arrendamento.

Instalações de uso privativo misto, ao contrário, estão sujeitas ao regime de Direito Privado. Não estão sujeitas à regulação local (AP e CAP), o regime é o de liberdade de preço e não necessitam requisitar mão de obra avulsa. Ao autorizado cabe o direito de escolha, não havendo qualquer obrigatoriedade de atendimento aos usuários, nem havendo necessária obediência aos princípios da igualdade e neutralidade. Sendo os contratos realizados sob o regime de Direito Privado, o autorizado pode, inclusive, beneficiar amigos (art. 6º, § 2º, da LMP).

Possibilitar que terminais de uso privativo misto movimentem exclusivamente carga de terceiros daria ao particular uma *grande vantagem* em eventual competição com instalações de uso público. Com menor custo, em razão das inexigências próprias do regime privado, invadiriam terreno próprio dos serviços públicos e conseguiriam praticar menores preços na movimentação de cargas.

Seria uma questão de tempo, portanto, até que os portos públicos, e suas respectivas instalações de uso público, ficassem impossibilitados de operar em razão da ausência de cargas. Com a ausência de novos investimentos e provável fechamento de portos públicos, estaria afetada a garantia ao livre trânsito marítimo e acesso ao mar, já que o autorizado a explorar terminal de uso privativo não possui nenhum dever de atenção ao princípio da obrigatoriedade do serviço.

A Medida Provisória nº 412/2007 foi convertida na Lei nº 11.726/2008 – que tratou do Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária (REPORTO), instituído pela Lei nº 11.033/2004 – sem, entretanto, modificar o art. 4º, § 2º, inciso II, letra “b”, da Lei nº 8.630/1993, que permanece com a redação original.

Face, portanto, à legislação portuária vigente, adotamos o posicionamento predominante na doutrina nacional, ou seja, entendemos que, nos terminais portuários de uso privativo, somente há a possibilidade de o próprio interessado,

detentor da carga, construir e explorar a instalação portuária. Assim sendo, esses terminais existem para servir seus titulares, sejam eles de uso *exclusivo* ou *misto*,²⁷³ ou seja, mesmo em se tratando de terminal de uso misto, a essência da instalação continua a mesma – as instalações são de uso privativo focadas no *autoatendimento do interessado*.²⁷⁴

Conforme já acentuamos, seguindo o quadro de Alfred Baird (reproduzido na seção 2.4 deste trabalho), o modelo adotado nos terminais de uso privativo foi o “Privado II”, ou seja, a *regulação* do porto será *estatal*, enquanto a *gestão de espaços* e a *prestação do serviço* seguem o regime jurídico de *Direito Privado*. Para a nossa posição, este será o regime jurídico comum aos terminais de uso privativo, exclusivos ou mistos.

O regime jurídico desses terminais portuários particulares, na gestão de espaços e na prestação dos serviços, é, portanto, o de natureza privada, onde vigora a *liberdade de preços*, sendo o direito aplicável o inerente ao regime.

Desse modo, não só estão dispensados de licitação para recebimento da autorização desses terminais, como também, diversamente dos terminais de uso público, dispensados, em sua exploração, da obrigatória contratação de trabalhadores portuários avulsos cadastrados no Órgão Gestor de Mão de Obra²⁷⁵ e do pagamento de tarifas devidas em razão da prestação do serviço público portuário, já que não utilizam a infraestrutura do porto organizado.²⁷⁶

Outro reflexo do regime jurídico de Direito Privado, vigente nas instalações portuárias de uso privativo na modalidade mista, está na relação do autorizado com os usuários, ou seja, os contratos realizados para a movimentação de cargas de terceiros serão regidos pelas normas de Direito Privado, sem qualquer participação ou responsabilidade estatal.²⁷⁷

²⁷³ Nós nos prenderemos à análise dessas duas categorias, em razão de sua crucial importância e das enormes discussões surgidas em razão dos terminais portuários de uso misto.

²⁷⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 64-65.

²⁷⁵ Nesse sentido: *Recurso Especial. RESp nº 593624/RS*, 2003/200167397-3. Relator: Ministro José Delgado. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 16/10/2007. Publicação: DJ 25/10/2007, p. 125. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2008. Nesse julgamento, entendeu-se que instalações de uso privativo não são obrigadas a requisitar apenas trabalhadores cadastrados no OGMO, afirmando-se, ainda, que “os terminais particulares são explorados sob regime jurídico de empresas privadas, pelo que são livremente administrados”.

²⁷⁶ Nesse sentido: *Recurso Especial. RESp nº 171023/RS*, 1998/0025683-0. Relator: Ministro Hélio Mosimann. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento: 15/12/1998. Publicação: DJ 08/03/2000, p. 97. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2008.

²⁷⁷ Art. 6º, § 2º, da Lei nº 8.630/1993.

Embora o regime em vigor nos terminais de uso privativo seja o privado, a ANTAQ vem incluindo, em seus termos de autorização, inclusive para terminais de uso exclusivo, cláusulas próprias do regime jurídico de Direito Público, que obrigam os detentores da outorga a satisfazerem requisitos como regularidade, continuidade, segurança, eficiência, atendimento ao interesse público e preservação do meio ambiente, o que se justifica somente em razão do domínio portuário, que é público.²⁷⁸

A construção e a posterior exploração dos terminais de uso privativo somente podem ser outorgadas por meio de autorização,²⁷⁹ a ser fornecida pela ANTAQ.²⁸⁰ Sua outorga deve ser necessariamente precedida de consulta à autoridade aduaneira e ao Município, e de aprovação de Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (RIMA).²⁸¹

Passaremos, agora, à análise do instrumento da autorização de terminais de uso privativo de uso exclusivo ou misto.

4.2.1.2 Normatização da autorização de terminais de uso privativo

Esclarecidas, anteriormente, as várias posições quanto à natureza jurídica da autorização administrativa,²⁸² daremos início à análise da autorização específica de outorga aos interessados em construir e explorar terminais portuários de uso privativo, de forma exclusiva ou mista.

Inicialmente, forneceremos um panorama legislativo e regulatório do instituto, para, posteriormente, analisarmos algumas posições a respeito do tema e expormos nosso posicionamento, justificando-o.

A análise das normas que circundam o tema da autorização de terminais portuários de uso privativo será realizada, propositalmente, partindo-se da Constituição Federal, para, depois, ser percorrida toda a hierarquia normativa sobre

²⁷⁸ Como exemplo, temos a Resolução nº 1.176 da ANTAQ, de 14 de outubro de 2008, que autoriza a empresa Dow Brasil Sudeste Industrial Ltda. a explorar, por prazo indeterminado, terminal portuário de uso privativo na modalidade exclusivo. (Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 26 dez. 2008).

²⁷⁹ Art. 4º, inciso II, da Lei nº 8.630/1993.

²⁸⁰ Art. 27, inciso XXII, da Lei nº 10.233/2001.

²⁸¹ Art. 4º, § 1º, da Lei nº 8.630/1993.

²⁸² Vide o Capítulo 3 desta dissertação.

a questão. Entendemos que, dessa forma, será possível uma análise sistemática mais coerente sobre o instituto.

Ressaltamos que a Constituição Federal não delimitou, para o serviço portuário, a linha divisória entre o que seja, ou não, serviço público, deixando essa tarefa para a legislação ordinária. A Constituição deferiu à União competência privativa para editar lei que regulasse o regime jurídico do setor, conforme se verifica pela previsão do art. 22, inciso X, da Carta Magna.

Quanto à legislação ordinária, seguem os principais diplomas que tratam do assunto:

- ***Lei de Modernização dos Portos e Lei nº 10.233/2001:***

Tanto a Lei nº 8.630/1993 como a Lei nº 10.233/2001 possuem previsões do instituto da autorização para construção e/ou exploração de terminal portuário de uso privativo.

Na Lei nº 8.630/1993, essa previsão vem no art. 4º, inciso II, e no art. 6º, *caput*, que preveem a autorização como forma de transferência, por ato unilateral, à pessoa jurídica que demonstre *capacidade para o desempenho* da atividade. Na Lei nº 10.233/2001, por sua vez, tal previsão encontra-se no art. 13, inciso V; no art. 14, inciso III, letra “c”; e no art. 43, este último estabelecendo as seguintes características para a autorização: (i) independe de licitação; (ii) liberdade de preços e serviços,²⁸³ em ambiente de livre competição; e (iii) sem prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se por renúncia, anulação ou cassação.

Conforme previsto pela Lei nº 10.233/2001, o direito à construção e manutenção de instalações portuárias de uso privativo é outorgado por autorização, *sem necessidade de prévia licitação*. A justificativa para a ausência de licitação está na própria essência dessa instalação portuária, que não se destina ao uso público, esteja situada fora do porto organizado ou mesmo dentro deste (quando o interessado for detentor do domínio útil do terreno).²⁸⁴

²⁸³ A liberdade de preços dos serviços é prevista, ainda, pelo art. 45 da Lei nº 10.233/2001.

²⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 64.

Verificamos, ainda, que a autorização, na forma prevista pela Lei nº 10.233/2001, identifica-se com parte da posição do conceito que tem a doutrina clássica sobre a autorização administrativa, ou seja, como ato administrativo *unilateral* (Lei nº 8.630/1993) e *precário* (Lei nº 10.233/2001), embora possa esta última característica ser questionada face à interpretação sistemática normativa de todo o setor.

Passaremos, agora, à análise das outras previsões normativas infralegais, para, posteriormente, nos aprofundarmos nestas últimas características apontadas.

- **Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008:**

Em outubro de 2008, foi editado o Decreto nº 6.620, com o fim de melhor disciplinar o setor portuário assolado por incertezas.

O tema da autorização de terminais de uso privativo misto foi um dos pontos de grande discussão, principalmente em razão de não estarem estabelecidos, seja no âmbito legal, seja no regulatório (Resolução da ANTAQ), parâmetros claros sobre a quantidade de movimentação de cargas próprias nesses terminais e, conseqüentemente, a possibilidade de movimentação de maior ou menor percentual de cargas de terceiros.

Diretrizes foram estabelecidas ao setor portuário pelo art. 7º do Decreto nº 6.620/2008. A primeira delas, constante do inciso I, foi o atendimento ao interesse público, norte, portanto, para todo o setor. Os incisos seguintes somente parecem externar formas para que esse interesse primordial seja resguardado.²⁸⁵

²⁸⁵ Decreto nº 6.620/2008. “Art. 7º. São as seguintes as diretrizes gerais aplicáveis ao setor portuário marítimo: I - atendimento ao interesse público; II - manutenção do serviço adequado e garantia dos direitos dos usuários; III - promoção da racionalização, otimização e expansão da infraestrutura e superestrutura que integram as instalações portuárias; IV - zelo pelas atividades e a guarda dos bens afetos à operação portuária e ao próprio porto organizado; V - adequação da infraestrutura existente à atualidade das embarcações e promoção de revitalização de instalações portuárias não operacionais; VI - preservação ambiental em todas as instalações portuárias, públicas e privadas, implantando ações de gestão ambiental portuária de forma a aperfeiçoar o processo de licenciamento ambiental dos empreendimentos; VII - estímulo à modernização da gestão do porto organizado; VIII - promoção de programas e projetos de arrendamento, atendendo a destinações específicas e definidas com base em parâmetros técnicos, de acordo com os respectivos planos de desenvolvimento e zoneamento; IX - desenvolvimento do setor portuário, estimulando a participação do setor privado nas concessões, nos arrendamentos portuários e nos terminais de uso privativo; X - melhoria do desempenho operacional e da qualidade do serviço prestado, visando à redução dos preços praticados; XI - promoção da sustentabilidade econômico-financeira da atividade portuária e implantação de sistema de preços e tarifas com base em centros de custos e

O mencionado decreto, dentre outros assuntos, definiu a autorização, em seu art. 2º, inciso VI,²⁸⁶ e tratou especificamente do instituto, nos artigos 35 a 38. As principais inovações verificadas foram: (i) a implementação de dois momentos distintos para a outorga da autorização: no primeiro momento, a *autorização para a construção* da instalação do terminal privativo e, posteriormente, a *autorização para o início da exploração* do terminal;²⁸⁷ e (ii) a previsão de que as instalações de uso privativo misto destinam-se à movimentação *preponderantemente* de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de carga de terceiros.

Com isso, estabelece-se um parâmetro quantitativo na movimentação de carga própria. Entendemos que esta deverá, necessariamente, estar acima de 50% (cinquenta por cento), deixando, porém, uma parcela de liberdade para que a ANTAQ fixe o exato percentual ²⁸⁸ necessário de movimentação de carga própria, podendo a Resolução definir, por exemplo, que as autorizações para terminais portuários de uso privativo misto serão outorgadas àqueles que comprovem uma demanda de movimentação de 40% (quarenta por cento) a 10% (dez por cento) de cargas de terceiros.

O art. 37 do decreto em tela voltou a usar expressão “contrato de adesão” como instrumento de formalização da autorização de terminais privativos de uso exclusivo. Esse termo, utilizado pela LMP, foi abandonado pela Lei nº 10.233/2001, que passou a utilizar “termo de autorização”. O disposto, mais do que uma simples troca de expressões, reflete uma tentativa de dar menor precariedade à autorização, entretanto, peca pelo instrumento legal utilizado, em razão de, sabidamente, Decreto não revogar dispositivo presente em Lei.

O requerimento de autorização para instalação de uso privativo será dirigido à ANTAQ, que deverá encaminhá-lo à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (SEP/PR), junto com o resumo do empreendimento, para que esta se manifeste quanto à adequação do pedido às políticas e diretrizes do setor de portos

eficiência operacional; XII - estímulo à competitividade do setor e defesa da concorrência; XIII - promoção da plena aplicação e execução do Programa Nacional de Dragagem; e XIV - valorização da mão de obra com base na eficiência, de modo a possibilitar a adoção de métodos de produção mais adequados para a movimentação de mercadorias e de passageiros marítimos e suas bagagens nos portos”.

²⁸⁶ Decreto nº 6.620/2008. “Art. 2º. Para fins deste decreto, consideram-se: [...] VI - Autorização – outorga, por ato unilateral, de exploração de terminal de uso privativo, feita pela União à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco; [...]”.

²⁸⁷ Art. 37, § 1º, Decreto nº 6.620/2008.

²⁸⁸ Entre 50% (cinquenta por cento) e 100% (cem por cento) da movimentação da carga, para que seja respeitada a norma presente no decreto.

e terminais portuários marítimos. Essa norma, presente no art. 35, § 1º, do Decreto nº 6.620/2008,²⁸⁹ não deixa margem de discricionariedade à Secretaria Especial de Portos, cabendo a este órgão somente averiguar, no caso concreto, na conferência da autorização para instalação de uso privativo ao interessado, a adequação do requerimento às diretrizes e políticas do setor (anteriormente estipuladas pela SEP). A presença, ou não, do interesse público deverá ser avaliada no momento da fixação das diretrizes e políticas do setor.

Se o resultado de mencionada consulta for pela negativa da autorização, com a respectiva e necessária motivação, não há para a ANTAQ a faculdade de outorgá-la, em razão da estrutura hierárquica desenhada pelas normas do setor.

- **Resolução nº 517 da ANTAQ:**

A ANTAQ detém competência para estabelecer critérios para a definição da modalidade “instalação portuária de uso privativo misto” e sua respectiva outorga de autorização. Tais poderes devem ser exercidos dentro dos objetivos legais²⁹⁰, das diretrizes e da política nacional do setor, a qual é estipulada, atualmente, pelo Decreto nº 6.620/2008. No exercício dessa competência, editou a presente Resolução.

O Decreto nº 6.620/2008 determina que a ANTAQ proceda, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da sua publicação, a adequação das disposições regulatórias referentes às autorizações de que ele trata.²⁹¹ Desse modo, sinaliza-se uma hierarquia, tanto administrativa quanto normativa, ainda que em menor grau que o restante da Administração Federal, existente entre o Chefe do Poder Executivo (Decretos Presidenciais) e as Agências Reguladoras (Resoluções).

Analisaremos, então, a compatibilidade ou não da Resolução nº 517 com a LMP e o mencionado decreto.

²⁸⁹ Decreto nº 6.620/2008. Art. 35, § 1º. “Recebido o requerimento de que trata o *caput*, a ANTAQ encaminhará consulta a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, com o resumo das características do empreendimento, para que esta se manifeste quanto à adequação do pleito às políticas e diretrizes do setor de portos e terminais portuários marítimos”.

²⁹⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. A competitividade no setor portuário e o transporte de cargas de terceiros nos terminais de uso privativo misto, p. 658.

²⁹¹ Art. 49, inciso I, do Decreto nº 6.620/2008.

O inciso II do art. 4º da Lei nº 8.630/1993 determina que a autorização de terminais de uso privativo deve ser realizada pelo Ministério competente. Competência esta que foi atribuída pela Lei nº 10.233/2001 à ANTAQ. A previsão da LMP é genérica e não traz critérios técnicos ou requisitos para conferência do instituto, cabendo tal normatização à Agência.

A Resolução nº 517 é a norma editada pela ANTAQ para outorga de autorização para a construção, exploração e ampliação de terminal portuário de uso privativo. Dispõe, assim como as outras normas do setor, de inúmeras definições, como terminal portuário de uso privativo exclusivo ou misto, carga própria e carga destinada ou proveniente de transporte aquaviário.²⁹² Em seu art. 2º, inciso I, a outorga de autorização é definida como:

Ato administrativo unilateral, editado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, que autoriza a empresa privada ou entidade pública constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos, a construir, a explorar e a ampliar terminal portuário de uso privativo.²⁹³

Estipula a norma regulatória 517 um termo, ou prazo de validade, para a outorga da autorização, de tal sorte que esta se mantém válida enquanto o autorizado permanecer na atividade industrial ou comercial que justificou a outorga do instituto.²⁹⁴

O procedimento para a outorga à interessada na autorização é previsto de forma minuciosa pelas resoluções, descrevendo uma necessária habilitação jurídica, de regularidade fiscal, bem como a necessária habilitação técnica, prevendo critérios objetivos para a verificação da presença, ou não, desta.²⁹⁵ Assim, a resolução estabeleceu os requisitos necessários à verificação da *capacidade para o desempenho* da atividade²⁹⁶ em instalações de uso privativo.

Com a fixação de critérios objetivos para a avaliação da *capacidade para o desempenho* da atividade, a ANTAQ restringiu, já no âmbito abstrato, qualquer

²⁹² Art. 2º da Resolução nº 517 da ANTAQ. (Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009).

²⁹³ Ibidem, loc. cit.

²⁹⁴ Art. 2º, § 1º, da Resolução nº 517 e art. 3º, inciso I, da Resolução nº 1.401, ambas da ANTAQ. (Disponíveis em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009).

²⁹⁵ Art. 5º, incisos I e II, da Resolução nº 517, e art. 3º, inciso II, da Resolução nº 1.401, ambas da ANTAQ. (Disponíveis em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009).

²⁹⁶ A comprovação da capacidade para o desempenho da atividade a ser realizada nas instalações portuárias de uso privativo é requisito necessário para a outorga da autorização, em razão do art. 6º da Lei nº 8.630/1993.

possibilidade de exercício de competência discricionária por parte desta, em razão da aplicação desse conceito jurídico indeterminado.

No Capítulo IV da Resolução nº 517, são estipuladas obrigações à autorizada. O instituto da autorização, assim, embora ampliativo de direitos, será dotado de encargos que, caso venham a ser descumpridos, podem, inclusive, levar à cassação da outorga com declaração de inidoneidade.²⁹⁷ Porém, sempre que verificado o descumprimento de algum dos encargos previstos no termo de autorização que, por ventura, se apresentem no caso concreto, haverá um processo administrativo para apuração dos fatos, dando-se ao interessado o direito de defesa. Tais encargos não desnaturam a autorização, que continua a ser entendida como ampliativa na parte outorgante.

No que tange à autorização de terminais de uso privativo, a maior parte da Resolução nº 517 da ANTAQ coaduna-se com o Decreto nº 6.620/2008. A principal diferença está na definição de terminais de uso privativo misto, pois, enquanto a resolução não apresenta qualquer previsão de percentual de movimentação necessária de carga própria, o decreto, com o uso da expressão “*preponderantemente*”, determina que ao menos 50,1% (cinquenta vírgula um por cento) o sejam.

Nesse ponto, cumpre desenvolver um primeiro questionamento: haverá exercício de competência discricionária, pela ANTAQ, na edição de uma nova resolução que normatize a outorga de autorizações de terminais de uso privativo? Mesmo após a edição do Decreto nº 6.620/2008? Que limites deverá obedecer?

Entendemos que dois pontos ainda restam para que a ANTAQ, com margem de liberdade, estabeleça normas para a autorização de instalações de uso privativo. Essa liberdade, entretanto, não se confunde com discricionariedade, por se tratar de âmbito abstrato e não concreto. Em primeiro lugar, poderá a resolução estabelecer parâmetros mais seguros de interpretação da expressão “*capacidade para o seu desempenho*”, assim como foi feito na Resolução nº 517, inclusive modificando os documentos exigidos. Dessa forma, diante do conceito jurídico indeterminado, utilizado pela Lei nº 8.630/1993, em seu art. 6º, poderá estabelecer critérios técnicos e contábeis que possibilitem maior segurança com relação à autorização.

²⁹⁷ Artigos 13 a 16 da Resolução nº 517 da ANTAQ. (Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009).

Estabelecer, por meio de norma regulatória, critérios objetivos que possibilitem a verificação da *capacidade para o desempenho* da atividade de exploração do terminal privativo é desejável, pois traz maior transparência à outorga, evitando arbitrariedades que esse conceito pudesse gerar.

Outro ponto onde resta certa margem de liberdade, para o qual poderá, por meio da resolução, ser fixado um critério mais específico, será a interpretação da expressão *preponderantemente*, podendo a ANTAQ fixar percentual mínimo de movimentação de carga própria, desde que acima de 50% (cinquenta por cento), e máximo, por exemplo, de 95% (noventa e cinco por cento), pois acima disso seria possível somente a outorga de terminal de uso exclusivo.

Destacamos que, tanto o Decreto nº 6.620/2008 quanto a Resolução nº 517 da ANTAQ, não ofenderam o princípio da legalidade, ao menos no tocante à autorização para construção e exploração de terminais de uso privativo, visto que, ao disciplinarem a matéria, não inovaram o ordenamento jurídico nem impuseram obrigação contrária à previsão legal. Ambos os instrumentos normativos trataram de regulamentar à Lei nº 8.630/1993, diminuindo a margem de discricionariedade em sua aplicação.²⁹⁸

Informamos, ainda, que até a data da conclusão deste trabalho, por meio da Resolução nº 1.401, de 16 de julho de 2009, foi aprovada “a proposta de norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminais de uso privativo”, devendo, nos próximos meses, alterar a Resolução nº 517 da ANTAQ, que regulou, até o momento, a outorga de autorização de terminais privativos.

Nessa Resolução nº 1.401 da ANTAQ, há uma definição de outorga de autorização, em seu art. 2º:

Para os efeitos desta norma considera-se: I - outorga de autorização: ato administrativo formalizado mediante Contrato de Adesão, celebrado entre a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no país, que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos, autorizando-a a construir, explorar e ampliar terminal portuário de uso privativo, por sua conta e risco;²⁹⁹

²⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 70.

²⁹⁹ Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

A mudança se limita a dois pontos: ao “caráter unilateral”, que deixa de existir na segunda resolução, devendo a autorização ser formalizada por meio de “contrato de adesão”. Esta expressão presente na LMP deixou de ser utilizada pela Lei nº 10.233/2001, passando a ANTAQ, desde então, a formalizar as autorizações por meio de “termo de autorização”. O intuito da modificação foi, inequivocamente, o de promover à necessária adequação ao Decreto nº 6.620/2008, que voltou a mencionar o termo da LMP, ou seja, “contrato de adesão”.

Diversamente da Resolução nº 517, dentro da proposta de norma presente na Resolução nº 1.401, consta como cláusula obrigatória do “contrato de adesão”:

CLÁUSULA QUINTA - DO PRAZO DA AUTORIZAÇÃO A AUTORIZAÇÃO referida na Cláusula Primeira deste CONTRATO terá vigência de 25 (vinte e cinco) anos contados da data da publicação do extrato deste CONTRATO no Diário Oficial, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período na forma da lei, observado o interesse público.³⁰⁰

4.2.1.3 Da natureza jurídica da autorização de instalação portuária de uso privativo

Do atual conjunto normativo do setor, verificamos que a autorização para instalações de uso privativo é: (i) ato administrativo; (ii) formalizado por termo de autorização; (iii) que permite à empresa privada ou instituição pública; (iv) constituída sob as leis brasileiras; (v) construir, explorar e ampliar terminal de uso privativo; (vi) independente de licitação; (vii) sem prazo determinado;³⁰¹ (viii) extinguindo-se por renúncia, anulação ou cassação.

Da forma como prevista, a natureza jurídica da autorização de terminais de uso privativo não se assemelha à conceituação doutrinária clássica que faz a doutrina do instituto da autorização administrativa.

³⁰⁰ Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

³⁰¹ Da Resolução nº 1.401, proposta de norma para outorga de autorização de terminais de uso privativo, consta o prazo de vigência de 25 (vinte e cinco) anos, podendo ser prorrogado uma única vez, por igual período na forma da lei.

Cumpra ainda ressaltar que, nem a Lei nº 8.630/1993 nem a Lei nº 10.233/2001 mencionam a existência de exercício de competência discricionária na outorga ou recusa de autorização de terminais privativos.³⁰²

Segundo Vitor Rhein Schirato, a referida autorização seria ato vinculado, devendo ser outorgada ao interessado que preencha os requisitos legais, discordando, ainda, mesmo diante da previsão legal, do caráter precário desta, por entender ser a precariedade diametralmente oposta a este ato, que demanda investimentos de altíssimas montas.³⁰³

Alguns autores veem, no instituto, uma verdadeira autorização de serviço público. Essa é a posição de Juarez Freitas, que sustenta ser a previsão existente no § 1º do art. 6º da Lei nº 8.630/1993 uma releitura do instituto da autorização, tradicionalmente entendida como ato administrativo de caráter precário e temporário, tendo tal norma, conjuntamente à Lei nº 10.233/2001, art. 27, inciso V, garantido a mínima certeza e estabilidade nos padrões de regulação.³⁰⁴

Suriman Nogueira de Souza Junior se manifesta no sentido de apresentar a autorização portuária características próprias, diversas daquelas em que o interessado não necessita realizar grandes investimentos, pois nestas o retorno é previsto em longo prazo. E o autor diferencia a autorização conferida para o terminal de uso privativo exclusivo do terminal de uso privativo misto:

Assim, no caso da exploração de terminais portuários privativos, de uso exclusivo, a interpretação da figura da autorização deve ser ampliada, adequando-se a realidade concreta da atividade portuária, como disposto na Lei n. 10233, de 5 de junho de 2001, que instituiu a ANTAQ. Quanto aos terminais privativos para uso misto, ou seja, para movimentação de carga própria e de terceiros, o caso assume características peculiares, uma vez que, além dos interesses do titular da autorização, a questão requer a ponderação dos interesses de terceiros, usuários dos serviços.³⁰⁵

E prossegue a respeito da autorização para instalação portuária de uso privativo misto:

Logo, havendo uma prestação pública dos serviços, a interpretação a ser dada à autorização deve ser aquela que contemple a

³⁰² A experiência e a perspectiva da regulação no setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 186.

³⁰³ *Ibidem*, p. 185.

³⁰⁴ *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 83.

³⁰⁵ *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*, p. 96.

compatibilidade do ato com o interesse público que se busca atender, por consequência, podendo a autorização ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir.³⁰⁶

No que tange à existência de autorização de serviços públicos não compartilhamos da posição que sustenta a sua existência.³⁰⁷

Entendemos que as instalações de terminais de uso privativo não realizam serviços públicos, ao contrário, desenvolve o autorizatário atividade econômica em sentido estrito, em seu próprio e exclusivo proveito, estando sujeito não somente ao regime jurídico de Direito Privado, mas a todos os princípios decorrentes deste (como ao da liberdade de preços) e às responsabilidades inerentes ao regime.

Quanto à *precariedade*, ou não, do instituto, cumpre fazermos uma análise sistemática normativa. O art. 43, inciso III, da Lei nº 10.233/2001 apresenta como característica da autorização a não previsão de prazo determinado de vigência ou prazo final, extinguindo-se sua eficácia pela *renúncia* (rejeição pelo próprio interessado), *anulação* (quando obtida em desacordo com as normas do setor), ou *cassação* (em razão do descumprimento das condições impostas ao interessado).

Dentre as formas de extinção da autorização, não se encontra prevista a possibilidade de *revogação*³⁰⁸ do ato.

O art. 44 da mesma lei determina que a autorização seja outorgada mediante termo,³⁰⁹ que indicará as condições para anulação ou cassação (inciso III). A Resolução nº 517 da ANTAQ determina, em seu art. 2º, § 1º, que a autorização será válida pelo prazo em que o interessado permanecer na atividade industrial ou comercial que justificou o pedido de autorização, e no art. 11, parágrafo único, que o atraso superior a 25% (vinte e cinco por cento) do prazo previsto no cronograma

³⁰⁶ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*, p. 97.

³⁰⁷ Em regra, o serviço público não admite “autorização”, comportando exceções.

³⁰⁸ Compartilhamos da conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes. Esclarece, ainda, o autor, que a revogação, quando legítima, de regra, não gera indenização. (*Curso de direito administrativo*, p. 439 e 447).

³⁰⁹ Diferente da Lei nº 8.630/1993 que, em seu art. 6º, § 1º, determina que a autorização deva ser formalizada por meio de “contrato de adesão”, a Lei nº 10.233/2001, em seu art. 44, utilizando melhor terminologia, prevê que a autorização será outorgada mediante “termo”, por meio do qual vem a ANTAQ realizando a outorga das autorizações de terminais privativos. A discussão sobre a natureza jurídica do “contrato de adesão” previsto pela LMP parecia encerrada com a revogação tácita realizada pela Lei nº 10.233/2001, quando o Decreto nº 6.620/2008 novamente utilizou a expressão “contrato de adesão” em seu art. 37, como instrumento jurídico celebrado para a outorga de autorização de terminais privativos.

para a construção do terminal, ou a interrupção da operação do terminal por um ano, determinará a *cassação* da autorização concedida.

Concluimos que a autorização para construção e exploração de terminais de uso privativo (em ambos os momentos) não é *precária*. Embora sem prazo certo e determinado, não existe, para a Administração, a possibilidade de revogar o ato, por conveniência ou oportunidade, sem gerar direito à indenização do autorizatário.

O titular da outorga possui direito subjetivo à *continuidade* da autorização, desde que esta tenha sido obtida em cumprimento aos requisitos legais e normativos, e não tenha incorrido em qualquer infração às obrigações e encargos estipulados pelas normas do setor, bem como pelo respectivo termo de autorização.

Cumpre, finalmente, indagar sobre a presença da discricionariedade no momento da outorga da autorização de terminais privativos.

Como premissa, fixamos que, discricionariedade, ou exercício da competência discricionária, é a margem de liberdade conferida pela lei, para que seja possível à Administração Pública concretizar o interesse público. Prevista abstratamente pela norma, de forma expressa ou implícita, essa liberdade somente se confirma diante do caso concreto, sendo requisito para a sua configuração a previsão, mais ou menos ampla, no âmbito normativo (abstrato), seja de forma expressa, seja por meio de conceitos jurídicos indeterminados, dentro de seu halo conceitual.

De início, analisaremos a existência, ou não, de previsão no âmbito abstrato, que possibilite o exercício de competência discricionária na outorga de autorização para construção de terminais portuários privativos.

As normas disciplinadoras do regime jurídico dos portos marítimos não determinam, de forma clara, a natureza jurídica da autorização para construção e exploração de terminal privativo. Esta foi prevista pelo Decreto nº 6.620/2008, como o mesmo instituto, cuja outorga é conferida em dois momentos, um primeiro para construção e, posteriormente, para exploração.

A Lei criadora da ANTAQ permite que, por meio de resoluções, sejam fixadas normas que determinem os requisitos necessários para, por exemplo, comprovar a *capacidade para o desempenho de atividade portuária*, ou normas que estabeleçam o percentual necessário de movimentação de carga própria para que seja possível a outorga de autorização de uma instalação portuária de uso misto (desde que se enquadre dentro da expressão *preponderante*). Essa liberdade dada pela lei à

ANTAQ para a regulamentação não configura, entretanto, discricionariedade, pois não analisa o caso concreto, mas situações abstratas.

Vale ressaltar que a liberdade da ANTAQ na edição de regulamentos para concretização do interesse público no setor portuário está limitada, tanto pela Constituição Federal, como pela Lei nº 8.630/1993, pela Lei nº 10.233/2001 (instituidora da Agência) e até mesmo por meio do Decreto nº 6.620/2008 (Diretrizes do setor portuário).

A existência de uma clara regulamentação da outorga de autorização de terminais portuários privativos, por meio de normas gerais e requisitos, não somente é possível como desejável, conforme defendemos, pois, trazendo critérios objetivos para a conferência da autorização, garante-se tanto a igualdade,³¹⁰ dentre todos os que estejam interessados na obtenção de outorga de terminais privativos, como uma maior segurança jurídica³¹¹ aos interessados em investir nesse setor.

Uma vez editada a resolução que regule a autorização fornecida pela ANTAQ, como atualmente é o caso da Resolução nº 517, e sendo esta considerada constitucional, legal e em acordo com as diretrizes impostas pela cúpula setorial, a Agência estará por ela limitada no momento de efetivar as autorizações, sempre analisando determinado caso concreto.

No âmbito concreto é que se torna possível verificar, propriamente, a presença da discricionariedade ou não da ação da ANTAQ. Cabe, porém, realizar um corte didático **quanto ao momento da autorização**, somente sendo possível “cogitar” algum exercício de competência discricionária quando esta seja para a *autorização de construção* da instalação portuária de uso privativo, o que justificamos a seguir.

Em primeiro lugar, antes da outorga para construção, o interessado não possui qualquer direito subjetivo a esta, nem cabe a alegação de que tenha realizado investimentos de grande monta, porque nenhuma obra ainda foi realizada.

³¹⁰ O preceito magno da igualdade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. O alcance do princípio não se restringe a nivelar cidadãos diante da norma legal posta, mas impõe que a própria lei não pode estar em desconformidade com a isonomia, que reside na correlação lógica entre o critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele. (*Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 9, 10 e 37).

³¹¹ Segurança jurídica que garante os direitos de todos os protagonistas do mercado, em particular, a liberdade e propriedade. (CASSAGNE, Juan Carlos. *Fragmentos de derecho administrativo*: entre la justicia, la economía y la política, p. 203).

O art. 170 da Constituição prevê que a lei poderá subordinar o exercício de certas atividades a uma autorização estatal prévia, cabendo ao Estado, nesses casos, verificar o preenchimento dos requisitos necessários para a sua outorga.³¹² Foi o que fez a Lei nº 8.630/1993, a Lei 10.233/01 e o Decreto 6620/08, quando apresentaram como necessária a autorização para possibilitar a construção e a exploração de terminais portuários privativos, em razão da grande importância que apresenta o setor para a política nacional.

Embora a exigência de autorização para a realização de construção e exploração da atividade portuária se justifique em razão do inerente interesse público presente nessa atividade econômica em sentido estrito, após a imposição de requisitos claros por meio de resolução, não restará à ANTAQ discricionariedade para negar a autorização pleiteada, tendo sido preenchidos os requisitos legais e normativos setoriais. Discricionariedade somente haverá, caso a ANTAQ não normatize com objetividade os requisitos necessários para a autorização, o que, frisamos, atenta contra os princípios da igualdade e da moralidade administrativa.

Na presença da norma, o que cabe à ANTAQ será tão somente a verificação do atendimento, ou não, dos requisitos apontados anteriormente por esta agência, não apenas por meio das resoluções como também do plano de outorgas e pela SEP (Secretaria Especial de Portos da Presidência da República), por meio das diretrizes setoriais, ou seja, o interesse público já está previamente estipulado na norma.³¹³ Outro entendimento somente desestruturaria o setor, trazendo uma enorme insegurança jurídica e impedindo investimentos necessários ao desenvolvimento do próprio país.

A SEP deverá se manifestar, obrigatoriamente, quanto à adequação do pleito às políticas e diretrizes do setor de portos e terminais portuários marítimos, verificando, nesse momento, a presença ou ausência do interesse público, sempre em acordo com a normatização e o planejamento já estabelecido para o setor. A

³¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 130.

³¹³ Imaginemos, por exemplo, que, ao redor da área onde se pretenda construir determinada instalação portuária de uso privativo, já existam, em grande quantidade, instalações portuárias, sejam públicas ou privadas, e que a autorização daquele terminal especificamente viesse a atrapalhar o tráfego dos navios que por ali já navegassem. Por isso é que se mostra extremamente importante um plano de outorgas bem elaborado, trazendo um estruturado planejamento que defina o interesse público presente no atual momento histórico do país, e garantindo, assim, maior segurança para os investidores.

negativa somente será admissível quando em desacordo com a política setorial normatizada do setor.³¹⁴

No segundo momento, ou seja, ao autorizar a *exploração do terminal privativo*, faz-se presente, com maior força, a natureza jurídica de licença, ou também chamada de autorização vinculada,³¹⁵ sendo, portanto, ato vinculado, de modo a não caber discussão sobre a presença de exercício de competência discricionária para a sua outorga.

Ou foram atendidos os requisitos normativos e estipulados no momento anterior da *autorização para a construção do terminal* e a autorização deve ser outorgada, ou tais requisitos não foram atendidos e a negativa da outorga é imperativa.

O caráter vinculado da autorização para *exploração de terminal portuário* privativo é reforçado pela norma presente no art. 37, § 2º, do Decreto nº 6.620/2008, que determina:

O início da exploração da instalação portuária de uso privativo **dar-se-á** somente após a constatação, decorrente de vistoria a ser realizada pela ANTAQ, do atendimento a todas as exigências legais relativas às demais autoridades públicas federais, estaduais e municipais que exercem competência legal sobre as instalações portuárias de uso privativo. (grifo nosso).

O mesmo se diga da extinção de mencionada autorização. Caso não exista a renúncia pelo próprio interessado nem se configure caso de anulação ou cassação da outorga, não há tão pouco margem de discricionariedade para a sua extinção.

Os posicionamentos assumidos acima são embasados em toda a normatização setorial e na segurança jurídica daquele que se propõe a investir enorme quantia financeira acreditando na boa-fé da Administração Pública.

Parece-nos, portanto, não haver margem de discricionariedade em qualquer momento, ou seja, ela não está presente na outorga de *autorização para a construção*; e, com maior razão, não existe discricionariedade no momento da

³¹⁴ Art. 36, § 1º do Decreto nº 6.620/2008.

³¹⁵ Sobre a existência de várias acepções para o termo autorização, Jacintho Arruda Câmara, ao analisar a Lei Geral de Telecomunicações, chama atenção para o fato de serem diversos os conceitos de autorização para telecomunicações, serviços de radiodifusão, setor energético e serviço de transporte de passageiros. Afirma, ainda, o mencionado autor que “é inegável a existência de autorizações vinculadas, que podem conviver com autorizações de outro tipo, marcadas pela discricionariedade e precariedade. É o que se extrai do ordenamento jurídico brasileiro, com respaldo na experiência internacional”. (Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações, p. 632).

outorga de *autorização para exploração* do terminal privativo, pois, cumpridos os requisitos legais e encargos, e estando a construção em acordo com as exigências da ANTAQ, estipuladas em resolução e no termo de autorização, será o ato vinculado, não havendo qualquer possibilidade à ANTAQ de negar a autorização para exploração do porto. Podemos dizer, por conseguinte, que a autorização tem natureza jurídica de licença.

4.2.1.4 Conclusão parcial

Para nós, existem somente duas modalidades de autorização administrativa: (i) *autorização em sentido estrito*, como o ato administrativo unilateral que confere ao particular, por meio de sua outorga, a possibilidade de exercer atividade que o interesse público limita; e (ii) *autorização de uso de bem público*, ato administrativo unilateral que confere ao particular a possibilidade de usufruir exclusivamente de bem público.

Negamos a existência de *autorização de serviço público*, por entendermos que tanto a autorização a qual se refere o art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, quanto a apresentada pelo art. 4º, inciso II, da Lei de Modernização dos Portos, abrangem apenas a outorga de atividade econômica em sentido estrito, que se mostre de relevante utilidade pública.

As instalações portuárias de uso privativo somente podem ser construídas e exploradas após a outorga de autorização pela ANTAQ. A natureza jurídica dessa autorização é a de: (i) ato administrativo unilateral; (ii) formalizado por termo de autorização; (iii) que permite à empresa privada ou instituição pública; (iv) constituída sob as leis brasileiras; (v) construir, explorar e ampliar terminal de uso privativo; (vi) independente de licitação; (vii) sem prazo de vigência ou termo final; (viii) extinguindo-se por renúncia, anulação ou cassação. Não se fazendo presente a *precariedade ou discricionariedade*, conforme se defendeu.

4.2.2 Portos públicos

Em razão da previsão constitucional que subordina o setor portuário à intervenção estatal, existe, atualmente, a impossibilidade de total eliminação da atuação estatal na atividade portuária. Contudo, no nosso entender, restaria uma atividade nuclear dentro da atividade portuária, que não poderia sair da titularidade estatal.

Os portos públicos, naquilo que os torna aptos a resguardar a segurança nacional e assegurar o livre acesso ao mar, ou seja, no que se refere à infraestrutura portuária (Administração Portuária) e à relação de autoridade com seus usuários (Autoridade Portuária), devem, necessariamente, ter sua prestação submetida ao regime jurídico predominantemente de Direito Público.

Os portos organizados, entendidos por nós como sinônimo de portos públicos, são definidos pelo art. 1º, inciso I, da Lei dos Portos. O inciso IV do mesmo dispositivo define a “área de porto organizado”. Dessas definições legais, inferimos como porto organizado o bem público consistente em todo o espaço terrestre somado à estrutura necessária para que o serviço portuário seja prestado (atributo físico), adequado a uma efetiva exploração do serviço e atendimento ao usuário – o operador portuário, os armadores e os agentes marítimos (atributo finalístico).

4.2.2.1 Modos de exploração

4.2.2.1.1 Diretamente

Da análise conjunta do artigo constitucional (art. 21, inciso XII, letra “f”) e da previsão legal do serviço (LMP), infere-se como competência da União a prestação do serviço público portuário, consistente na realização da Administração Portuária local e da Autoridade Portuária. Embora, atualmente, não realize o serviço portuário em nenhum porto marítimo nacional, poderá a União optar por prestá-lo diretamente.

Dentro desse contexto, da exploração direta do serviço público portuário, poderá surgir um conflito entre o Poder Executivo central, personalizado na União, e a Agência Reguladora do setor, a ANTAQ. Cumpre ressaltar, todavia, que o reconhecimento de diversas pessoas jurídicas no âmbito federal exige o respeito à competência específica de cada uma delas.³¹⁶

Uma observação a ser feita é a de que, ao realizar a opção de prestar diretamente o serviço em determinado porto, a União está se colocando em certa e determinada posição do sistema portuário, qual seja a de Administração Portuária local, ou mesmo na função de Autoridade Portuária local, devendo obediência ao programa geral de outorgas formulado pela ANTAQ e às diretrizes assumidas pela Secretaria Especial de Portos, como a política nacional para o setor.

4.2.2.1.2 Delegação a Estados e Municípios

A Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, autorizou a União a delegar aos outros entes federativos a administração e a exploração dos portos públicos federais, por prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogáveis por até mais 25 (vinte e cinco).

A delegação da União aos Municípios, Estados ou Distrito Federal será formalizada por meio de convênio,³¹⁷ podendo estes entes ainda explorarem o porto diretamente ou por meio de concessão. A concessão, ou mesmo eventuais arrendamentos de instalações portuárias de uso público, deverão obedecer aos termos tanto da LMP como, subsidiariamente, às leis federais que regem as concessões (Lei nº 8.987/1995).

Dentro dessa delegação, não se inclui a competência legislativa, prevista pelo art. 22, parágrafo único, da Constituição Federal, ou seja, não se inclui a delegação

³¹⁶ WIMMER, Miriam. A conflituosa relação entre o Poder Executivo central e agências reguladoras: a busca do equilíbrio. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, p. 171-193, abr./jun. 2008, p.178.

³¹⁷ Art. 3º da Lei nº 9.277/1996: “A delegação será formalizada mediante convênio”. Não se configura como um consórcio público em razão de não possuir personalidade jurídica própria, mas como simples acordos temporários de atuação conjunta entre os entes federativos. Por tratar-se ainda de convênio, as relações jurídicas com terceiros são efetivadas em nome dos partícipes, uma vez que este não pode ser sujeito de direitos e obrigações, diversamente do consórcio público, que se obriga em nome próprio, pois adquire personalidade jurídica, respondendo os consorciados apenas subsidiariamente.

para que o Estado legisle a respeito de portos (competência esta prevista no art. 22, inciso X, da Carta Magna). A competência legislativa somente poderia ser delegada por meio de Lei Complementar.

Vale observar que a competência *exclusiva* ³¹⁸ foi outorgada constitucionalmente à União, para explorar, diretamente, ou mediante autorização, permissão ou concessão, os portos marítimos, fluviais ou lacustres. E esta competência seria, segundo José Afonso da Silva e André Ramos Tavares, indelegável. ³¹⁹

Segundo Regis Fernandes de Oliveira, “delegação é a transferência do exercício de competência, constitucional ou legal, de um órgão ou agente a outro, no interior ou fora de uma pessoa jurídica, em caráter precário”. ³²⁰ Prefere esse autor não fazer menção “à relação hierárquica, porque pode haver a delegação independentemente da hierarquia”. ³²¹

A delegação, de regra, fundamenta-se na necessidade de conferir mais agilidade e rapidez na tomada de decisões e no intuito de liberar a autoridade ou o órgão superior de tarefas rotineiras e repetitivas.

O termo delegação nem sempre é utilizado, no ordenamento pátrio, com o sentido acima exposto, em que a transferência de atribuições ocorre de superior hierárquico para escalões inferiores, na mesma estrutura. Menciona-se o termo para a transferência de competências a entidades da Administração indireta, efetuada mediante a lei que as institui. Também para a transferência da execução de serviços públicos objeto de concessão, permissão e autorização. E, ainda, quando se criam ordens profissionais (OAB, CREA, CRM etc.) e se atribuem a estas as atividades relativas à fiscalização do exercício profissional em suas respectivas áreas. O Decreto-lei nº 200/1967 refere-se à execução de programas federais delegada, mediante convênio, a órgãos estaduais e municipais (art. 10, § 5º). “Havendo

³¹⁸ Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções. Competência exclusiva (art. 21 da Constituição Federal). (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 479).

³¹⁹ Segundo José Afonso da Silva, a diferença entre competência exclusiva e privativa é que aquela é indelegável, enquanto esta é delegável. (Op. cit., p. 480). Competência privativa é passível de delegação, enquanto, quando vedada, a competência é exclusiva. (TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 974).

³²⁰ *Delegação e advocação administrativas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 57.

³²¹ *Ibidem*, p. 56.

delegação de competências por lei, somente outra lei terá o condão de devolvê-las ao detentor originário da competência, que, assim, ficará impedido de exercê-las concomitantemente ao delegado”.³²²

Questiona-se, desse modo, se a delegação do serviço público portuário realizado pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios seria inconstitucional.

Os convênios por meio dos quais se promove a “delegação” a outro ente político para promover a outorga, como o fez a Lei nº 9.277/1996 não importam em transferência de titularidade de interesse para outra órbita jurídica, surgindo uma situação de conjugação de interesses estatais de diversa ordem.³²³

Utilizaremos o esclarecimento realizado por Regis Fernandes de Oliveira no sentido de diferenciar convênio de delegação. A delegação não se confunde com a celebração de convênio pelas entidades políticas, nos termos do art. 241 da Constituição, onde existe propriamente transferência de atribuições, para cooperação entre agentes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a *transferência total* ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.³²⁴

A previsão constitucional é diversa, ou melhor dizendo, o regime jurídico do convênio e da delegação previstos constitucionalmente são diversos. No convênio, há a manifestação de vontade convergente dos partícipes, diversamente da delegação, que independe da vontade do delegatário.³²⁵

Concluimos, portanto, que a Lei nº 9.277/1996, ao utilizar a palavra “delegação”, pretendeu auferir ao termo o sentido de transferência de atribuições. Somente nesse sentido seria compatível com a Constituição.

Desse modo, faz-se necessário que esta “delegação” outorgada pela lei seja, obrigatoriamente, formalizada por meio de convênio entre a União e o Estado (ou DF) ou Município beneficiado pela transferência de atribuições.

³²² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 59-60.

³²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 198.

³²⁴ *Delegação e avocação administrativas*, p. 30.

³²⁵ *Ibidem*, p. 31-32.

Marçal Justen Filho observa:

Se é juridicamente viável o convênio e podem diversas pessoas políticas associar-se para ampliar a eficiência na prestação de seus serviços públicos, nem se caracteriza a concessão nem incide o dispositivo que impõe a prévia licitação.³²⁶

Assim sendo, nas concessões impróprias, ou seja, “concessão-delegação” e “concessão-convênio”, ora analisadas, não estão presentes os pressupostos que tornam a licitação obrigatória, não havendo concessão em sentido estrito, estando fora da determinação presente no art. 175 da CF.³²⁷

4.2.2.1.3 Companhia Docas: Administração Indireta

A União tem atribuído a Administração Portuária e a função de Autoridade Portuária, nos portos organizados, a pessoas jurídicas da Administração Indireta. Estas recebem a denominação de Companhia Docas e são, em sua grande maioria, constituídas na forma de sociedade de economia mista.³²⁸

Isso ocorre embora o Programa Nacional de Desestatização (PND), de acordo com a Lei nº 9.491/1997, visando reordenar a posição estratégica econômica do Estado, tenha determinado a transferência para a iniciativa privada da execução dos serviços públicos explorados pela União, direta ou indiretamente (por entidades controladas), nestes incluídos os serviços portuários públicos prestados pelas Companhias Docas.³²⁹

³²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, p. 192.

³²⁷ Ibidem, p. 192-193.

³²⁸ Ao menos aquelas de maior importância econômica no país são constituídas como sociedades de economia mista, como por exemplo: a CODESP (Companhia Docas do Estado de São Paulo), a CODEBA (Companhia Docas do Estado da Bahia), a CDRJ (Companhia Docas do Rio de Janeiro), a CDP (Companhia Docas do Pará), a CODERN (Companhia Docas do Rio Grande do Norte), a Companhia Docas da Paraíba, a Companhia Docas do Ceará etc. Dentre os principais portos nacionais administrados por autarquias estaduais ou municipais, podemos citar o Porto do Rio Grande do Sul, administrado por autarquia estadual (Superintendência do Porto do Rio Grande), o Porto de São Sebastião - SP, administrado por autarquia estadual (Companhia Docas de São Sebastião), o Porto de Itajaí - SC, administrado por autarquia municipal (Superintendência do Porto de Itajaí), e o Porto de Paranaguá, administrado pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA), autarquia estadual.

³²⁹ Art. 2º, § 1º, letra “b”, e art. 4º, inciso VI, da Lei nº 9.491/1997.

O Decreto nº 6.413/2008, que apesar de ser posterior, possui duvidosa legalidade, veio excluir os principais portos públicos nacionais ³³⁰ do PND.

Cumpra indagar, de início, se as Companhias Docas são, ou não, concessionárias.

As Companhias Docas, quando assumem a forma de sociedades de economia mista federais, têm a conjugação de capital majoritariamente da União com o de pessoas da própria Administração Indireta federal. Nesse caso, portanto, não existe propriamente um concessionário ou permissionário,³³¹ já que a prestação do serviço não é retirada da órbita da entidade a qual a sociedade de economia mista pertence, e a origem dos recursos continua a ser pública, não alterando o seu regime jurídico. O que ocorre, propriamente, com a criação da Companhia Docas é mera técnica de gerenciamento da atividade.³³²

Reputamos de grande importância argumentos utilizados no sentido de não serem as empresas estatais, ou até mesmo as empresas públicas, consideradas concessionárias. Pelos mesmos motivos, esses argumentos poderiam ser aplicados às Companhias Docas, que, embora Sociedades de Economia Mista, são compostas por capital exclusivamente público, em regra, e prestam serviços públicos.

Um primeiro aspecto que diferencia a Companhia Docas das concessionárias se dá em razão de a primeira deter capital exclusivamente público, deixando de haver necessidade de licitação. Segundo Marçal Justen Filho:

Não há, por isso, necessidade de prévia licitação. Nem seria possível cogitar da disputa, tendo em vista que a Administração não está em busca de uma proposta mais vantajosa. A Administração nada receberá como contrapartida da atribuição do serviço, o qual não será desempenhado por particulares, por conta e risco próprios – mas por entidade sob controle do próprio ente titular da competência para prestação do serviço.³³³

³³⁰ Art. 1º do Decreto nº 6.413/2008. Companhia Docas do Rio de Janeiro – CDRJ; Companhia Docas do Estado da Bahia – CODEBA; Companhia Docas do Ceará – CDC; Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP; Companhia Docas do Pará – CDP; Companhia Docas do Maranhão – CODOMAR; Companhia Docas do Rio Grande do Norte – CODERN; e Companhia Docas do Espírito Santo – CODESA.

³³¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta posição diversa. Para a autora, a empresa estatal que realiza serviço público é concessionária de serviço público, submetendo-se à norma do artigo 175 da CF e ao regime jurídico próprio dos contratos administrativos, incluindo cláusulas exorbitantes, deveres perante usuários e direito ao equilíbrio econômico financeiro. (*Direito administrativo*, p. 422).

³³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 120 e 192.

³³³ *Ibidem*, p. 192.

José Afonso da Silva aponta, ainda, importantes diferenças entre empresas estatais e concessionárias de serviços públicos, que podem ser aplicadas ao caso em tela: (i) em primeiro lugar, as empresas públicas não se sujeitam aos ditames do art. 175 da CF, não se aplicando a elas as regras de reversão, encampação, nem o direito ao equilíbrio econômico-financeiro; (ii) os serviços públicos são outorgados às empresas públicas por meio de lei instituidora e não por via contratual, como no caso das concessionárias, pois são entidades do próprio concedente, salvo casos de outorga à empresa estatal de outra entidade pública.³³⁴

Há, ainda, outra consequência na opção escolhida pela União em realizar o serviço público portuário por meio de entidades da Administração Indireta (Companhias Docas) e não por meio de concessão do serviço, pois, no primeiro caso, diversamente da concessão e da permissão, *não há prazo determinado* para o desempenho do serviço público, subsistindo a Companhia Docas até que sobrevenha lei que a extinga ou a altere.³³⁵

Observa Alexandre dos Santos de Aragão sobre as pessoas jurídicas da Administração Indireta prestadoras de serviços públicos:

Como a outorga é oriunda diretamente da lei, **tem em princípio caráter de definitividade**, ao passo que a delegação, face sua origem convencional e infralegal, deve necessariamente ter desde o seu início prazo determinado e pode ser revogada e modificada administrativamente. Mas em ambos os casos, o serviço continua sendo público, apenas descentralizado. (grifo nosso).³³⁶

Em resumo, as Companhias Docas, diversamente das concessionárias: (i) estão sujeitas ao regime jurídico de Direito Público; (ii) não necessitam de prévia licitação para exploração do serviço público portuário; (iii) não possuem contrato, sendo conferida a outorga diretamente pela lei; (iv) têm caráter de definitividade, sem prazo determinado; (v) não podem ser revogadas ou modificadas administrativamente; (vi) não se sujeitam às regras da reversão e encampação; (vi) não podem requerer o equilíbrio econômico-financeiro.

Resta, ainda, indagar sobre a possibilidade das Companhias Docas, na qualidade de integrantes da Administração Indireta, exercerem a “polícia

³³⁴ *Curso de direito constitucional positivo*, p. 803.

³³⁵ SCHIRATO, Vitor Rhein; SILVA, Danilo Tavares da. *Regulação do setor portuário*. Curso ministrado dia 16 de abril de 2009, no Novotel Ibirapuera, São Paulo. Realização DVW Comunicação. São Paulo: [s.n.], 2009.

³³⁶ *Direito dos serviços públicos*, p. 561.

administrativa”, consistente, especificamente, na atividade de Autoridade Portuária outorgada pela Lei de Modernização dos Portos.

Para aqueles que sustentam a impossibilidade do exercício da “polícia administrativa” pela Administração Indireta, em razão da indelegabilidade do “poder de império”, a impossibilidade do exercício do poder de polícia por pessoa jurídica de direito privado e a inviabilidade de atos de autoridade serem praticados por empregados celetistas, a conclusão seria, inevitavelmente, pela impossibilidade das Companhias Docas realizarem atos próprios da Autoridade Portuária.

Não é o nosso posicionamento. Nesse ponto, acompanhamos a posição de Carlos Ari Sundfeld – pela possibilidade de cometer a “polícia administrativa” a entes da Administração Indireta, criados, ou não, nos moldes do Direito Privado. O autor refuta os argumentos contrários: (i) em primeiro lugar, por não se sustentar sua indelegabilidade, quando embutida na transferência do serviço público, face à indiscutível capacidade tributária ativa e ao poder de promover desapropriações, conferido inclusive a concessionários; (ii) o simples fato de ser a empresa pública pessoa jurídica de Direito Privado também não constitui empecilho à delegação, pois **não se confunde o regime da pessoa jurídica com o regime da atividade. Se a atividade é pública, o regime jurídico será o do Direito Público;** (iii) independentemente de o ato de polícia provir de funcionário ou de empregados, a proteção ao particular será sempre a mesma. O agente submetido a regime celetista não está impedido de ter o seu ato impugnado por mandado de segurança.³³⁷

A atribuição de serviço público à Sociedade de Economia Mista ou Empresa Pública conduz à aplicação de um regime jurídico que lhe é próprio.³³⁸ O regime jurídico aplicável é, inequivocamente, o de Direito Público, não somente em razão de prestarem serviços públicos, como também de serem pessoas jurídicas que integram a Administração Indireta.

Sobre aplicação do regime de Direito Público, em especial o regime de precatórios, às Companhias Docas, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

Concluído julgamento de recurso extraordinário interposto pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA contra acórdão do TST que, aplicando a orientação jurisprudencial 87 dessa Corte, entendera que a recorrente, embora autarquia, não goza do privilégio de execução por precatório, uma vez que se sujeita ao

³³⁷ Empresa estatal pode exercer o poder de polícia. *Revista da Procuradoria-Geral de São Paulo*, São Paulo, n. 38, p. 42-45, dez. 1992.

³³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 117-125.

regime próprio das empresas privadas por exercer atividade econômica - v. Informativo 410. Sustentava-se, na espécie, ofensa aos artigos 100 e 173, § 1º, da CF, sob a alegação de que a recorrente pode ser beneficiada pelo regime de pagamento de suas obrigações por precatório judicial em virtude de ser entidade autárquica que desenvolve atividade econômica, em regime de exclusividade. **A Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para determinar que a execução seja submetida ao regime de precatório.** Tendo em conta precedentes do STF no sentido de não incidir a norma do § 1º do art. 173 nas sociedades de economia mista ou empresas públicas que, apesar de exercerem atividade econômica, gozam de exclusividade, e salientando o julgamento do RE 220906/RS (DJU de 14.11.2002), no qual se afirmou que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT está submetida ao regime de precatório, concluiu-se que o referido dispositivo também não seria aplicável à recorrente. Asseverou-se que, **no caso, trata-se de autarquia que presta serviço público e recebe recursos estaduais**, conforme previsto no Regulamento da APPA (Decreto Estadual 7.447/90). Além disso, a EC19/98, ao alterar o art. 173, § 1º, da CF, teria reforçado o entendimento supra. Vencido o Min. Celso de Mello, que negava provimento ao recurso. (grifos nossos).³³⁹

Frisamos que o fato de prestar serviços públicos e de receber recursos públicos foi argumento fundamental para que o STF aplicasse à Companhia Docas o regime jurídico de Direito Público.

Esclarecemos que não cabe aqui aplicar o art. 175 da Constituição Federal, em razão de não se tratar de concessão ou permissão de serviço público. Também não se aplica o art. 173, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, por tratar-se de prestação de serviço público. Nas Companhias Docas, prestadoras de serviço público portuário, não há exercício de atividade econômica em sentido estrito nem se aplica a obrigatoriedade de submissão ao Direito Privado.

4.2.2.1.4 Concessão de serviços públicos portuários

O art. 175 da Constituição Federal enumera os princípios básicos do regime de concessão e permissão de serviços públicos, mencionando, em outros pontos, os referidos institutos. Estabelece o dispositivo:

³³⁹ RE nº 356711-PR. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 06/12/2005. Publicação: DJ 07/04/2006. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

- I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II - os direitos dos usuários;
- III - política tarifária;
- IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Para dar cumprimento ao ditame constitucional, foram editadas a Lei nº 8.987/1995³⁴⁰ e a Lei nº 9.074/1995,³⁴¹ posteriormente alteradas, constituindo a própria disciplina legislativa da concessão uma novidade.

As Constituições Federais anteriores, de 1934 (art. 137), de 1946 (art. 152) e de 1967 (art. 160), e a EC nº 1/1969 (art. 167) possuíam previsão de edição de lei sobre o regime de prestação de serviço público, sob a forma de concessão; entretanto, tal lei nunca havia sido promulgada.

A Lei dos Portos, no seu art. 1º, § 2º, estabeleceu que a concessão do porto organizado, precedida de licitação, deverá ser realizada de acordo com a lei que regulamente o regime das concessões e permissões. Embora a Lei nº 8.630/1993 seja anterior à Lei nº 8.987/1995, a Lei de Modernização dos Portos é especial em relação à Lei que disciplina as Concessões e Permissões de serviços públicos. Ou seja, diante de aparente conflito entre regras, deverá prevalecer a LMP, em razão de sua especialidade.

Para Marçal Justen Filho:

A concessão de porto significa a delegação à iniciativa privada da competência (dever-poder) para organizar e explorar esse conjunto heterogêneo de atividades, bens e sujeitos, tendo por objeto a instituição e a exploração do porto. Portanto, continuará a existir um porto público, mas a sua gestão far-se-á por meio de atuação de um particular. A concessão de porto não significa a instituição de uma unidade econômica disciplinada por direito privado. É assim se afirma precisamente porque o instituto da delegação não altera a natureza jurídica do objeto delegado.³⁴²

³⁴⁰ A Lei nº 8.987 foi alterada pelas Leis nº 9.074/1995, nº 9.648/1998, nº 11.196/2005 e nº 11.445/2007.

³⁴¹ A Lei nº 9.074 foi alterada pelas Leis nº 9.432/1997, nº 9.648/1998, nº 10.684/2003, nº 10.848/2004, nº 11.192/2006, nº 11.488/2007 e nº 11.668/2007.

³⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores portuários no direito brasileiro, p. 86.

Os serviços de infraestrutura portuária, que identificamos com o serviço público portuário,³⁴³ prestados nos portos organizados, podem ser outorgados à iniciativa privada.

Chamamos a atenção, entretanto, ao fato de, atualmente, o Porto de Imbituba - SC ser o único porto marítimo público³⁴⁴ que se encontra em regime de concessão à entidade privada no Brasil, no regime da Lei nº 8.987/1995.³⁴⁵

Não excluimos a possibilidade de exploração dos portos marítimos, por meio de outras formas de prestação, por exemplo, Parcerias Público-Privadas (PPPs), mas não nos prenderemos a esta análise, em razão de sua atual ausência na exploração dos portos organizados nacionais.

Reforçamos que atividade de gestão de infraestrutura, exercida pela Autoridade Portuária (Administração do Porto), no regime da Lei de Concessões, continua a ter caráter público, com a peculiaridade de que a gestão passa ao âmbito dos particulares, que a desempenham por conta e riscos próprios.³⁴⁶

Surge um primeiro questionamento. Teria a Lei de Modernização dos Portos possibilitado, por meio da concessão da função de Autoridade Portuária (junto à de Administração Portuária), a delegação de poderes públicos a particulares?³⁴⁷

Embora reconheçamos a existência de duas correntes: uma (integrada por Diógenes Gasparini, Carlos Ari Sundfeld) que aceita a possibilidade de sua delegação, no caso de descentralização ou por meio de convênios a Estados e Municípios, e outra (formada por Juarez Freitas, Regis Fernandes de Oliveira, Rui

³⁴³ Marçal Justen Filho, diversamente, entende não se confundir a *concessão de um porto* com a *concessão de serviços públicos portuários*, em razão de a previsão constitucional presente no art. 21, XII, “f”, da CF, não conter a expressão “serviço” (O regime jurídico dos operadores portuários no direito brasileiro, p. 85-86).

³⁴⁴ A ANTAQ, em relatório realizado em 2007, apresentava, ainda, dois portos concedidos à iniciativa privada, o Porto de Panorama - SP e o Porto de Presidente Epitácio - SP, sendo ambos fluviais. (BRASIL. ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Anuário Estatístico Portuário - 2007*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/estatisticasanuario.asp#>>. Acesso em: 11 jul. 2009).

³⁴⁵ O Porto de Imbituba é administrado pela Companhia Docas de Imbituba, empresa de capital aberto que detém a concessão para exploração comercial até o ano 2012, através do Decreto nº 7.842, de 13 de setembro de 1941. Constituindo-se, assim, o único porto Público do país administrado por uma empresa privada. (Fonte: SANTA CATARINA (Estado). *Porto de Imbituba*. Disponível em: <<http://www.cdiport.com.br/porto/porto.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2009).

³⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 129.

³⁴⁷ Não nos prenderemos à análise de tratar-se de “poder de polícia”, “polícia administrativa”, “limitação administrativa à liberdade e à propriedade”, ou ainda, “poder de autoridade”, por entendermos ser matéria que demanda análise mais aprofundada sobre o tema e fugiria ao objetivo do presente trabalho. O fato de mencionar o termo “limitações administrativas à liberdade” não significa adoção a esta teoria, mas tão somente o uso do termo de maior utilização ao longo dos tempos.

Cirne Lima, Héctor Jorge Escola Junior e Celso Antônio Bandeira de Mello) que entende pela impossibilidade de mencionada delegação de poderes públicos, no presente caso, da polícia administrativa, julgamos necessário realizar alguns esclarecimentos.³⁴⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello diferencia serviço público da polícia administrativa, com base na natureza do ato praticado, sendo o serviço público algo material enquanto a polícia administrativa seria um verdadeiro provimento jurídico:

Com efeito, o que o serviço público *visa*, o que tem por objeto, é algo **material**: fornecer água, iluminação elétrica, comunicação telefônica, telegráfica, recolhimento de lixo, tratamento médico, ministério de aulas etc. A realização de obra pública, igualmente, é a oferta de uma utilidade material: a rua, a estrada, a ponte, o viaduto etc. O que a “polícia administrativa” *visa*, diversamente, é a expedição de **provimentos jurídicos**: atos que *habilitam* os administrados à prática de determinada atividade (licença de construir, licença para dirigir automóveis, autorização de porte de arma etc.) ou que, inversamente a *proíbe* (denegando os atos referidos) ou a *impede* (expedindo ordens, como ocorre quando o guarda de trânsito o desvia, obstando a circulação por vias congestionadas por algum acidente) ou, ainda, *sanciona*, se desatendidas as normas pertinentes (expedindo multas, determinando o embargo de atividades), quando constatada sua violação, o que ocorre como resultado de *fiscalização* do comportamento dos administrados. (grifos do autor).³⁴⁹

Na mesma linha é a posição de Alexandre Santos de Aragão, para quem somente é admissível o exercício de poder de polícia meramente instrumental ao serviço público outorgado por meio da concessão, principalmente com o fim de garantir a adequada postura dos usuários ao utilizarem o serviço.³⁵⁰

Se seguirmos a lição desses administrativistas brasileiros, somente considerando os argumentos supra, ou seja, que a polícia administrativa compreende a prática de provimentos jurídicos, isto é, atos preventivos (autorizações e licenças), atos fiscalizadores (inspeções, vistorias e exames) e atos repressivos (multas, embargos, interdição de atividade e apreensões),³⁵¹ concluiríamos que a atividade realizada pela Autoridade Portuária é típica transferência de atos de autoridade pública, não podendo ser delegada por meio de

³⁴⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 224 e 225.

³⁴⁹ Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 maio 2009.

³⁵⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 562.

³⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 6.

concessão, pois não se trata, conforme decorre da leitura do texto legal, de transferência de atos materiais ou posteriores, havendo, inclusive, expedição de normas de pré-qualificação e possibilitando à Autoridade Portuária a cassação de pré-qualificação de determinado operador portuário que desatenda às normas ao longo do período de outorga.

Entretanto, cumpre realizar um corte no presente tema, sendo necessário tratar a questão da delegação do exercício de polícia administrativa, sublinhando a questão da *supremacia geral* como elemento nuclear de sua conceituação.

O tema se mostra de grande importância e apenas recentemente foi abordado pela doutrina brasileira. Celso Antônio Bandeira de Mello dedicou-se ao estudo da matéria, distinguindo as relações de sujeição especial daquelas decorrentes do exercício do poder de polícia, classificáveis como de sujeição geral.³⁵² A mesma questão é abordada em estudos dos autores Carlos Ari Sunfeld³⁵³, Marçal Justen Filho³⁵⁴, Regis Fernandes de Oliveira³⁵⁵, Daniel Ferreira³⁵⁶, Alberto Martins³⁵⁷, Fábio Medina Osório³⁵⁸, Eduardo Rocha Dias³⁵⁹, Heraldo Garcia Vitta³⁶⁰, José Roberto Pimenta Oliveira³⁶¹, Alexandre Santos de Aragão³⁶², Dora Maria de Oliveira Ramos³⁶³, Rafael Munhoz de Mello³⁶⁴, Luís Manuel Fonseca Pires³⁶⁵, Vera Regina Hipler.³⁶⁶

³⁵² *Curso de direito administrativo*, p. 790-795.

³⁵³ *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 25.

³⁵⁴ *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, *passim*.

³⁵⁵ *Infrações e sanções administrativas* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 38.

³⁵⁶ *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 35 *et seq.*

³⁵⁷ Os princípios do processo sancionatório na Lei paulista 10.177/1998. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 167-186.

³⁵⁸ *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 61 e 202-203.

³⁵⁹ Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados. São Paulo: Dialética, 1997, p. 19-20 e 62-73.

³⁶⁰ *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 72-94.

³⁶¹ A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 329-351, 2000, p. 339-340.

³⁶² *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 139-143.

³⁶³ *O poder sancionatório da Administração Pública nas concessões de serviços públicos*. 2004. 159 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 52-62.

³⁶⁴ *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. 2004. 239 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 150-158.

³⁶⁵ *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 157-173.

³⁶⁶ *Aspectos das relações especiais de sujeição no direito administrativo brasileiro: natureza jurídica e pressupostos constitucionais*. 2006. 339 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, *passim*.

Essa distinção entre supremacia geral e supremacia especial é tratada principalmente na Itália, na Alemanha e na Espanha, sendo que, nestes dois últimos países encontra-se também referência à expressão *relação especial de sujeição*.³⁶⁷

De acordo com a presente formulação doutrinária:

[...] a Administração, com base em sua supremacia geral, como regra não possui poderes para agir senão extraídos diretamente da lei. Diversamente, assistir-lhe-iam poderes outros, não sacáveis diretamente da lei, *quando estivesse assentada em relação específica que os conferisse* [, relação esta que] forneceria o fundamento jurídico atributivo do poder de agir. (grifo do autor).³⁶⁸

Isto é,

[...] ao lado da situação de sujeição geral que marca a relação dos administrados com o Estado, fruto do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é possível identificar uma situação de sujeição especial, que atinge não a todos os administrados indiscriminadamente, mas apenas aqueles que mantêm com o Estado uma relação específica [...], caracterizada por uma submissão mais aguda do particular à Administração Pública [...].³⁶⁹

No porto organizado, o concessionário do serviço público estabelece com o usuário, no caso, principalmente, operadores portuários e arrendatários, uma relação de *sujeição especial*. E embora esse prestador de serviços exerça *poder* com fundamento no regime jurídico administrativo, tal *poder* será exercido tão somente na própria atividade, não se tratando de delegação de polícia administrativa, mas de transferência de poderes instrumentais à realização do respectivo serviço em *relação de sujeição especial*.³⁷⁰

Como observa Luis Manuel Fonseca Pires, a Lei de Modernização dos Portos é utilizada como exemplo do raciocínio desenvolvido:

[...] a despeito de a referida lei parecer pretender a delegação das limitações administrativas à liberdade ou à propriedade, as atividades de controle e outras correlatas que se conferem ao concessionário, fundam-se na relação de sujeição especial que este estabelece com os usuários e, por isto, são poderes específicos à consecução da atividade, não o poder geral das limitações administrativas à liberdade e à propriedade.³⁷¹

³⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 790.

³⁶⁸ Ibidem, loc. cit.

³⁶⁹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*, p.150-151.

³⁷⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*, p. 233-235.

³⁷¹ Ibidem, p. 237-238.

Concluímos, desse modo, que, com a concessão da função de Autoridade Portuária, o que se outorgam são poderes específicos à consecução do serviço público portuário, e não propriamente o exercício do poder de polícia, em razão da relação de sujeição especial estabelecida entre concessionário e usuários.

A concessão dos portos marítimos tem por objeto os serviços públicos portuários, que englobam apenas as atividades de Administração Portuária e de Autoridade Portuária. Cumpre ao concessionário do serviço, portanto, o dever de garantir o serviço universal em um regime de atenção aos usuários (operadores portuários, armadores e agenciadores marítimos), com exigências de qualidade, continuidade, não discriminação e preços razoáveis. Impõe-se, assim, aos concessionários, obrigações de serviço público.

Importa também fazer uma observação sobre os *bens afetados ao serviço público portuário*, ou seja, os instrumentos e equipamentos aplicados no serviço de infraestrutura portuária pelo concessionário. Esses bens, enquanto aplicados e necessários para a exploração desse serviço público, pertencem à categoria de bens de uso especial, fora do comércio jurídico do Direito Privado, sendo impenhoráveis, inalienáveis e imprescritíveis, nos termos dos artigos 66, inciso II, e 69, ambos do Código Civil, em razão do princípio da continuidade do serviço.³⁷²

As concessões poderão ser realizadas pela União, titular da exploração do serviço público portuário, ou pelos Estados e Municípios onde o porto organizado está localizado, quando ocorrer a delegação nos moldes legais da Lei nº 9.277/1996. Dentre as novidades trazidas pelo Decreto nº 6.620/2008 está a possibilidade de o próprio interessado na concessão de porto organizado marítimo requerer à ANTAQ a abertura do respectivo procedimento licitatório.³⁷³

A Lei de Modernização dos Portos determina que a concessão do porto organizado seja sempre precedida de licitação, realizada de acordo com a Lei de

³⁷² BORGES, Alice Maria Gonzalez. Parecer: Impenhorabilidade de bens. Sociedade de economia mista concessionária de serviços portuários. Bens afetados à prestação de serviço público. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

³⁷³ Decreto nº 6.620/2008. “Art. 15. Qualquer interessado na outorga de porto organizado marítimo, mediante concessão, poderá requerer à ANTAQ a abertura do respectivo procedimento licitatório. § 1º. O requerimento a que se refere o caput deverá estar acompanhado de estudo que demonstre a adequação técnica, operacional e econômica da proposta ao plano geral de outorgas, bem como seu impacto concorrencial, na forma do art. 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. § 2º. Caso o objeto do requerimento não esteja contemplado no plano geral de outorgas, caberá à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República pronunciar-se, emitindo relatório técnico circunstanciado sobre a oportunidade e conveniência do pleito”.

Concessões ³⁷⁴, ou seja, deverá, portanto, obediência aos artigos 14 a 22 da Lei nº 8.987/1995. A licitação será na modalidade de concorrência (art. 2º, incisos II e III, da Lei nº 8.987/1995).³⁷⁵ O aspecto econômico nas concessões deve ser bipartido, sendo relevante para a escolha tanto a tarifa a ser cobrada dos usuários quanto o valor da outorga. Com a Lei nº 11.196/2005, passou a ser possível a inversão das fases da licitação, habilitando-se apenas o licitante que tiver ofertado a melhor proposta (art. 18-A da Lei nº 8.987/1995).

As concessões de serviços públicos portuários são complexas, e podem implicar, além da outorga do exercício da prestação do serviço na realização de obra pública, a utilização ou até a modificação de bens públicos.³⁷⁶ A autoridade competente para a outorga de concessões (publicação de editais, julgamento da licitação e celebração de contratos), precedidas ou não de obras públicas, para a exploração de portos marítimos públicos, será a ANTAQ, nos termos do art. 27, inciso XV, e art. 34-A da Lei nº 10.233/2001.

Diversamente da generalidade das concessões, que por determinação legal (art. 16 da Lei nº 8.989/1997) não devem ser celebradas com caráter de exclusividade,³⁷⁷ as concessões de portos públicos têm caráter de exclusividade quanto ao seu objeto (*caput* do art. 34-A da Lei nº 10.233/2001), sendo a licitação disciplinada em regulamento próprio pela diretoria da ANTAQ e no respectivo edital. As condições básicas do edital serão submetidas à prévia consulta pública.³⁷⁸

O art. 35 da Lei nº 10.233/2001 determina, ainda, que o contrato deverá refletir, fielmente, as condições do edital e da proposta vencedora, e elenca as respectivas cláusulas consideradas essenciais: (i) o objeto da concessão; (ii) o prazo de vigência e as condições de prorrogação; (iii) os programas de trabalho; (iv) os investimentos mínimos; (v) as condições de reversibilidade dos bens; (vi) as responsabilidades pelos ônus das desapropriações;³⁷⁹ (vii) os requisitos exigidos dos concorrentes; (viii) os critérios para a pré-qualificação (quando adotados);³⁸⁰ (ix) a relação de documentos exigidos; (x) os critérios para aferição de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica dos interessados; (xi) os critérios para a

³⁷⁴ Art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.630/1993.

³⁷⁵ Permitindo-se que as concessões de portos abrangidas pelo PND (Lei nº 9.491/1997) sejam precedidas por leilão. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 576).

³⁷⁶ Ibidem, p. 572.

³⁷⁷ Ibidem, p. 578.

³⁷⁸ Art. 34-A, § 1º, da Lei nº 10.233/2001.

³⁷⁹ Art. 34-A, § 2º, inciso I, da Lei nº 10.233/2001.

³⁸⁰ Art. 34-A, § 2º, inciso II, da Lei nº 10.233/2001.

análise técnica e econômico-financeira das propostas;³⁸¹ (xii) os critérios para o julgamento da licitação, assegurando a prestação de serviços adequados e considerando, isolada ou conjuntamente, a *menor tarifa* e a *melhor oferta* pela outorga;³⁸² (xiii) exigências quanto à participação de empresas em consórcio.³⁸³

O prazo das concessões de portos públicos foi estipulado pelo Decreto nº 6.620/2008:

Art. 13. A outorga de portos organizados marítimos será realizada por meio de concessão à pessoa jurídica de direito público ou privado, de reconhecida idoneidade técnica e capacidade financeira, com observância das condições estabelecidas neste Decreto e na legislação sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos.

Parágrafo único. O prazo da concessão será de até vinte e cinco anos, podendo, mediante justificativa, ser prorrogado uma única vez, por prazo máximo igual ao período originalmente contratado.

O prazo, conforme estabelecido no Decreto, é de 25 (vinte e cinco anos) anos, e sua prorrogação, por uma única vez, pelo prazo máximo do que tenha sido inicialmente estipulado, somente poderá ocorrer mediante justificativa. Frisamos que a prorrogação do contrato de concessão de portos públicos somente poderá ser realizada pela ANTAQ, que detém competência para a outorga inicial, quando estiver prevista na minuta do contrato anexa ao edital de licitação (art. 23, XII, da Lei nº 8.987/1997), salvo quando a prorrogação servir como instrumento para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.³⁸⁴

A agência deverá verificar a possibilidade de prorrogação do contrato de concessão por meio de processo administrativo regular e transparente. A prorrogação, entretanto, somente é admissível quando previsto que novos investimentos sejam realizados, ou, eventualmente, houver o pagamento pela outorga a ser prorrogada, devendo estar, necessariamente, as condições de prorrogação estipuladas no edital e no posterior contrato. Entendimento contrário constituiria em clara violação ao princípio da moralidade administrativa.³⁸⁵

A Lei criadora da ANTAQ estabelece, também, em seu art. 37, as obrigações impostas ao concessionário, dentre elas a conservação dos recursos naturais e a segurança das pessoas e equipamentos, e determina a responsabilidade civil da

³⁸¹ Art. 34-A, § 2º, inciso III, da Lei nº 10.233/2001.

³⁸² Art. 34-A, § 2º, inciso IV, da Lei nº 10.233/2001.

³⁸³ Art. 34-A, § 2º, inciso V, da Lei nº 10.233/2001.

³⁸⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 580-581.

³⁸⁵ Ibidem, loc. cit.

concessionária pelos atos de seus prepostos, obrigando-a a indenizar todo e qualquer dano decorrente da prestação do serviço concedido e a adotar as melhores práticas de execução e projetos de obras e de prestação de serviços. Esta última obrigação decorre da aplicação do princípio da eficiência.

Os terrenos e construções necessários à execução das obras serão desapropriados por utilidade pública, ficando a cargo exclusivo do concessionário todas as despesas e indenizações decorrentes das desapropriações, as quais serão levadas à conta do capital do porto, depois de auditadas e auferidas pela SEP.³⁸⁶

4.2.2.1.5 Arrendamento para instalação de portos públicos

Em Direito Administrativo, o instituto do arrendamento tem suas raízes como “locação de Direito Público”, estando mais associado ao uso e exploração de determinado bem público do que propriamente à prestação de determinado serviço ou atividade pública. Apenas recentemente, o arrendamento, no setor portuário, passou a ter a acepção de transferência da prestação de serviço público.³⁸⁷

Os contratos de arrendamento, antes da Lei nº 8.630/1993, podiam configurar-se tanto como de simples locação como de concessões remuneradas de uso, e estavam previstos no Decreto-lei nº 9.760/1946 e no Decreto-lei nº 05/1946. Esses arrendamentos, antes da vigência da Lei nº 8.630/1993, eram revestidos de *interesse público indireto*, em razão de, por meio deles, crescerem as atividades portuárias e a arrecadação delas decorrente.³⁸⁸

A disciplina dos contratos de arrendamento, realizada pela Lei nº 8.630/1993, conforme frisa Alice Maria Gonzalez Borges, não tem a mesma natureza jurídica

³⁸⁶ Art. 21 do Decreto nº 6.620/2008.

³⁸⁷ Quando o uso do bem está voltado à exploração de frutos e/ou de serviços, segundo a previsão do art. 96 do Decreto-Lei nº 9.760/1946, a locação é denominada arrendamento, tendo como prazo máximo 10 (dez) anos. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 730-731).

³⁸⁸ BORGES, Alice Gonzalez. Parecer: Instalações portuárias – Contrato de arrendamento. Contratos de arrendamento. Áreas de instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência de nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 337-367, out./dez. 1997, p. 343.

daqueles instrumentos regidos pela legislação anterior, tendo a atual LMP revogado, expressamente, toda a legislação que, anteriormente, regia a atividade portuária.³⁸⁹

O arrendamento portuário, da forma como previsto na atual disposição legal, é a outorga, por meio de licitação, de espaços situados dentro do porto público, para a recuperação, ampliação e exploração de infra e superestrutura portuárias, onde os arrendatários poderão ser, também, operadores portuários. Esse instituto jurídico está definido no art. 2º, inciso V, do Decreto nº 6.620/2008, como cessão onerosa de instalação portuária dentro da área do porto organizado.

As áreas a serem arrendadas devem, em primeiro lugar, estar individualizadas no Plano Geral de Desenvolvimento de Zoneamento do Porto, cuja elaboração é de competência da Administração do Porto, necessitando serem aprovadas pelo respectivo CAP (Conselho de Autoridade Portuária). Após a aprovação, pelo CAP, do programa de arrendamento, este deverá ser submetido à apreciação da ANTAQ, para que integre o Plano Geral de Outorgas.³⁹⁰

As arrendatárias pagam tanto pela ocupação de áreas como arcam com um percentual sobre a movimentação de carga realizada.³⁹¹ A norma sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros, formulada pela ANTAQ, descreve, como valor a ser pago pelo arrendamento, o apurado, mensalmente, como devido pela arrendatária à Autoridade Portuária, em função do *uso da área, instalações e equipamentos arrendados* e da fração proporcional do valor do contrato, acrescido *de parcela variável*, se houver, apurada no mês de competência.³⁹²

O Decreto nº 4.391/2002 regulamentou a matéria de forma específica, dispondo sobre o arrendamento de áreas e instalações portuárias, e criando o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias, que deve ser analisado conjuntamente à norma sobre arrendamento de áreas e instalações

³⁸⁹ BORGES, Alice Gonzalez. Parecer: Instalações portuárias – Contrato de arrendamento. Contratos de arrendamento. Áreas de instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência de nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 345.

³⁹⁰ Art. 25 do Decreto nº 6.620/2008.

³⁹¹ DALLARI, Adilson Abreu. *Parecer jurídico fornecido à ABRATEC (Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público) e anexado à ADPF nº 139/DF*.

³⁹² Art. 2º, inciso VII, da referida norma. (BRASIL. ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Norma sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e a embarque e desembarque de passageiros. Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2009).

portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros da ANTAQ.³⁹³ Entretanto, o Decreto nº 6620/2008, em seu art. 52, excluiu os portos marítimos da aplicação do Decreto nº 4.391/2002, passando, dessa forma, este último a regulamentar tão somente os portos fluviais e lacustres.

O art. 4º da *norma sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros*, formulada pela ANTAQ dispôs sobre um ponto antes obscuro: “nos termos do art. 4º da Lei 8.630/1993, *as áreas e instalações arrendadas na área do porto organizado serão sempre de uso público*” (grifo nosso). Desse modo, inferimos que a posição antes externada por Carlos Augusto da Silveira Lobo – no sentido de ser possível a celebração de “contrato de arrendamento” como locação de imóvel, cujo domínio útil é da União ou da concessionária, para que ali se implante terminal de uso privativo – não se mostra mais sustentável.³⁹⁴

As licitações das áreas arrendadas deverão ser realizadas por iniciativa da Administração Portuária ou a requerimento do interessado.³⁹⁵ Os requerimentos de licitação de arrendamento serão encaminhados à ANTAQ, que ouvirá a SEP (Secretaria Especial dos Portos).³⁹⁶ Existe a opção, portanto, de o próprio interessado no arrendamento da área requerer à Administração Portuária a abertura da licitação; caso esse pedido seja negado, poderá o interessado ofertar recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, ao CAP local,³⁹⁷ cabendo, ainda, no prazo de 15 (quinze) dias, recurso à ANTAQ.

O art. 34 da Lei nº 8.630/1993 faculta o arrendamento, pela Administração do Porto, de terrenos e instalações portuárias localizadas dentro da área do porto, *para utilização não afeta às operações portuárias*, consistindo esta em modalidade de arrendamento que não a descrita pelo art. 4º, inciso I, da LMP, voltada, especificamente, à exploração da infraestrutura. A previsão presente no art. 5º, § 2º,

³⁹³ Alterada pela Resolução nº 126-ANTAQ, de 13 de outubro de 2003, pela Resolução nº 138-ANTAQ, de 30 de junho de 2004, pela Resolução 265-ANTAQ, de 05 de junho de 2004, e pela Resolução nº 935-ANTAQ, de 04 de dezembro de 2007. (Disponíveis em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 31 mar. 2009).

³⁹⁴ Os terminais portuários privativos na lei nº 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 22, p. 32.

³⁹⁵ Art. 5º da Lei nº 8.630/1993 e art. 25º, § 2º, do Decreto nº 6.620/2008.

³⁹⁶ Art. 26 do Decreto nº 6.620/2008.

³⁹⁷ Art. 5º, § 1º, da Lei nº 8.630/1993.

do Decreto nº 6.620/2008, esclarece a diferenciação entre os dois arrendamentos, pois estabelece que os arrendatários de instalações portuárias poderão executar a *movimentação e a guarda de mercadorias diretamente, ou mediante a interposição de operadores portuários pré-qualificados*.

Diferente da concessão do porto organizado, onde a exploração é do todo enquanto unidade organizada (*área do porto organizado*), no arrendamento, a exploração é de instalação portuária, configurando-se como exploração de *parte do objeto da concessão*. A exploração de parte da concessão, delegação, ou atividade exercida diretamente pela União, não se faz mediante nova concessão, mas por meio de arrendamento de instalações portuárias que se situem dentro dos limites da área do porto organizado.³⁹⁸

A Lei de Modernização dos Portos, em seu art. 4º, assegura ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo de contrato de arrendamento (inciso I), quando dentro do porto organizado. O mesmo dispositivo, em seu § 3º, determina, ainda, que a exploração portuária de instalação de uso público fica restrita à área do porto organizado.

Muito já se discutiu a respeito da natureza jurídica do contrato de arrendamento previsto pela Lei nº 8.630/1993, sendo possível, segundo apontado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Barbalho Leite, identificar três correntes a respeito do tema.³⁹⁹ A primeira corrente, denominada privatista, dentro da qual se encontra Tércio Sampaio Ferraz Junior, propugna que a natureza do arrendamento da LMP é a mesma do *arrendamento clássico do Direito Civil*, ou seja, é de contrato de Direito Privado, aplicando-se o art. 679 do Código Civil e, consequentemente, o Decreto-lei nº 9.760/1946.

Na segunda corrente, há quem sustente tratar-se de um misto de *concessão de bem público ou obra pública e de serviço público*. Nesse sentido, é a afirmação de Alice Maria Gonzalez Borges.

E ainda há a terceira corrente, que sustenta tratar-se de *concessão de serviço público*. Esta última posição nos parece a mais razoável, tendo sido posteriormente

³⁹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Porto – Arrendamento – Cessão e prorrogação do contrato. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 144-152, abr./jun. 1999, p. 146.

³⁹⁹ Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 269-295, jan./mar. 2003.

adotada pelo Decreto nº 4.391/2002.⁴⁰⁰ Passemos à análise crítica das principais posições.

Para Tércio Sampaio Ferraz Junior, a utilização de institutos de Direito Privado, como o arrendamento, além de perfeitamente possível, é uma exigência da realidade econômica. Ressalta, ainda, que o arrendamento é forma de exploração de coisa pública diferente da concessão, onde o concessionário atua como se Estado fosse, na prestação de serviço público. O foco fundamental no arrendamento é privado e não público.

Discordamos dessa formulação, pois, para nós, o arrendatário desempenha serviço público, por meio de parcial gestão operacional do serviço de infraestrutura portuária, sendo-lhe outorgada parcela de atividade de Administração Portuária, de tal sorte que deverá cumprir inúmeras obrigações ligadas à natureza inerente a esse serviço. Essa afirmação pode ser reforçada por várias disposições do setor, como as presentes no art. 4º, § 4º (cláusulas essenciais ao contrato de arrendamento) e no art. 4º, § 6º (reversão dos investimentos realizados pelo arrendatário), ambos os dispositivos da Lei de Modernização dos Portos, e no art. 29, inciso VII, do Decreto nº 6.620/2008 (o contrato de arrendamento rege-se por preceitos de Direito Público).

O regime jurídico ao qual se subordinam as arrendatárias é predominantemente de Direito Público, também em razão de prestarem serviços aos usuários do porto organizado de forma universal. Devem as arrendatárias, portanto, prestar serviços de titularidade da União, a todos os interessados,⁴⁰¹ estando submetidas, ainda, tanto à *Autoridade Portuária* quanto ao *regime jurídico trabalhista próprio dos portos públicos*.⁴⁰²

Alice Maria Gonzalez Borges, por sua vez, entende que o arrendamento de instalações portuárias de uso público conjuga em sua estrutura: a *concessão de uso de bem público imóvel*, a *concessão de serviço público* e a *concessão de obra pública*.⁴⁰³ Os contratos de arrendamento previstos pela Lei nº 8.630/1993 seriam institutos completamente diversos do previsto pela legislação portuária anterior, não

⁴⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo*, n. 231, p. 277.

⁴⁰¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 731.

⁴⁰² DALLARI, Adilson Abreu. *Parecer jurídico fornecido à ABRATEC (Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público) e anexada à ADPF nº 139/DF*.

⁴⁰³ Parecer: Instalações portuárias – Contrato de arrendamento. Contratos de arrendamento. Áreas de instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência de nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 210, p. 346.

se tratando mais somente de arrendamentos de espaços físicos, pois os arrendatários poderão ser, inclusive, a partir da LMP, operadores portuários e ter alfandegadas as áreas objeto do arrendamento. Ademais, a forma contratual seria, necessariamente, a administrativa e não a de Direito Privado.

Posicionamento mais razoável e compatível com as normas setoriais é apresentado por autores como Carlos Augusto da Silveira Lobo, para quem os arrendamentos de terminal de uso público enquadram-se na figura da subconcessão prevista pelo art. 26 da Lei nº 8.987/1995, por estar-se diante de delegação de serviço público.⁴⁰⁴

Para Floriano de Azevedo Marques Neto e Fábio Barbalho Leite:

O arrendamento, portanto, caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime estabelecido pela Lei dos Portos, uma **subconcessão *sui generis* de serviço público**, guardando traços da concessão de uso de bem que está na sua origem. Nisso, vai a consideração das pesadas exigências relativas ao desempenho do serviço com quantidades, padrões e metas mínimos. Fosse o arrendamento uma mera concessão de bem público ou ainda um contrato regido pelo direito civil, a exploração dos serviços pelo particular e a percepção dos frutos decorrentes desse serviço não seriam obrigação, mas sim mera faculdade oferecida ao arrendatário. Caberia a ele escolher como melhor aproveitar-se da exploração do bem que lhe fora concedido quanto às operações portuárias (grifo nosso).⁴⁰⁵

Notamos que a natureza jurídica do arrendamento é semelhante à da subconcessão, que tem seu regramento definido pela lei (com cláusulas obrigatórias ao contrato de arrendamento), decretos e resoluções setoriais, devendo, inclusive, ser utilizada, subsidiariamente, a Lei nº 8.987/1995. Essa “subconcessão”, contudo, somente diz respeito à gestão da infraestrutura, armazenagem e movimentação de mercadorias, parcelas integrantes da atividade consistente na Administração Portuária, estando, ainda, as arrendatárias submetidas à Autoridade Portuária arrendante, sendo esta a autoridade competente não somente para realizar a licitação e celebrar o respectivo contrato de arrendamento, como também para gerenciar e fiscalizar sua fiel execução.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na lei nº 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 220, p. 29-30.

⁴⁰⁵ Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 231, p. 279.

⁴⁰⁶ Art. 44 da Norma sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas a movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros, formulada pela ANTAQ. (Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2009).

Ademais, o Decreto nº 4.391/2002 determina, em seu art. 9º, que o contrato de arrendamento constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas *cláusulas e pelos preceitos de Direito Público*, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da Teoria Geral dos Contratos e as disposições de Direito Privado. E, no parágrafo único do mesmo dispositivo, dispõe que o regime jurídico do contrato de que trata o *caput* confere à Autoridade Portuária a prerrogativa de alterá-lo e de modificar a prestação dos serviços, para melhor adaptá-lo à finalidade de interesse público, respeitados os direitos dos arrendatários, inclusive com relação a indenizações devidas, apuradas em processo administrativo regular.

Embora o mencionado Decreto tenha se tornado inaplicável após a edição do Decreto nº 6.620/2008, observamos que, nesse mesmo sentido, determinam os dispositivos da Norma sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas a movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros da ANTAQ, ainda vigente, que, por exemplo, em seu art. 6º, dispõe que o arrendamento é condicionado ao compromisso da prestação do *serviço adequado* ⁴⁰⁷ pela arrendatária, e ao *pleno atendimento dos usuários*, em bases não discriminatórias. Os artigos 19 e 20 da mesma norma, além de esclarecerem ser o contrato de arrendamento espécie do gênero contrato administrativo, estabelecem, expressamente, como reflexo do regime jurídico do contrato administrativo, a *prerrogativa de a Autoridade Portuária alterá-lo unilateralmente* e a possibilidade desta modificar a prestação do serviço para *melhor adequá-lo ao interesse público*.

Ante o exposto, face ao sistema jurídico aplicável ao setor, não há dúvidas de que instrumento hábil para a outorga de instalações portuárias de uso público, dentro da área do porto organizado, é o arrendamento, sempre através de licitação, que deve ser aberta pela Administração Portuária (seja esta atividade exercida, direta ou indiretamente, pela União ou por sua concessionária) e formalizada por meio de contrato de arrendamento.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Serviço adequado, para o § 1º deste mesmo artigo, é o que satisfaz condições de regularidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, fluidez de operação, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade dos preços respectivos.

⁴⁰⁸ Art. 5º da Lei nº 8.630/1993. O interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do Porto a abertura da respectiva licitação.

O certame licitatório e a respectiva contratação do arrendamento deverão guardar obediência às normas que regem os contratos da Administração Pública, em especial à Lei nº 8.987/1995, sendo obrigatória a formalização por lavratura contratual.

A modalidade de licitação a ser adotada no arrendamento estava disciplinada pelo Decreto nº 4.391/2002 e dependia do tipo de serviço realizado. Se a cessão fosse de *arrendamento* em sua forma genérica, *onde se permite a movimentação e a armazenagem de mercadorias*, a modalidade deveria ser a **concorrência**. Se, entretanto, se tratasse da forma prevista pelo art. 34 da LMP, ou seja, *arrendamento para atividade não afeta à operação portuária*, a modalidade poderia ser a de **tomada de preço ou de convite**, a depender dos valores totais do arrendamento, tendo como limites os fixados pela Lei nº 8.666/1993.⁴⁰⁹ Com a edição do Decreto nº 6.620/2008, que excluiu a aplicação do primeiro Decreto aos portos marítimos, as modalidades a serem adotadas se tornaram aquelas descritas pela Lei nº 8.987/1995 (por tratar-se de outorga de prestação de serviços públicos), em razão da remissão feita pelo Decreto nº 6.620/2008, ao tratar de procedimento administrativo licitatório para o arrendamento de instalações portuárias operacionais, à Lei nº 8.666/1993 e à Lei nº 8.987/1994.⁴¹⁰

Quanto aos **tipos de arrendamento** de instalações portuárias de uso público, o Decreto nº 6.620/2008 diferenciou duas modalidades, as operacionais e as denominadas não operacionais, traçando normas individualizadas a cada qual.⁴¹¹

O **prazo** do contrato de arrendamento, seja ele de instalações portuárias operacionais ou não, será de até 25 (vinte e cinco) anos, sendo possível sua prorrogação uma única vez, por prazo máximo igual ao período originalmente contratado.⁴¹²

As **cláusulas essenciais** ao contrato de arrendamento de instalações portuárias, previstas pelo art. 4º, § 4º, da Lei nº 8.630/1993, contêm exigências especiais, que reforçam a afirmação de que se trata de contrato administrativo, onde predomina o regime jurídico de Direito Público.

⁴⁰⁹ Art. 3º do Decreto nº 4.391/2002.

⁴¹⁰ Art. 29, inciso IV e inciso VII, do Decreto nº 6.620/2008.

⁴¹¹ Artigos 29 e 30, para arrendamentos de instalações portuárias operacionais, e artigos 31 a 34, para instalações portuárias marítimas não operacionais (Decreto nº 6.620/2008).

⁴¹² O arrendatário deverá requerer a prorrogação do prazo do arrendamento até 24 (vinte e quatro) meses antes da data de término do prazo originalmente contratado, sob pena de decadência (art. 28 do Decreto nº 6.620/2008).

As exigências especiais, previstas no parágrafo supramencionado, consistem: (i) na *qualidade do serviço* (incisos II e III); (ii) na *obrigatoriedade de execução de obras* (inciso V); (iii) na *responsabilidade do titular da instalação* portuária pela execução do serviço ou sua omissão (inciso VIII); e (iv) na *adoção de metas de fiscalização* aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas (inciso XV).⁴¹³

Questão tormentosa se coloca quanto à possibilidade de estipular cláusula arbitral nos contratos de arrendamento, espécie do gênero contrato administrativo. A própria admissibilidade de arbitragem em conflitos da Administração Pública é polêmica.

Os que defendem não ser cabível a aplicação da Lei de Arbitragem aos contratos administrativos alegam somente ser possível a sua aplicabilidade a direitos disponíveis. Outros se valem da classificação de Renato Alessi, só admitindo a arbitragem aos interesses públicos secundários, de natureza patrimonial, pelo fato de somente estes constituírem direitos disponíveis, diversamente dos interesses públicos primários.

Para Alexandre Santos de Aragão, o interesse público passa a ser disponível e, portanto, passível de ter questões sujeitas à arbitragem por meio de autorização legislativa.⁴¹⁴ Esse mesmo argumento utilizado pelo autor para defender a possibilidade de resoluções de controvérsias nos contratos de concessão, em face da previsão do art. 23-A da Lei nº 8.989/1997, não pode ser utilizado para defender sua possibilidade nos contratos de arrendamento de instalações portuárias de uso público, já que não existe dispositivo legal expresso. Embora seja possível alegar que, se a lei permite estipular a cláusula arbitral no mais (que seriam os contratos de concessões) não haveria impedimento para que não fosse possível no menos (contrato de arrendamento).

O Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisão sustentando a legalidade do Juízo Arbitral, em razão de privilegiar o interesse público:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. **CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE.** ATENTADO.

1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado

⁴¹³ BORGES. Alice Maria Gonzalez. Parecer: Instalações portuárias - Contrato de arrendamento. Contratos de arrendamento. Áreas de instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência de nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 210, p. 347.

⁴¹⁴ *Direitos dos serviços públicos*, p. 584.

da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC – TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE - SPE - S/A.

2. Razões do pedido apoiadas nas cláusulas 21.1 e 21.2, do **Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária** (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls. 31/42), de seguinte teor:

“Cláusula 21.1 – Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja. Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.”

3. **Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.**

4. **O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público**, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, *in litteris*: “Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração”. Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como “caso Lage”, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente “a legalidade do juízo **arbitral**, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda”. Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min. Amaral Santos: “**Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público [...]**” (grifou-se).

5. Contudo, naturalmente **não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como “disponíveis”**, porquanto de natureza contratual ou privada.

6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min.

Eros Roberto Grau.

7. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da corresponsabilidade indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

9. Nesta esteira, saliente-se que **dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.**

10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

11. Destarte, é assente na doutrina que **“Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público.** Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; **o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.”** (grifou-se) (In artigo intitulado “Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista”, de autoria dos professores Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.)

12. Em verdade, **não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos**, em que presentes direitos patrimoniais do Estado, **mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”.**

13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, in RTJ 68/382 – “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999.

14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria *sub judice*, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

15. É cediço que **o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la**, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o “risco” de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: REsp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003:

16. Deveras, **uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial**, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

18. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro “atentado” (art. 880 do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

19. Agravo Regimental desprovido.

Acórdão.

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça decide, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Humberto Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda e o Sr. Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. (grifos nossos).⁴¹⁵

A extinção do contrato ocorre por: término do prazo, caducidade, anulação rescisão administrativa unilateral, amigável ou judicial, e falência ou extinção da empresa arrendatária.

A declaração da caducidade do contrato poderá ser realizada pela Autoridade Portuária, nos casos de grave violação das obrigações da arrendatária, ou por razões como desvio do objeto contratual, transferência do controle da arrendatária, falta de pagamento dos encargos à Autoridade Portuária, interrupção na prestação

⁴¹⁵ AgRg no MS nº 11.308/DF, 2005/0212763-0. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 28/06/2006. Publicação: DJ 14.08.2006, p. 205. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 27 jul. 2009.

do serviço sem a realização das medidas adequadas, sonegação de tributos, dentre outras. Tal declaração deverá ser precedida de processo administrativo, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Declarada a caducidade, a arrendatária ficará impedida a se habilitar em novo procedimento licitatório, pelo prazo de 60 (sessenta) meses.⁴¹⁶

4.2.2.2 Das diversas atividades realizadas no porto organizado e o consequente regime jurídico distinto de cada uma delas

As atividades realizadas dentro do porto público estão voltadas à produção de bens que podem ser avaliados economicamente, porém, somente algumas das atividades destinam-se a suprir as necessidades de interesse coletivo, estando, portanto, sujeitas a um regime jurídico de Direito Público, ou seja, a um regime especial.⁴¹⁷ Começaremos a análise por essas atividades, passando, depois, ao estudo da atividade realizada por personagens do serviço portuário, que se encontra sob a égide do regime jurídico de Direito Privado.

4.2.2.2.1 Atribuições da Autoridade Portuária (Administração do Porto)

Entendemos por autoridade Portuária o ente a quem incumbe exercer função regulatória no âmbito de um porto organizado.⁴¹⁸ Administração Portuária, por outro giro, designa a pessoa responsável pela gestão de sua infraestrutura.

⁴¹⁶ Art. 35 da Norma sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas a movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros, formulada pela ANTAQ. (Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2009).

⁴¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*, p. 30.

⁴¹⁸ Sobre a possibilidade de, por meio da descentralização administrativa ou mesmo na concessão da função de Autoridade Portuária (junto à de Administração Portuária), se transferir propriamente parcela de poderes públicos, nos manifestamos nos pontos 4.2.2.1.3 e 4.2.2.1.4 deste trabalho.

As funções de Autoridade Portuária e de Administração Portuária, conforme modelo adotado, podem ser exercidas por pessoas diferentes ⁴¹⁹, ou ser concentradas em uma só entidade.

A Lei nº 8.630/1993 trilhou o segundo caminho. É o que se nota na redação de seu art. 3º, que equipara mencionadas atividades, tratando-as como se sinônimas fossem. De acordo com o texto legal: “Exercerem suas funções no porto organizado, de forma integrada e harmônica, **a Administração do Porto, denominada autoridade portuária**, e as autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.” (grifamos). A Resolução nº 848, do mesmo modo, não diferencia a atividade de Autoridade Portuária da Administração Portuária, ao contrário, as identifica.⁴²⁰

Utilizaremos as expressões “Autoridade Portuária” e “Administração Portuária” como equivalentes, da forma como consta de nosso Direito Positivo.

São atribuições da Autoridade Portuária (ou Administração Portuária), nos termos do art. 33, § 1º:

I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos do serviço e as cláusulas do contrato de concessão; II - assegurar, ao comércio e à navegação o gozo das vantagens decorrentes do **melhoramento e aparelhamento do porto**; III - **pré-qualificar** os operadores portuários; IV - fixar os valores e arrecadar a tarifa portuária; V - prestar o **apoio técnico** e administrativo ao Conselho de Autoridade Portuária e ao órgão de gestão de mão de obra; VI - fiscalizar a execução ou **executar as obras** de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias, nelas compreendidas a **infraestrutura de proteção e de acesso aquaviário ao porto**; VII - **fiscalizar as operações portuárias**, zelando para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente; VIII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto, no âmbito das respectivas competências; IX - **organizar e regulamentar a guarda portuária**, a fim de prover a vigilância e segurança do porto; X - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar a navegação das embarcações que acessam o porto; XII - **suspender operações portuárias** que prejudiquem o

⁴¹⁹ Como a legislação portuária portuguesa, que, por meio do Decreto-Lei nº 324/1994, estabeleceu as bases gerais para a concessão de movimentação de carga e *a participação de agentes privados na gestão comercial de cais*, terminais, instalações e equipamentos portuários (Administração), ficando a cargo do Poder Público a função de Autoridade Portuária. (TORRES, José Lima. *Legislação Portuária*, p. 589).

⁴²⁰ Administração Portuária é definida pela mencionada Resolução como entidade de Direito Público ou Privado, denominada, Autoridade Portuária, que exerce a exploração e a gestão do tráfego e da operação portuária na área do porto público, podendo essas atividades serem realizadas diretamente pela União ou mediante concessão. (Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009).

bom funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança e tráfego aquaviário; XIII - **lavar auto de infração e instaurar processos administrativos**, aplicando as penalidades previstas em lei, ressalvados os aspectos legais de competência da União, de forma supletiva, para os fatos que serão investigados e julgados conjuntamente; XIV - desincumbir-se dos trabalhos e exercer outras atribuições que lhes forem cometidas pelo Conselho de Autoridade Portuária; (grifos nossos).

O legislador habilitou ao exercício da função de Autoridade Portuária pessoa jurídica de Direito Público da administração direta, indireta ou mesmo pessoas jurídicas de Direito Privado, concessionários de serviços públicos. Em qualquer caso, a atividade deverá compreender o desenvolvimento direto da função de *controle das operações portuárias*. É de ver, contudo, segundo esclarece Marçal Justen Filho, que:

Ainda que se mantenha a autonomia dos particulares para explorar operações direta ou indiretamente relacionadas com as operações portuárias, reconhece-se a competência estatal para sua disciplina. Configura-se, desse modo, um conjunto de atos estatais legislativos e administrativos, voltados a assegurar a realização das imposições constitucionais atinentes ao porto.⁴²¹

Dentre as atribuições legais de controle, destaca-se a de *pré-qualificar os operadores portuários*. Trata-se de função de extrema importância, posto que se consubstancia em instrumento que interfere diretamente na competição intraporto.

Mencionados operadores, com efeito, somente poderão exercer suas atividades em determinado porto público se e quando pré-qualificados pela Autoridade Portuária local. Sem a pré-qualificação, uma empresa não pode realizar operações portuárias, isto é, fica impedida de movimentar cargas e pessoas dentro de determinado porto organizado.

O exercício dessa atribuição deve obedecer a diversas balizas, como aos princípios da legalidade, moralidade e igualdade de oportunidade⁴²² dentre os interessados em realizar determinada atividade econômica.

⁴²¹ O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, v. 4, n. 16, p. 94.

⁴²² Lei nº 8.630/1993. Art. 9º. “A pré-qualificação do operador portuário será efetuada junto à Administração do Porto, na forma da norma publicada pelo Conselho de Autoridade Portuária com exigências claras e objetivas. § 1º. As normas de pré-qualificação referidas no caput deste artigo devem obedecer aos princípios da legalidade, moralidade e igualdade de oportunidade”.

Ademais, a qualificação obtida para efetuar operações portuárias se circunscreve ao porto em que concedida; isso significa dizer que, caso um operador portuário pretenda movimentar cargas ou pessoas em mais de um porto, deverá obter uma pré-qualificação para cada qual.

A natureza jurídica da pré-qualificação é de ato administrativo ⁴²³ vinculado, equiparável à licença, ou seja, cumpridos os requisitos normativos formulados pelo CAP para a sua obtenção, que devem ser claros e objetivos, a Autoridade Portuária está vinculada à sua emissão.

Quanto à possibilidade de se estabelecer um número máximo de pré-qualificações emitidas em determinado porto, cumpre, em primeiro lugar, observar que a LMP se mostra imprecisa, não havendo qualquer previsão expressa a respeito.

Ao discorrer sobre a concorrência no setor portuário, Dinorá Adelaide Musetti Grotti observa que:

Com relação aos operadores portuários, a questão da competição está diretamente relacionada ao teor das normas de pré-qualificação elaboradas pela Administração do Porto e aprovadas pelo CAP, pois **as restrições impostas condicionam a quantidade de operadores atuantes num determinado porto.** (grifo nosso).⁴²⁴

É de se sublinhar que as normas jurídicas referentes ao setor portuário privilegiam a competitividade intraporto,⁴²⁵ motivo pelo qual merece censura o estabelecimento de número máximo de operadores portuários. Ou seja, entendemos que qualquer postura tendente a limitar a concorrência entre operadores portuários se contrapõe ao conjunto das leis que regulam o setor.

A par do controle, a Administração Portuária também recebe da lei outras tarefas de ordem diversa, como é o caso do planejamento, da gestão e da coordenação dos serviços de infraestrutura do porto organizado (art. 33, §1º, da Lei nº 8.630/1993). Essas atividades identificam-se com o serviço público portuário, pois estão ligadas diretamente à sua essencialidade.

Daí decorre que a Administração do Porto deve obediência aos princípios e regras inerentes ao regime jurídico de Direito Público.

⁴²³ Art. 1º, § 3º, do Decreto nº 1.886/1996.

⁴²⁴ *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 329.

⁴²⁵ Art. 30, inciso XIII, da Lei nº 8.630/1993.

Bem por isso, cumpre à ANTAQ, nos termos da Lei nº 10.233/2001,⁴²⁶ fiscalizar a exploração dos portos públicos, supervisionando as atividades desenvolvidas pela Administração Portuária. A Resolução nº 858 da ANTAQ, de 23 de agosto de 2007 (alterada pela Resolução nº 1390-ANTAQ, de 16 de julho de 2009)⁴²⁷ tem como objeto a fiscalização da Administração Portuária, prevendo infrações e cominando as respectivas penalidades. Seu artigo 10 aponta obrigações aplicáveis a quem exerça a Administração Portuária. Sobressai, dentre elas, a obrigação de fornecer à ANTAQ informações técnicas, operacionais, administrativas e econômico-financeiras, relativas à segurança, vigilância e meio-ambiente, que forem solicitadas à Administração do Porto.⁴²⁸

⁴²⁶ Art. 27, inciso IV, da Lei nº 10.233/2001.

⁴²⁷ Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

⁴²⁸ Art. 10. São obrigações da Administração Portuária: I - fornecer à ANTAQ, no prazo que for fixado, as informações técnicas, operacionais, administrativas e econômico-financeiras solicitadas, inclusive as relativas à segurança e à vigilância na área do porto e à proteção ao meio ambiente; II - manter atualizado o registro dos bens da União sob sua guarda, dos bens próprios e dos bens reversíveis dos arrendamentos; III - manter atualizado o cadastro de arrendamentos, conforme estabelecido pela ANTAQ e bem assim disponibilizar cópias dos respectivos contratos para atender à fiscalização, quando solicitado; IV - arbitrar, em âmbito administrativo, mediante solicitação de qualquer das partes, o preço dos serviços que não estiverem descritos na relação a que se refere o inciso XV do art. 29 da Norma aprovada pela Resolução nº 055-ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002, e que não puderem ser prestados aos usuários por terceiros, quando não for alcançado acordo entre as partes; V - manter cadastro do pessoal próprio; VI - submeter ao CAP, para homologação, o horário de funcionamento do porto, bem assim as jornadas de trabalho no cais público; VII - prestar apoio técnico e administrativo ao Conselho de Autoridade Portuária - CAP e ao Órgão de Gestão de Mão de Obra - OGMO; VIII - manter serviço de atendimento aos usuários, fornecendo, no prazo máximo de cinco dias, as informações solicitadas; IX - dar ciência à ANTAQ sobre qualquer acordo de sócios ou acionistas e suas alterações, bem assim de qualquer modificação efetuada na composição do controle societário das arrendatárias, no prazo máximo de cinco dias, contados da data em que tomar conhecimento do fato; X - cumprir, nos casos de licitação para arrendamento de áreas e instalações portuárias, o disposto no 7º do Decreto nº 4.391, de 2002, submetendo à análise da ANTAQ, previamente à licitação, o relatório dos estudos de que trata o art. 6º e parágrafo único desse Decreto, bem como o edital e a minuta do futuro contrato; XI - submeter à aprovação da ANTAQ projetos e investimentos nas áreas e instalações portuárias não previstos nos contratos de arrendamento; XII - submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração; XIII - comunicar à ANTAQ a participação em licitação para arrendamento de áreas e instalações portuárias de pessoa jurídica que, individualmente ou em consórcio, já explore terminal congênere dentro do mesmo porto organizado; XIV - aplicar penalidades previstas em leis, normas, contratos e Regulamento do Porto; XV - estabelecer, manter e operar, sob coordenação da Autoridade Marítima, a sinalização e o balizamento do canal de acesso e da bacia de evolução do porto; XVI - delimitar, sob coordenação da Autoridade Marítima, as áreas de fundeadouro, de fundeio para carga e descarga, de inspeção sanitária e de polícia marítima, bem assim as destinadas a plataformas e demais embarcações especiais, navios de guerra e submarinos, navios em reparo ou aguardando atracação, e navios com cargas inflamáveis ou explosivos; XVII - estabelecer, sob coordenação da Autoridade Marítima, o calado máximo de operação dos navios, em função dos levantamentos batimétricos efetuados sob sua responsabilidade, divulgando-o devidamente; XVIII - estabelecer e divulgar, sob coordenação da Autoridade Marítima, o porte bruto máximo e as dimensões máximas das embarcações que irão trafegar, em função das limitações e características físicas do cais do porto; XIX - fornecer e manter

os serviços de uso coletivo de comunicações, energia elétrica, água e esgoto; XX - controlar o acesso e circulação de pessoas e veículos na área do porto; XXI - fiscalizar a prestação dos serviços portuários, garantindo condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia, modicidade nas tarifas e isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre operadores; XXII - cumprir e fazer cumprir normas e regulamentos de proteção ao meio ambiente e à segurança do trabalho portuário; XXIII - obter e manter as licenças ambientais pertinentes ao exercício das atividades portuárias; XXIV - promover o treinamento de mão de obra com vínculo empregatício; XXV - recolher aos cofres públicos todos os tributos e contribuições incidentes sobre suas atividades; XXVI - cumprir e fazer cumprir as determinações da ANTAQ; XXVII - prestar o apoio necessário às equipes de fiscalização da ANTAQ, ou dos órgãos com ela conveniados, garantindo-lhes livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e instalações, bem assim ao exame de todos os documentos inerentes à gestão portuária, ao desempenho operacional, à exploração comercial do porto e aos aspectos econômico-financeiros e administrativos; XXVIII - aplicar os recursos financeiros, conforme sua destinação e prazos estabelecidos; XXIX - comunicar à ANTAQ a ocorrência de práticas lesivas à livre concorrência na prestação dos serviços; XXX - manter os bens patrimoniais, inclusive a infraestrutura de proteção, de acessos e de vias aquaviárias e terrestres; XXXI - manter a profundidade de projeto no canal de acesso, berços e bacia de evolução; XXXII - observar e fazer observar as regras e procedimentos para licitação e contratação de arrendamentos; XXXIII - acompanhar e fiscalizar os serviços e a execução dos investimentos previstos nos contratos de arrendamento, bem assim o desempenho gerencial e operacional das arrendatárias; XXXIV - fiscalizar a execução ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias, nelas compreendida a infraestrutura de proteção e de acesso aquaviário ao porto; XXXV - pré-qualificar os operadores portuários, fiscalizar suas atividades e o cumprimento de suas obrigações, observada a norma específica aprovada pelo CAP; XXXVI - adotar as medidas necessárias e as ações adequadas à prevenção de incêndios e acidentes nas instalações portuárias e eliminar áreas de risco; XXXVII - fixar e arrecadar a tarifa portuária, conforme os valores homologados pelo CAP; XXXVIII - cumprir e fazer cumprir as leis, as normas e regulamentos, e as cláusulas do contrato de concessão, do convênio de delegação, de ato ou instrumento, mediante o qual o porto público esteja sendo explorado; XXXIX - cumprir e fazer cumprir o regulamento de exploração do porto baixado pelo CAP; XL - enviar a proposta de orçamento do porto ao CAP, para opinar; XLI - enviar os programas de obras, aquisições e melhoramentos da infraestrutura portuária, para manifestação do CAP; XLII - cumprir e fazer cumprir o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto, aprovado pelo CAP; XLIII - cumprir e fazer cumprir as normas do CAP, visando ao aumento da produtividade e à redução dos custos das operações portuárias; XLIV - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto, no âmbito das respectivas competências; XLV - organizar e regulamentar a Guarda Portuária, a fim de prover a vigilância e a segurança do porto; XLVI - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar a navegação das embarcações que acessam o porto; XLVII - autorizar, previamente, ouvidas as demais autoridades no porto, a entrada e a saída, inclusive a atracação e a desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, bem assim a movimentação de carga da referida embarcação, ressalvada a competência da autoridade marítima prevista em lei; XLVIII - suspender operações portuárias que prejudiquem o bom funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário; XLIX - desincumbir-se dos trabalhos e exercer outras atribuições que lhes forem cometidas pelo Conselho de Autoridade Portuária em sua esfera de competência; L - delimitar, sob coordenação da autoridade aduaneira, a área de alfandegamento do porto; LI - organizar e sinalizar, sob coordenação da autoridade aduaneira, os fluxos de mercadorias, veículos, unidades de cargas e de pessoas, na área do porto; LII - zelar pela boa qualidade do serviço, bem assim receber, apurar e adotar as providências para solucionar as reclamações dos usuários; LIII - afixar e manter permanentemente a placa indicativa dos meios de comunicação dos usuários com a ANTAQ, na forma do disposto na Resolução nº 442- ANTAQ, de 07 de junho de 2005; LIV - submeter o programa de arrendamento à ANTAQ, na forma do disposto no § 2º, do art. 2º, Decreto nº 4.391, de 2002. LV - manter um membro da classe empresarial e outro da classe trabalhadora, indicados pelo CAP, na composição do conselho de administração ou órgão equivalente da entidade responsável pela exploração e administração do porto, denominada Autoridade Portuária, se entidade sob controle estatal. (Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009).

Deflui do exposto que a regulação do setor portuário dá-se de forma complexa entre a SEP, a ANTAQ, o CAP e a Administração Portuária, cada qual com áreas específicas e coordenadas de atuação. Este ponto será mais bem explorado no capítulo 4 desta dissertação.

Registramos, por fim, que outras autoridades federais deverão ter presença nos terminais marítimos de uso público, junto à Autoridade Portuária, a saber: as Autoridades Aduaneira, Marítima, Sanitária, de Saúde e de Polícia Marítima (art. 3º da Lei n.º 8.630/1993).

4.2.2.2 Competências do Conselho de Autoridade Portuária (CAP)

Por determinação da Lei dos Portos, o Governo Federal passou a partilhar a gestão do sistema portuário com os Conselhos de Autoridade Portuária (CAPs), órgãos de deliberação colegiada, constituídos por representantes do Poder Público, dos operadores portuários, dos trabalhadores e dos usuários.

O Conselho de Autoridade Portuária é, portanto, órgão de deliberação colegiada, constituído em cada um dos portos organizados, onde estão representados quatro setores: o Poder Público, os operadores portuários, os trabalhadores portuários avulsos e os usuários. Assim sendo, a composição do CAP é realizada por quatro blocos:

1) Bloco do Poder Público, composto por:

a) Um representante do Governo Federal, que será o Presidente do Conselho. A Lei nº 11.726, em seu art. 4º, determinou que presidente do CAP,⁴²⁹ será indicado pela Secretaria Especial de Portos e representá-la-á em cada porto organizado.

b) Um representante do Estado onde se localiza o porto;

c) Um representante do Município onde esteja localizado o porto organizado;

⁴²⁹ Como referido na alínea “a” do inciso I do art. 31 da Lei nº 8.630/1993.

2) Bloco dos Operadores Portuários, composto por:

- a) Um representante da Administração Portuária (Operadora Portuária nata, segundo a Lei nº 8.630/1993);
- b) Um representante dos armadores;
- c) Um representante dos titulares de instalações de uso privativo na Área do Porto;
- d) Um representante dos demais operadores portuários;

3) Bloco da Classe dos Trabalhadores Portuários, composto por:

- a) Dois representantes dos trabalhadores portuários avulsos;
- b) Dois representantes dos demais trabalhadores portuários (com vínculo);

4) Bloco dos usuários dos serviços portuários e afins, composto por:

- a) Dois representantes dos exportadores e importadores de mercadorias;
- b) Dois representantes dos proprietários e consignatários de mercadorias;
- c) Um representante de terminais retroportuários.⁴³⁰

De acordo com o art. 30 da Lei nº 8.630/1993, a competência do CAP para o planejamento local do setor portuário consiste em várias atividades que por ele devem ser desenvolvidas, tais como: (i) opinar sobre proposta de orçamento;⁴³¹ (ii) desenvolver mecanismos para atração de cargas;⁴³² (iii) manifestar-se sobre programas de obras, aquisições e melhoramentos da infraestrutura portuária;⁴³³ (iv) aprovar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto;⁴³⁴ e (v) promover estudos a fim de compatibilizar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto com os programas promovidos pelos entes federativos, federais, estaduais e municipais, de outras modalidades de transporte.⁴³⁵

⁴³⁰ BOTELHO, Martinho Martins. *Direito Portuário: fundamentos e problemas jurídicos modernos no direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Lex, 2008 (Apostila).

⁴³¹ Art. 30, § 1º, inciso III, da Lei nº 8.630/1993.

⁴³² O que demanda um intenso planejamento para que se torne possível. Art. 30, § 1º, inciso VII, da Lei nº 8.630/1993.

⁴³³ Art. 30, § 1º, inciso IX, da Lei nº 8.630/1993.

⁴³⁴ Art. 30, § 1º, inciso X, da Lei nº 8.630/1993.

⁴³⁵ Art. 30, § 1º, inciso XI, da Lei nº 8.630/1993.

4.2.2.2.3 Operadores Portuários

Sob o regime jurídico de Direito Privado estão tanto os Operadores Portuários, responsáveis pela movimentação e armazenagem de mercadorias dentro do espaço do porto organizado, como as Agências Marítimas, que são as agenciadoras dos navios, ou dos navios e cargas e os armadores, que se interpõem entre os operadores portuários e os efetivos “donos da carga” (importadores e exportadores).

Dentre as figuras apontadas, entretanto, aquela que possui maior importância para a proposta do presente trabalho é a do operador portuário, pois somente ele realiza sua prestação de serviço dentro de portos públicos marítimos, estando sujeito à regulação direta da Autoridade Portuária local e do respectivo CAP, diversamente dos armadores e agências marítimas.

Os operadores portuários, assim como os armadores e os agentes marítimos, são empresários, tendo sua atividade delineada por princípios próprios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência. Os fatores da produção para obtenção de resultados com apropriação privada dos lucros, utilizados por esses personagens do cenário portuário, não são determinados pelo Estado, cabendo à Autoridade Portuária somente regular a competição entre os operadores. Ou seja, o regime jurídico delineado pelo ordenamento jurídico será o de Direito Privado.

Por esse motivo, a Lei nº 8.630/1993 apresenta uma definição legal tanto para a figura do operador portuário como para a operação portuária, que devem ser, necessariamente, analisadas em conjunto.

Operação Portuária está definida no art. 1º, inciso II, da LMP, como a movimentação de passageiros ou a movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários. Ou seja, a operação portuária somente ocorre dentro de um porto público. O inciso III do mesmo artigo, por sua vez, define operador portuário como a pessoa jurídica pré-qualificada para operar dentro da área do porto organizado.

A pré-qualificação é necessária para que determinado operador possa executar operações portuárias em determinado local portuário, e é de competência

da Autoridade Portuária local, cujas normas são estabelecidas pelo CAP. Para cada porto, portanto, em que a pessoa jurídica pretenda realizar operações portuárias, deverá obter junto à Autoridade Portuária a respectiva pré-qualificação.

Toda a atividade realizada pelo operador portuário dentro da área do porto organizado deve obediência às normas do regulamento do porto e está sujeita à fiscalização da Autoridade Portuária. Se infringidas tais normas, isso pode resultar, inclusive, em desqualificação para execução de operações portuárias.

Os casos de dispensa de intervenção do operador portuário para a movimentação de mercadorias dentro do porto organizado estão elencados no art. 8º da LMP.

A responsabilidade do operador portuário dar-se-á frente: à Administração do Porto, por danos causados à infraestrutura; ao proprietário da mercadoria, por perdas e danos; ao armador, pela avaria causada na embarcação ou mercadoria transportada; ao TPA (Trabalhador Portuário Avulso), pela remuneração dos serviços; ao OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra), pelas contribuições não recolhidas; e aos órgãos competentes, pelo recolhimento de tributos.⁴³⁶

4.2.2.2.4 Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária

a) Introdução

A Lei de Modernização dos Portos, rompendo com a sistemática anterior, determinou que todo o trabalho portuário avulso fosse realizado por intermediação do OGMO (Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária). Nesse sentido, previa-se na legislação pretérita uma administração bipartida entre as Companhias Docas e os Sindicatos. Com o advento da Lei dos Portos, porém, toda a administração do trabalho portuário avulso foi centralizada no OGMO.⁴³⁷

De acordo com a LMP, são atribuições do mencionado órgão gestor: (i) a realização dos cursos de treinamento e habilitação profissional, que anteriormente

⁴³⁶ Art. 11 da Lei nº 8.630/1993.

⁴³⁷ PINTO, Cristiano Paixão Araujo; FLEURY, Ronaldo Curado. *A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*: doutrina, legislação e jurisprudência. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 12.

eram realizados por delegação da DPC (Diretoria de Portos e Costas do Ministério da Marinha);⁴³⁸ (ii) manter com exclusividade o cadastro e registro profissional, seleção, registro e habilitação, estabelecendo, ainda, o número de vagas e expedição de documento de identificação individual, atribuições estas antes inerentes às extintas DTMs (Delegacias do Trabalho Marítimo).⁴³⁹

Para Alex Sandro Stein, tais transferências – das DTMs e DPCs – ao OGMO, realizadas pela LMP, configuram típica usurpação de função pública.⁴⁴⁰ Divergimos. A gestão, treinamento e coordenação do Trabalho Portuário Avulso não se configura como função pública, e a LMP, ao determinar que essas atividades fossem realizadas por um único órgão gestor, procurou conferir maior coesão e eficiência à mão de obra dentro dos portos públicos.

A principal característica dos OGMOs consiste em dispor, com exclusividade, do fornecimento e da administração da mão de obra portuária.⁴⁴¹ Seus objetivos principais são a centralização e a administração de todo o trabalho portuário avulso realizado no porto organizado.⁴⁴²

A LMP dispõe acerca da composição, da estrutura interna, da finalidade, além das atribuições do OGMO, o qual deverá ser constituído pelos operadores portuários em cada porto organizado, com finalidades claramente fixadas (art. 18).

b) Natureza jurídica

A Lei declara o OGMO órgão de *utilidade pública* sem fins lucrativos, vedando-lhe a prestação de serviços a terceiros, de qualquer atividade que não esteja vinculada à gestão de mão de obra.⁴⁴³

O legislador não delimitou claramente a natureza jurídica do Órgão Gestor de Mão de Obra.

⁴³⁸ Nos termos da Lei nº 5.461/1968 e Lei nº 7.573/1986.

⁴³⁹ *Curso de direito portuário*, p. 76-77.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 77.

⁴⁴¹ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*, p. 166.

⁴⁴² PINTO, Cristiano Paixão Araujo; FLEURY, Ronaldo Curado. *A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*: doutrina, legislação e jurisprudência, p. 12.

⁴⁴³ Lei nº 8.630/1993. Art. 25. “O Órgão Gestor de Mão de Obra é reputado de utilidade pública e pode ter fins lucrativos, sendo-lhe vedada a prestação de serviços a terceiros ou o exercício de qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra”.

Miriam Ramoniga, em dissertação sobre o tema, sugere que o OGMO, sendo pessoa jurídica de Direito Privado, receba o tratamento legal de uma associação, já que, como esta, não tem finalidade econômica, além de comungar semelhante estrutura e funcionamento.⁴⁴⁴

O OGMO e as associações se submetem a normas similares para iniciarem suas atividades e revestirem-se de personalidade jurídica. Justamente por isso, pode ele ser considerado uma associação de operadores portuários. Casos há, inclusive, em que os OGMOs têm seus estatutos registrados sob a denominação de associação civil sem fins lucrativos.⁴⁴⁵

c) Obrigatoriedade de requisição de mão de obra avulsa ao OGMO

Conforme já se destacou, a composição e as atribuições do OGMO encontram-se elencadas na Lei nº 8.630/1993 (artigos 18 a 29).

Merece atenção a tarefa de organizar e manter cadastro e registro de trabalhadores portuários avulsos (art. 27, incisos I e II).

O art. 26 da Lei nº 8.630/1993, de sua parte, determina que todo o trabalho portuário, nos portos organizados, será realizado por TPAs e trabalhadores portuários com vínculo empregatício (devendo estes últimos serem contratados dentre os TPAs registrados no OGMO), com a exceção contida no art. 8º, § 1º, da LMP.

A legislação não dá margem à dúvida, quando impõe a necessidade de requisição de mão de obra avulsa junto aos OGMOs, por aqueles operadores portuários que pretendam movimentar carga dentro de um porto organizado.

No que tange à movimentação de carga realizada nos terminais de uso privativo, todavia, não se encontra a mesma clareza no texto legal.

O art. 6º da LMP determina que as instalações portuárias de uso privativo serão exploradas por conta e risco do autorizatário e que os contratos de movimentação de carga de terceiro reger-se-ão pelas normas de Direito Privado.

⁴⁴⁴ *A natureza jurídica do órgão gestor de mão de obra do trabalho portuário avulso: uma análise a partir da Lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993.* 2008. 183 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Santa Catarina, 2008, p. 65.

⁴⁴⁵ Como é o caso do OGMO do Porto de Antonina e Paranaguá - SC, do OGMO do Rio Grande - RS e do OGMO de Suape - PE.

Daí a inferência de que os terminais privativos localizados fora da área do porto organizado **não** necessitam requisitar mão de obra avulsa junto ao OGMO, tendo este seu campo de atuação adstrito aos portos públicos.⁴⁴⁶

O Superior Tribunal de Justiça, analisando a matéria, decidiu pela ausência de obrigação dos terminais privativos requisitarem apenas trabalhadores cadastrados no OGMO. Eis a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. LEI DE MODERNIZAÇÃO DOS PORTOS (LEI 8.630/93). INSTALAÇÃO DE USO PRIVADO. NÃO-OBRIGATORIEDADE DE A EMPRESA REQUISITAR APENAS TRABALHADORES CADASTRADOS NA OGMO (ÓRGÃO GESTOR DE MÃO DE OBRA). VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 1º, § 1º, I, II, 4º, § 2º C/C 48 E 56 TODOS DA LEI 8.630/93. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se de recurso especial (fls. 448/508) interposto por ADUBOS TREVO S/A - GRUPO TREVO, com fulcro no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, alegando violação dos artigos 5º, II, X, XIII, 8º, V, 170, VII da CF e 1º, § 1º, I, V; 4º, II, § 2º, II c/c os arts. 48; 56 e parágrafo único, todas da Lei n. 8.630, de 1993 além de dissídio pretoriano.

2. Preliminarmente, não se conhece de recurso especial no tocante à afirmação de que dispositivos constitucionais foram violados. É sabido e consabido que matéria constitucional não pode ser examinada em sede de recurso especial.

3. **Inexiste disposição expressa obrigando que empresa proprietária de píer privativo e privado seja obrigada a só fazer as operações de carga de descarga de navios em seu terminal, por meio de trabalhadores portuários avulsos cadastrados e registrados no OGMO. Os detentores de "píer" privativos têm mera faculdade de firmar acordo ou convenção coletiva de trabalho para a escolha dos trabalhadores que devem prestar os serviços acima**, identificados, podendo, escolher, para tanto, os seus próprios empregados ou os trabalhadores avulsos sindicalizados.

4. **Os terminais particulares são explorados sob regime jurídico de empresas privadas**, pelo que são livremente administrados.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (grifos nossos).⁴⁴⁷

Examinando a íntegra da decisão, podem ser extraídos elementos para melhor compreender o *decisum*:

A lei manteve os dois regimes jurídicos distintos, que já antes dela existiam, isto é, Porto Organizado e Instalação de Uso Privativo (Lei n. 8.630/93, art. 1º, § 1º, I, V e art. 4º, II, § 2º, II). Aquele, o PORTO ORGANIZADO, como sendo o público, aberto, gerido e administrado

⁴⁴⁶ STEIN, Alex Sandro. *Curso de direito portuário*, p. 78.

⁴⁴⁷ REsp. nº 593.624. Relator: Ministro José Delgado. Publicação: DJU de 25-10-2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

pela Administração Pública e, este, o PORTO PRIVATIVO, de uso e DOMÍNIO ÚTIL DO TERRENO por entidade privada, com instalações de sua propriedade, sendo gerido e administrado por conta e risco dessa entidade privada, sem ingerência da Administração Pública, salvo a fiscalização policial, de higiene, fiscal, pouco interessando estar, ou não, esse Pier Privado, dentro da área do Porto Organizado (Lei n. 8.630/93, art. 1º, V e art. 4º, II).

[...]

O OGMO é órgão criado pela lei adstrito tão somente aos PORTOS ORGANIZADOS, porque aí existe multiplicidade de operadores portuários. Ao contrário do **PORTO PRIVATIVO, onde não existe “OGMO”, por isso o seu titular é operador portuário apenas em sentido amplo de si mesmo**, sendo único, explorando o seu negócio, indústria sem intervenção da administração pública do PORTO ORGANIZADO. (grifos nossos).⁴⁴⁸

É fundamental refletir, outrossim, sobre a necessidade de as instalações portuárias de uso privativo, **localizadas dentro da área do porto organizado**, requisitarem ao OGMO mão de obra avulsa.

Alex Sandro Stein entende haver campo de atuação para os OGMOs dentro de terminais privativos que se encontrem na área do porto organizado.⁴⁴⁹ Discordamos. O regime jurídico aplicável a instalações portuárias de uso privativo, estejam elas dentro ou fora do porto organizado, é sempre o de Direito Privado, afastando, desse modo, a necessária contratação de mão de obra avulsa, por intermediação do OGMO.

A intermediação do OGMO e a necessária contratação do trabalho portuário avulso somente se justificam dentro de instalações portuárias de uso público, onde a movimentação de cargas e de pessoas é realizada por meio de operadores portuários, os quais estão sujeitos ao regime imposto pela LMP.

Nas instalações portuárias de uso privativo, cumpre repisar, o regime jurídico aplicável será sempre o de Direito Privado, no qual seus funcionários são livremente escolhidos e a atividade é exercida por sua conta e risco, sem a intermediação de operadores portuários.

⁴⁴⁸ REsp. nº 593.624. Relator: Ministro José Delgado. Publicação: DJU de 25-10-2007. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 02 ago. 2009.

⁴⁴⁹ *Curso de direito portuário, passim.*

d) Composição

A composição do OGMO encontra-se descrita no art. 24, §§ 2º e 3º (Diretoria do OGMO), art. 24, *caput* e § 1º (Conselho de Supervisão), e art. 23, *caput* (Comissão Paritária), todos da Lei nº 8.630/1993.

- **Diretoria Executiva:**

Cuida-se de órgão de existência obrigatória na esfera do OGMO. A Diretoria Executiva deverá ser composta por um ou mais diretores designados e destituíveis *ad nutum* pelo bloco dos operadores portuários no CAP, sendo o prazo máximo de gestão de 3 (três) anos, permitida a recondução.

Trata-se do principal órgão representativo e deliberativo da entidade, embora possa ter seus atos analisados pelo Conselho de Supervisão.

De acordo com o art. 24, § 4º, da LMP, no silêncio do Estatuto ou Contrato Social, qualquer diretor poderá representar o Órgão e praticar os atos necessários ao seu regular funcionamento.

- **Conselho de Supervisão:**

O Conselho de Supervisão é composto por 3 (três) membros titulares – um representante dos operadores portuários, um representante dos usuários do porto e um representante dos trabalhadores portuários – e seus respectivos suplentes. Cada um dos membros é indicado pelo seu respectivo bloco no CAP, previsto pelo art. 31, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.630/1993.

Ao Conselho, a LMP outorgou competência para:

a) estabelecer o número de vagas, forma e periodicidade para acesso ao registro do TPA. Cumpre observar que essa competência é exclusiva do Conselho, em razão do art. 24, § 1º, inciso I, da LMP ⁴⁵⁰ não submeter eventual deliberação a respeito ao disposto em contrato, convenção e acordo coletivo de trabalho, aos quais se sobrepõe;

b) baixar normas para seleção e o registro do trabalhador portuário avulso, em conformidade com as normas estabelecidas em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho;

⁴⁵⁰ Diversamente do art. 24, § 1º, inciso II c.c. art. 28, ambos da LMP.

c) fiscalizar a gestão dos diretores, podendo a qualquer tempo examinar os livros e papéis do órgão e solicitar informações sobre atos praticados pelos diretores e seus prepostos.

- **Comissão Paritária:**

A competência atribuída à Comissão Paritária, composta em igual número por operadores e trabalhadores portuários, consiste em solucionar os litígios decorrentes da aplicação das normas pelo OGMO, contidas nos artigos 18, 19 e 21 da LMP.

Surge, portanto, como segunda instância administrativa, que detém a finalidade de solucionar conflitos entre a aplicação da Lei dos Portos pelo OGMO e o interessado, seja ele Trabalhador Portuário avulso ou mesmo Operador Portuário.

À Comissão Paritária compete o poder revisional dos atos praticados ordinariamente pelo OGMO. Cristiano Paixão de Araújo Pinto e Ronaldo Curado Fleury apontam como exemplo a hipótese de punição de trabalhador portuário:

Compete ao OGMO, por sua Diretoria, aplicação de penalidades aos trabalhadores que desrespeitarem a lei ou as regras estabelecidas em norma coletiva. Na hipótese de discordância com a penalidade aplicada, caberá ao trabalhador portuário avulso a possibilidade de recurso à Comissão Paritária, que poderá rever a punição ou ratificá-la.⁴⁵¹

Tal inovação revela a preocupação do legislador com o tratamento imparcial do TPA, pois, no sistema anterior, a punição era aplicada pelo sindicato, somente sendo possível contestá-la judicialmente.⁴⁵²

O tratamento imparcial, a nosso ver, deverá ser essencial a todo o processo administrativo conduzido pelo OGMO dentro do exercício de suas competências, garantindo ao TPA, ou mesmo ao Operador Portuário, direito à ampla defesa e ao contraditório.

O necessário processo administrativo se justifica por estar o OGMO gerindo interesses de outrem, ligados diretamente à eficiência de um serviço público essencial. Esse órgão, considerado de utilidade pública, gerencia mão de obra que não lhe pertence, não lhe sendo possível, inclusive, demitir o trabalhador sem justa causa.

⁴⁵¹ PINTO, Cristiano Paixão Araújo; FLEURY, Ronaldo Curado. *A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*: doutrina, legislação e jurisprudência, p. 27.

⁴⁵² Ibidem, loc. cit.

Nesse ponto, verificamos claramente influxos de um regime jurídico de Direito Público, permeado por princípios próprios do processo administrativo, afastando-se o regime jurídico típico da atividade privada.

Em caso de impasse no âmbito da Comissão Paritária, na solução do conflito, há norma expressa da LMP determinando que as partes recorram à arbitragem de ofertas finais. Firmado o compromisso arbitral, não se admite a desistência.⁴⁵³ O árbitro deverá ser escolhido de comum acordo entre as partes e o laudo arbitral lavrado possui força normativa, independente de homologação judicial.⁴⁵⁴

Julgamos válido o dispositivo legal que possibilita a arbitragem para solução definitiva dos impasses que surgirem perante a Comissão Paritária. Independente de a discussão se tratar ou não de direitos disponíveis, essa natureza lhes é outorgada como consequência da previsão legal expressa em favor da arbitragem. Cumpre acrescentar, por derradeiro, o argumento de Alexandre Santos de Aragão, segundo o qual: “Se não admitíssemos essas autorizações legislativas, teríamos o absurdo de a autorização poder possibilitar a alienação de um direito, mas não a substituição de um conflito a ele concernente a arbitragem”.⁴⁵⁵

⁴⁵³ Art. 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.630/1993.

⁴⁵⁴ Art. 23, § 3º da Lei nº 8.630/1993.

⁴⁵⁵ *Direito dos serviços públicos*, p. 584, nota 53.

5 PLANEJAMENTO PORTUÁRIO

5.1 Do planejamento

O primeiro ponto a ser enfrentado por aqueles que estudam o tema *planejamento* é justamente o conceito a ser atribuído ao termo. Segundo Paulo Afonso Cavichioli Carmona:

Árdua é a tarefa de conceituar o planejamento, na medida em que não é exato, concreto e específico. É algo que se situa no plano subjetivo das ideias, pois, sendo um meio de resolver problemas, é dinâmico na exata proporção em que as situações a serem solucionadas não são estáticas e apresentam vibração e mutação constante [...]. Assim podemos conceituá-lo como processo técnico que tem por finalidade transformar uma situação existente.⁴⁵⁶

Acreditamos não ser o planejamento, conforme o conceito do autor supramencionado, apenas um processo técnico que tem por finalidade transformar uma situação existente. Acrescentamos, ainda, a esse conceito, nosso entendimento no sentido de ser o planejamento inerente a toda exploração de serviço público.

Qualquer serviço público deverá, necessariamente, possuir um planejamento adequado, dotado de responsabilidade financeira e técnica, para que, em sua exploração, seja respeitado, principalmente, o princípio da eficiência.

O planejamento está constitucionalmente previsto no art. 174, o qual, ao descrever o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica,⁴⁵⁷ determina que este exercerá a função de planejamento, sendo determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. O planejamento, que antes era entendido como simples técnica, passou, por força desse artigo, a instituto jurídico, que, embora detenha ainda sua característica técnica, tornou-se o modo por meio do qual a Administração executa sua atividade na busca do desenvolvimento econômico-social.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ Instrumentos de intervenção urbanística. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/jul./ago. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 fev. 2009.

⁴⁵⁷ Atividade econômica, neste artigo, para nós, foi empregado em seu sentido genérico, englobando tanto a atividade econômica em sentido estrito como o serviço público.

⁴⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, p. 722.

Esse processo de planejamento encontra fundamentos sólidos ainda no art. 21, inciso IX, da Constituição Federal, que atribui competência à União para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e desenvolvimento econômico e social.

Conforme afirma José Afonso da Silva:

O planejamento não é mais um processo dependente da mera vontade dos governantes. É uma previsão constitucional e uma provisão legal. Tornou-se imposição jurídica, mediante a obrigação de elaborar planos, que são os instrumentos consubstanciadores do respectivo processo.⁴⁵⁹

Dessa imposição jurídica decorre a possibilidade de responsabilizar o Estado em casos de dano experimentados em razão do planejamento, tenha o dano se originado pelo planejamento defeituoso ou por mudança de planejamentos imperativos e incitativos.⁴⁶⁰

Almiro do Couto e Silva aponta três tipos de planos, classificados em razão da presença, ou não, de sua obrigatoriedade: (i) *planos indicativos*: consistem em dados, projeções e prognósticos, onde não há nota de obrigatoriedade, sem pretender engajamento da iniciativa privada, e, portanto, nesse caso não há que se falar em responsabilidade da Administração; (ii) *planos incitativos ou estimulativos*: são aqueles em que o governo pretende o engajamento da iniciativa privada, utilizando o Poder Público de estímulos e incentivos, como subvenções, incentivos fiscais, compromisso de aquisição de safras etc., ou desestimulando certas iniciativas ou situações por meio, por exemplo, de encargos fiscais mais pesados (nestes planos, os administrados contam com a confiança, lealdade e boa-fé da Administração, podendo haver, ou não, responsabilidade a depender do que já tiver sido realizado); e (iii) *planos imperativos*: diversamente dos dois outros planos, não há a liberdade de o administrado escolher a orientação que lhe seja mais conveniente, devendo, necessariamente, ser observados por este, obrigando-o a

⁴⁵⁹ *Comentário contextual à Constituição*, p. 722.

⁴⁶⁰ A respeito da responsabilidade do Estado decorrente do planejamento, vide FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

determinado comportamento, sob pena de sofrer consequências até mesmo de caráter criminal ou de multas, ou ainda, outras sanções administrativas.⁴⁶¹

Conforme anotamos acima, o plano será sempre determinante, ou seja, *imperativo*, para o setor público. Para o setor privado é que poderá ser *indicativo*, *incitativo* ou *imperativo*.

Analisaremos, a partir deste momento, os instrumentos de planejamento portuário à luz dessa classificação, que entendemos ser de grande importância no momento de resolução de um eventual conflito normativo entre planejamento portuário e planejamento municipal.

5.2 Do planejamento portuário

Conforme demonstrado, os portos organizados constituem uma estrutura complexa, com a destinação específica de fornecer serviços de infraestrutura aos seus usuários. Essa atividade, como defendemos, possui natureza pública.⁴⁶² A realização do planejamento é o primeiro importante momento em que o serviço público será realizado, e dele dependem, em grande monta, a eficiência e o sucesso das implantações realizadas em determinado porto.

A finalidade primária do planejamento é a potencialização e o desenvolvimento do porto.⁴⁶³ Desse modo, o serviço público de infraestrutura a ser prestado deverá sempre estar voltado a um aumento da qualidade, atendendo aos princípios inerentes, genericamente, aos serviços públicos, como os de adequação do serviço, continuidade, regularidade, generalidade, modicidade das tarifas, segurança, atualidade, eficiência, bem como aos princípios próprios da natureza dos serviços portuários, como o da livre concorrência e da competitividade,⁴⁶⁴ inter e intraporto.

⁴⁶¹ Problemas jurídicos do planejamento. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RPGE – Cadernos de Direito Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 133-147, 2004, *passim*.

⁴⁶² FALZEA, Giuseppe. *Porto e funzione portuale*: premessa ad uno studio del bene porto, p. 200.

⁴⁶³ *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁶⁴ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 260-297 e 327-330.

Passando à análise do planejamento do setor portuário, verificamos, pela simples observação das normas gerais analisadas, haver um sistema de planejamento em dois níveis: federal e local, com competências delimitadas e coordenadas entre os vários órgãos que compõem o setor.

No âmbito federal, o planejamento foi atribuído à ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) e à SEP (Secretaria Especial dos Portos), sendo ambas competentes para a sua realização, embora a competência seja atribuída de modo hierarquizado.

À Secretaria Especial de Portos cabe a formulação das políticas nacionais e das diretrizes, a participação no planejamento estratégico⁴⁶⁵ e a aprovação do Plano Geral de Outorgas formulado pela ANTAQ. Sua função planificadora se instrumentaliza, principalmente, por meio da formulação do *Plano Nacional Estratégico dos Portos* (PNE/PORTOS), o qual classificamos como *incitativo* para a iniciativa privada, determinando políticas nacionais adotadas.

A ANTAQ, obedecendo, necessariamente, às políticas e diretrizes estabelecidas pela SEP, é o órgão competente para a formulação do *Plano Geral de Outorgas* de exploração de infraestrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, sendo tal plano também classificado como *incitativo* (iniciativa privada) e devendo ser proposto à Secretaria Especial de Portos, por força do art. 27, inciso III, letra “b”, da Lei nº 10.233/2001. O planejamento deve ser sempre norteado para que sejam atendidas a *segurança* e a *eficiência* do transporte aquaviário, entendido em sua totalidade.

No âmbito local, a Lei nº 8.630/1993 prevê o necessário planejamento em cada instalação de uso público ou porto organizado brasileiro,⁴⁶⁶ e tem como seu central instrumento planificador o *Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto* (PDZ), que deverá, necessariamente, ser aprovado pelo CAP (Conselho de Autoridade Portuária) local.⁴⁶⁷

Em breve resumo, podemos elencar como principais instrumentos de planejamento do setor portuário:

⁴⁶⁵ Em razão da previsão legal do art. 24-A, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 10.683/2003.

⁴⁶⁶ Art. 30, § 1º, incisos III, V, VII, IX, X, XI, e art. 33, incisos IV, IX, XV, da Lei nº 8.630/1993.

⁴⁶⁷ Art. 30, inciso X, da Lei nº 8.630/1993.

a) No âmbito NACIONAL:

a.1) Competência da SEP: (i) as *diretrizes* estabelecidas pela SEP, fixando as políticas nacionais para o setor; (ii) o *Projeto de investimento* em infraestrutura portuária marítima segundo o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (Reidi); e (iii) o *Plano Nacional Estratégico dos Portos* (PNE/PORTOS);

a.2) Competência da ANTAQ: o *Plano Geral de Outorgas de Terminais Portuários* (proposto pela ANTAQ à SEP).

b) No âmbito LOCAL:

b.1) Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ), proposto pela Administração do Porto e aprovado pelo CAP;

b.2) Orçamento com previsão e estabelecimento inclusive de tarifa portuária, devendo ser igualmente aprovado pelo CAP;⁴⁶⁸

b.3) Horário de funcionamento do porto (homologado pelo CAP);⁴⁶⁹

b.4) Programação de realização de obras, aquisições e melhoramentos.⁴⁷⁰

Os instrumentos de planejamento previstos pelas normas do setor portuário podem ser compreendidos como um complexo sistema perfeitamente coordenado entre si. Ou seja, no ápice da pirâmide normativa, encontram-se as diretrizes nacionais para o setor, atualmente instrumentalizadas por meio do Decreto nº 6.620/2008; logo abaixo, está o Plano Nacional Estratégico dos Portos (PNE/PORTOS) formulado pela SEP; em seguida, situa-se o Plano Geral de

⁴⁶⁸ Art. 33, § 1º, inciso IV, e art. 30, § 1º, inciso VIII, ambos da Lei nº 8.630/1993.

⁴⁶⁹ Art. 33, § 1º, inciso XV, e art. 30, § 1º, inciso II, ambos da Lei nº 8.630/1993.

⁴⁷⁰ Art. 33, § 1º, inciso VI, e art. 30, § 1º, inciso IX, ambos da Lei nº 8.630/1993.

Outorgas, formulado pela ANTAQ e aprovado pela SEP, devendo necessariamente atender às diretrizes nacionais e ao PNE/PORTOS; e, em cada porto, a Administração Portuária deverá elaborar um Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ), o qual, após a aprovação pelo CAP, será em parte submetido à ANTAQ, para que o *Programa de Arrendamento de Instalações Portuárias* seja incorporado ao Plano Geral de Outorgas.

Faremos um estudo mais aprofundado do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ), por ser este entendido como o principal instrumento de ordenação urbanística, delimitador da zona de serviço e de ordenação e uso dos espaços que devem ocorrer no porto.⁴⁷¹

5.2.2 Do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ)

A competência para a realização do planejamento global do setor portuário é inequivocamente da União, tanto em relação ao zoneamento do porto, materializado pelo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ), onde se inserem os programas de arrendamento, quanto ao planejamento da efetiva prestação do serviço de infraestrutura portuária, por meio de fixação de objetivos de gestão e programação de obras de infraestrutura.

A efetivação desse plano, ou seja, a sua materialização é realizada pela Administração Portuária local, que, embora possa ser exercida diretamente pela União, normalmente é atividade explorada indiretamente por autarquia (federal, estadual ou municipal), ou por outro ente federativo ao qual a União tenha delegado o serviço de infraestrutura portuária, ou, ainda, por pessoa jurídica de Direito Privado à qual a União (ou Estados e Municípios que tenham recebido essa atribuição da União) outorgue o serviço por concessão.

O Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ) englobará tanto o *programa de arrendamento* do porto organizado, e, neste ponto específico, deverá, após a aprovação pelo CAP, ser submetido à apreciação da ANTAQ, quanto todo o

⁴⁷¹ ACERO IGLESIAS, Pablo. La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria de la ley 48/2003 de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, p. 115.

planejamento de melhoramentos a serem realizados no serviço de infraestrutura portuária, além de descrever todo o planejamento de zoneamento do porto.

Sua previsão legal está tanto na Lei nº 8.630/1993 como no recém-aprovado Decreto nº 6.620/2008, que versa sobre as diretrizes e políticas nacionais do setor. Porém, lhe falta um instrumento normativo mais detalhado que descreva pressupostos materiais e formais, bem como que outorgue, expressamente, competência à Administração Portuária, com ou sem colaboração de outros órgãos que compõem a comunidade portuária.

O PDZ deverá individualizar áreas suscetíveis de arrendamento de instalações portuárias, que serão posteriormente incluídas no Plano Geral de Outorgas formulado pela ANTAQ.

O Decreto nº 6.620/2008, em seu art. 25, determina que:

Art. 25. O plano de desenvolvimento e zoneamento individualizará as instalações suscetíveis de arrendamento, com vistas à sua inclusão no programa de arrendamento de instalações portuárias, **devendo integrar o plano geral de outorgas**.

§ 1º. **A administração do porto submeterá o programa de arrendamento de instalações portuárias à ANTAQ, que o incorporará ao plano geral de outorgas, de acordo com o respectivo plano de desenvolvimento e zoneamento**, com a indicação das cargas a serem movimentadas e das áreas destinadas aos operadores portuários que não dispõem de arrendamentos. (grifos nossos).

Esse artigo do Decreto nº 6.620/2008 deve ser analisado conjuntamente ao art. 30, § 1º, inciso X, da Lei nº 8.630/1993, que atribui competência para a aprovação do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto ao Conselho de Autoridade Portuária:

Art. 30. Será instituído, em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão, um Conselho de Autoridade Portuária.

§1º. Compete ao Conselho de Autoridade Portuária:

[...]

X - aprovar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto;

[...]

Aparentemente, o texto do art. 25 do Decreto nº 6.620/2008 conflita com a norma presente no art. 30, § 1º, inciso X, da Lei nº 8.630/1993. Porém, a análise pode ser realizada sistematicamente, resolvendo a aparente antinomia, salvando a

legalidade do decreto, por meio do emprego da *interpretação corretivo-equitativa*, ou *correção*.⁴⁷²

Desse modo, compreendemos que o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto deverá, em primeiro lugar, ser aprovado pelo CAP, e a parte referente à individualização das áreas suscetíveis de arrendamento será submetida à ANTAQ, que, analisando a legalidade e a adequação da indicação da área, incluirá o programa de arrendamento no Plano Geral de Outorgas.

Cumprе ressaltar que a ANTAQ não poderá determinar que outras áreas sejam incluídas no programa de arrendamento de determinado porto organizado, pois essa decisão caberá, exclusivamente, à Administração Portuária local e ao respectivo CAP, órgãos aos quais a Lei dos Portos atribui competência para os assuntos locais. Essa conclusão se afirma por critérios de razoabilidade, pois somente o órgão local possui condições de verificar a melhor área para a realização de arrendamentos e quais cargas devem ser movimentadas para um melhor atendimento aos usuários do porto, além de ser o único órgão que possui maior proximidade da comunidade local.

Vale notar, por fim, que o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ) também deve estar em conformidade com as diretrizes nacionais estabelecidas para o setor e com o Plano Geral de Outorga aprovado pela ANTAQ, devendo ainda o programa de arrendamento ser submetido à apreciação da ANTAQ, quanto à legalidade e formalidade, para que ocorra sua inclusão no Plano Geral de Outorga.

Entendido o PDZ, buscaremos agora alcançar a resolução de eventual conflito que possa existir entre esse instrumento e o Plano Diretor da Cidade⁴⁷³ onde se localiza o porto, que é o principal meio de planejamento do Município.

⁴⁷² DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

⁴⁷³ Art. 182, § 1º, da Constituição Federal; art. 4º, inciso III, letra “a”, e artigos 39 a 42, todos da Lei nº 10.257/2001.

5.2.2.1 Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto x Plano Diretor

A Constituição Federal, ao instituir um capítulo sobre política urbana (Capítulo II, Título VII), atribuiu competência aos Municípios para desenvolverem políticas de desenvolvimento urbano. Em Municípios com população acima de 20.000 habitantes, o planejamento urbano deverá se realizar por meio do Plano Diretor Municipal.

O Plano Diretor deve ser aprovado por lei, e tem força de lei, sendo, portanto, *imperativo* para os administrados, devendo ser elaborado de maneira participativa.⁴⁷⁴ Ele está centrado na organização conveniente dos espaços habitáveis, e é reputado pelo art. 182, § 1º, da Constituição Federal, como instrumento básico da política urbana. Sua essência, portanto, consiste em propostas de ordenação do território.

Toshio Mukai discorre sobre a previsão constitucional do art. 182:

O texto constitucional pela primeira vez em nossa história veio falar em plano diretor, e o fez dizendo que toda a política de desenvolvimento deve ser *executada* pelo poder municipal, com exclusividade, observadas as diretrizes fixadas em lei (art. 182, *caput*), e que o instrumento básico dessa política de expansão urbana, para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal (grifo do autor).⁴⁷⁵

A importância outorgada ao instituto é reforçada pelas disposições presentes no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que, em seu art. 41, elenca outras hipóteses, além das constitucionais, de obrigatoriedade do Plano Diretor. Dentre essas hipóteses, está a que obriga a Cidade inserida na área de influência de empreendimentos e atividades com significativo impacto ambiental de âmbito nacional ou nacional (inciso V) a realizar o Plano Diretor. Nesse inciso, enquadra-se toda cidade portuária, estando, assim, toda cidade, onde se situe um porto marítimo, obrigada à realização de Plano Diretor.

No Brasil, alguns Estados, como o Rio Grande do Sul, adotam o Plano Diretor autoaplicável, ou seja, dotado de mapas e tabelas onde são estabelecidos os índices urbanísticos de parcelamento, uso e ocupação do solo. Em outros Estados,

⁴⁷⁴ DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da política urbana. In: _____; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/01*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78.

⁴⁷⁵ *O Estatuto da Cidade: anotações à Lei n. 10.257, de 10-7-2001*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40.

como São Paulo e Minas Gerais, o Plano Diretor é entendido como um documento sem aplicabilidade imediata, que deve ser objeto de regulamentação posterior. Desse modo, nesses Estados onde não há autoaplicabilidade, o estabelecimento de índices urbanísticos é realizado por meio de outra lei, que pode ser denominada “lei de zoneamento”, “lei de uso do solo”, ou “lei de parcelamento, uso e ocupação do solo”.⁴⁷⁶

Trataremos o Plano Diretor de forma genérica, ou seja, como instrumento autoaplicável, englobando, portanto, o zoneamento municipal.

Deverão estar inseridos no Plano Diretor, dentre outros, os seguintes instrumentos legais: (i) *apropriação do solo*: versando sobre ocupações de terras, desapropriação e usucapião; (ii) *parcelamento do solo*: com previsão de diretrizes viárias, integração da malha urbana, reserva de áreas para uso público, preservação do meio ambiente e da identidade cultural e histórica da cidade; e (iii) *zoneamento*: com normas e padrões de utilização e ocupação do solo urbano, controlando usos nocivos ou prejudiciais ao bem-estar da população.⁴⁷⁷

Diante desse cenário, não pode a Administração Portuária, na formulação do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto, ignorar as exigências presentes no Plano Diretor do Município onde o porto organizado esteja situado, pois o bem-estar da comunidade local deve ser respeitado. Foi com essa preocupação que o Decreto nº 6.620/2008 possui previsão expressa, no sentido de respeito ao Plano Diretor local:

Art. 34. **Para o arrendamento** de instalações portuárias marítimas não-operacionais, com fins de revitalização, a autoridade portuária deverá adotar os seguintes procedimentos:

I - promover estudos para definição de utilização das instalações a ser revitalizadas, **compatíveis com o plano diretor**, o plano de utilização e ocupação do solo e com outros planos e projetos municipais, acompanhados de estudos de viabilidade técnica e econômica e de impactos das novas atividades nas operações portuárias, nos acessos terrestres e marítimo, no trânsito e nos estacionamentos na área portuária e retro áreas; [...] (grifos nossos).

⁴⁷⁶ PINTO, Victor Carvalho. *Regime jurídico do Plano Diretor*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/politicasocial/RegimeJuridicoPlanoDiretor.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2009, p. 02.

⁴⁷⁷ CARVALHO, Sonia Nahas de. Estatuto da Cidade: aspectos políticos e técnicos do Plano Diretor. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 130-135, 2001, p. 133. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010288392001000400014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2009.

Defendemos a extensão deste artigo a todo o planejamento portuário, no qual se inclui o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto (PDZ), em razão do princípio federativo de cooperação que deve existir entre União e Município.

6 REGULAÇÃO DO SERVIÇO PORTUÁRIO

O conceito de regulação surgiu nas Ciências Físicas e passou para outras áreas, como a Administração, as Ciências Políticas e a Economia. Esse fenômeno ocorreu não somente no mundo como um todo, como também no Brasil.

Especificamente no Direito Brasileiro, a utilização do termo “*regulação*” surgiu com maior força a partir da “Reforma do Estado”, tanto em razão da privatização de empresas estatais ⁴⁷⁸ quanto pela ideia de competitividade entre concessionárias e permissionárias de serviços públicos. O surgimento da regulação, portanto, teve como objetivo assegurar a concorrência e a regularidade na prestação dos serviços.⁴⁷⁹

A regulação não é um instituto novo do Direito Administrativo, como analisa Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Regulação sempre houve, mesmo nas concessões e permissões de serviço público. Já há tempos aceita pelo ordenamento jurídico, doutrina e jurisprudência nacionais, nunca se negou haver sempre uma regulação, pelo poder concedente, durante todo o contrato.⁴⁸⁰

A depender do conceito de regulação adotado, amplo ou restrito, o termo abrangerá um número maior ou menor de atividades realizadas pelo Estado, como a Polícia Administrativa, a atividade de fomento e a atividade normativa. A primeira dificuldade que surge da tentativa de formular uma noção de regulação existe em razão de não haver total consenso sobre o critério adotado para diferenciar o sentido amplo do sentido estrito do termo.

Alguns autores entendem como conceito mais amplo de regulação aquele que abrange toda a forma de intervenção do Estado na economia, incluindo tanto a intervenção direta quanto a indireta. Já como sentido mais estrito, apontam a regulação somente como o condicionamento normativo da atividade econômica

⁴⁷⁸ Importante ressaltar o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques Neto, para quem o discurso de reforma de Estado está baralhado com a reforma de mecanismos da Administração ou na polêmica da privatização de serviços públicos. Para mencionado autor, é imperativa a *republicação do Estado*, que aponta para a superação entre Estado/sociedade e a superação da dicotomia público/privado, marcando a concepção de um Estado preferentemente decisório. (*Regulação estatal e interesse público*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 171-174).

⁴⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 1996, p. 19-20.

⁴⁸⁰ Frisamos que esse posicionamento somente pode ser aceito por aqueles que adotam a acepção ampla do termo regulação.

privada, podendo ainda ser adotado um sentido intermediário, que exclui do conceito a intervenção direta do Estado na economia, reduzindo o termo ao condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada.⁴⁸¹

Letícia Queiroz de Andrade diferencia a regulação em sentidos amplo e estrito de outra maneira, esclarecendo que, em sentido amplo, a regulação pode ser entendida como a imposição de condicionamentos aos indivíduos. Alerta, porém, ao fato de possuir grande diferença *formal, material e de intensidade*, conforme se trate de: (i) regulação exercida sobre as *atividades de livre iniciativa privada*, ou daquela (ii) *exercida sobre atividades cuja titularidade é monopolizada pelo Estado, mas que são prestadas pela iniciativa privada*, chamando somente as últimas de regulação em sentido estrito.⁴⁸²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adota o conceito amplo de regulação, abrangendo a regulação econômica (pública e privada) e social: “a regulação constitui-se como um conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público”.⁴⁸³

Conceito também amplo, contudo diverso do exposto pela autora supracitada, é o de Calixto Salomão Filho, para quem regulação “é toda a forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”.⁴⁸⁴

Neste trabalho, será adotada a acepção ampla do termo regulação, por ser aquela consagrada pela Constituição Federal, em seu art. 174, e por nos parecer a mais adequada ao contexto brasileiro atual. Temos, portanto, como regulação⁴⁸⁵, toda parcela de função administrativa, que se realiza por meio de atividades de controle (atos administrativos), atividades normativas ou de incentivos (fomento) tanto à iniciativa privada (*regulação econômica privada*) quanto aos serviços públicos quando estes sejam prestados pelo particular por meio de concessão ou permissão (*regulação econômica pública*).

⁴⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito regulatório*, p. 144.

⁴⁸² PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 56 e 63.

⁴⁸³ Op. cit., p. 22.

⁴⁸⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

⁴⁸⁵ Segundo o nosso entendimento, regulação não pode ser chamada de função regulatória, em razão de ser atividade que integra parcela de função administrativa, não sendo independente desta.

No entanto, a intensidade em que será exercida cada uma das atividades regulatórias em questão, dependerá da presença, em maior ou menor grau, do interesse público. Por isso, parece necessário realizar uma diferenciação, esclarecendo que a regulação em face dos serviços públicos transferidos, denominada *regulação econômica pública*, é muito mais intensa do que a regulação da atividade econômica dos mercados, denominada *regulação econômica privada*.

Regulação econômica privada pode ser traduzida como o controle, condicionamento e delimitação à iniciativa privada, de um modo geral, tendo como foco principal a defesa da concorrência. Verifica-se, nessa modalidade de regulação, a presença da Supremacia Geral,⁴⁸⁶ sendo verdadeiro exercício de polícia administrativa.

Por outro lado, a *regulação econômica pública* é todo controle, condicionamento e limitação imposta pelo Estado àqueles que exerçam, por meio de transferência (concessão ou permissão), a prestação de serviços públicos, como os atribuídos constitucionalmente ao Estado, pelo art. 21, incisos X e XII, em regime de especial sujeição.

É importante ressaltar que, nessas atividades, a titularidade do serviço ou bem, após a concessão ou permissão, continua a pertencer ao Estado, somente sendo transferido o seu exercício e a sua prestação material. Como consequência desse fator, surge para o Estado a legitimação de efetivar a regulação como um forte meio de controle e fiscalização do serviço transferido.

Desse modo, compreendemos que a *regulação econômica pública* será mais intensa do que a *privada*, em razão de o Estado estar fiscalizando, controlando, ou mesmo, normatizando bens ou serviços que lhe são próprios. Tanto a *titularidade do serviço*, que continua a pertencer ao Estado, quanto a *maior presença do interesse público* na realização do serviço transferido, servem como justificativas a uma regulação diferenciada e mais intensa do que a privada.

Um ponto diferenciador, e de grande importância, a ser apontado entre a *regulação econômica privada* e a *pública*, está na presença, ou não, da Supremacia Geral da Administração.

⁴⁸⁶ Com base na Supremacia Geral da Administração sobre os administrados, os poderes que a Administração tem para agir são apenas os extraídos diretamente da lei. Havendo relação específica, haverá um vínculo que exige certa disciplina interna, justificando certas imposições restritivas ou disposições benéficas sem a necessária previsão legal. Sobre esse ponto, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 720-725.

Na *regulação econômica privada*, está presente a Supremacia Geral, somente se justificando uma interferência do Estado, seja no mercado ou na liberdade e propriedade do particular, caso exista uma previsão legal que expressamente a autorize.

Ao contrário, na *regulação econômica pública*, trata-se de regime de especial sujeição, pois é o concessionário ou permissionário do serviço público que, voluntariamente, opta por contratar com o Estado, sujeitando-se ao regime imposto em razão da prestação do serviço público, justificando, dessa forma, uma maior intervenção estatal, normatizando, controlando e resolvendo conflitos que surjam dessa sujeição especial, e, inclusive, autorizando a aplicação de sanções quando descumpridas as obrigações decorrentes da transferência do serviço, principalmente por meio das cláusulas regulamentares.

Assim, o serviço portuário, conforme já exposto em ponto inicial deste trabalho, é serviço público quando realizado nas instalações portuárias de uso público, em razão de a prestação de serviços ser efetuada pela Administração Portuária em favor de outrem. Dessa forma, o serviço público portuário realizado nos terminais de uso público está sujeito à *regulação econômica pública*.

Os terminais privativos, por sua vez, principalmente os de uso exclusivo, também estão sujeitos à regulação, mas à *regulação econômica privada*, fazendo presente o regime jurídico de Direito Privado, com a livre iniciativa na atuação econômica desses portos. Nesse caso, a Administração, por meio da ANTAQ, expede medidas consistentes em verdadeira polícia administrativa.

A grande questão está em apontar qual seria a regulação inerente aos terminais de uso privativo misto. Em princípio, eles estariam sob uma *regulação econômica privada*. Exceção, contudo, há de ser feita àqueles terminais mistos mais voltados, percentualmente, à prestação de serviços a outrem do que, efetivamente, à movimentação de carga própria.

6.1 Delimitação de competência regulatória

No setor portuário, a regulação ocorre de forma complexa. Existem, no âmbito federal, duas autoridades responsáveis pelo planejamento do setor: a Secretaria

Especial dos Portos da Presidência da República (SEP/PR) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), cada qual com sua esfera própria de competências. No âmbito local, o planejamento caberá à Administração Portuária local conjuntamente ao respectivo Conselho de Autoridade Portuária (CAP).

Os limites de atuação de cada ente administrativo na competência regulatória, seja nacional ou local, são determinados pelo conjunto normativo do setor, que tem por principais fontes, além da Constituição Federal, a Lei nº 8.630/1993 (Lei de Modernização dos Portos), a Lei nº 10.233/2001 (instituidora da ANTAQ), a Lei nº 11.518/2007 (criadora da SEP) e o Decreto nº 6.620/2008.

Faremos, a seguir, uma breve análise de cada um desses entes, destacando suas atuações.

6.1.1 Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República (SEP/PR)

A Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República foi criada pela Medida Provisória nº 369, de 07 de maio de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.518, de 05 de setembro de 2007. Com a criação da SEP/PR, a principal mudança verificada relaciona-se à competência para o planejamento da política nacional do setor portuário, que passou do Ministério dos Transportes para este novo órgão administrativo federal.

A SEP é um órgão ligado diretamente à Presidência da República, o que reflete a importância dada ao tema na atualidade. Como principais competências de planejamento outorgadas à SEP, encontram-se a formulação de políticas nacionais e fomento ao setor portuário, e a execução de programas e formulação de projetos de infraestrutura portuária.

Essas atribuições são exercidas, principalmente, por meio da formulação do Plano Nacional Estratégico dos Portos (PNE/PORTOS), que estabelece metas e prioridades de investimento público no setor, para viabilizar a criação de portos concentradores e alimentadores.⁴⁸⁷ Compete, ainda, à SEP, a aprovação de planos de outorgas formulados pela ANTAQ.

⁴⁸⁷ Portos *concentradores* de cargas (*Hub Ports*) são aqueles que se situam, privilegiadamente, em pontos estratégicos para a situação que se quer desenhar, ou seja, nos extremos norte e sul do

Atualmente, os projetos e programas desenvolvidos pela Secretaria Especial dos Portos são realizados pelos seguintes meios: obras previstas no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); revitalização e modernização portuária (Projeto de Investimento em Infraestrutura Portuária Marítima segundo o Regime Especial de Incentivos à Infraestrutura – Reidi); projetos e estudos (Plano Nacional Estratégico dos Portos – PNE/PORTOS).

6.1.2 Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ)

Sendo a ANTAQ uma Agência Reguladora, apresentaremos, a seguir, a definição e o histórico das Agências Reguladoras, bem como esclareceremos a sua função normativa, a sua hierarquia e o controle a que estão submetidas.

6.1.2.1 Agências Reguladoras

As Agências Reguladoras surgiram, no Brasil, com a justificativa de modernizar e conferir maior eficiência à atuação estatal em determinados setores. Chama a atenção, porém, Alexandre Mazza, que a intervenção estatal nos setores que são hoje regulados pelas agências não representou inovação, pois já era desempenhada, anteriormente, por outras entidades, como o DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (hoje, ANEEL) –, o Ministério

país, para movimentação de grande volume de cargas para importação e exportação. Esses *Hub Ports* são escolhidos em relação à sua infraestrutura, para receber navios de última geração. Posteriormente, é efetuada a distribuição em navios *alimentadores* de menor porte na cabotagem (*Feeders Vessels*), ou seja, são feitos os chamados *Feeders Services*, que são operações de grandes quantitativos de cargas de importação em *Hub Ports* para posterior distribuição ao longo da costa brasileira, ocorrendo o mesmo processo no sentido inverso – exportação. (VIEIRA, Hélio Flávio. *Portos concentradores (Hub Ports) como estratégia logística para a cabotagem e o comércio exterior brasileiro*. Disponível em: <http://www.newslog.com.br/site/default.asp?TroncoID=907492&SecaoID=508074&SubsecaoID=627271&Template=../artigosnoticias/user_exibir.asp&ID=470604&Titulo=Portos%20concentradores%20%28Hub%20Ports%29%20como%20estrat%20E9gia%20log%20stica%20para%20a%20cabotagem%20e%20o%20com%20E9rcio%20exterior%20brasileiro>. Acesso em: 12 fev. 2009).

das Comunicações (ANATEL), a Secretaria de Vigilância Sanitária (ANVISA), dentre outras.⁴⁸⁸

Uma Agência Reguladora pode ser concebida, em sentido amplo, como todo o órgão da Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com atribuição legal para regular determinada matéria específica.⁴⁸⁹ E, em sentido mais estrito, Agências Reguladoras podem ser definidas como autarquias de regime especial, com autonomia frente à Administração Direta, criadas para atuar no controle, fiscalização e fomento de determinados setores.

Também denominadas Órgãos Reguladores, expressão esta utilizada pela Constituição Federal, em seu art. 21, inciso XI, e no art. 177, § 2º, inciso III, elas são Autoridades Reguladoras (criadas pelo Congresso Nacional), que administram de forma independente. Sua função não é criar normas com força de lei nem resolver conflitos com força de coisa julgada, exercendo, portanto, função administrativa.⁴⁹⁰

Dentro da atuação delegada às Agências Reguladoras, podemos verificar tanto a *regulação econômica pública*, para a regulação de serviços públicos como o de Transporte Marítimo (ANTAQ), de Telecomunicações (ANATEL) e de Energia Elétrica (ANEEL), quanto Agências que se aproximam mais da *regulação econômica privada*, dotadas de Supremacia Geral, exercendo verdadeira polícia administrativa, como é o caso da Vigilância Sanitária (ANVISA) e da Saúde Pública Suplementar (ANS).

Analisando, principalmente, a primeira hipótese, ou seja, as Agências Reguladoras de serviços públicos, verificamos que, por meio de lei, foi transferida para a Agência a regulação de determinado setor inerente ao poder concedente, antes exercida pela Administração Direta.

⁴⁸⁸ *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005 (Coleção Temas de Direito Administrativo, 13), p. 16.

⁴⁸⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 457.

⁴⁹⁰ MAZZA, Alexandre, op. cit., p. 33.

6.1.2.2 Função normativa das Agências Reguladoras e o Princípio da Separação do Poderes

A presente questão passa, especialmente, por um primeiro questionamento: a possibilidade constitucional de a Administração Pública exercer função normativa.

Embora a atividade normativa não seja novidade criada junto às Agências Reguladoras, pois sempre foi atribuída a inúmeros órgãos, com maior ou menor alcance, com ou sem fundamento constitucional,⁴⁹¹ deve essa atuação, que tem sido atribuída às Agências de Regulação, ser analisada à luz do princípio da separação dos poderes, consagrado na Constituição Federal, em seu art. 2º, e no art. 60, como cláusula pétrea.

A Separação dos Poderes é um dos princípios constitucionais fundamentais, como apontado por José Afonso da Silva,⁴⁹² ou seja, configura-se como matriz constitucional de todas as restantes normas presentes no corpo da Carta Magna.

Frente à sistemática constitucional, é possível, porém, verificar que as funções não foram atribuídas aos poderes de forma estanque, não tendo adotado a Constituição Brasileira a Teoria Pura da Separação de Poderes de Montesquieu, sendo necessário conjugá-la à Teoria da Coordenação de Funções, como propõe o italiano Renato Alessi.⁴⁹³ Desse modo, é possível aceitar que a Constituição tenha atribuído ao Executivo à função normativa de forma atípica (ou, como chama Alessi, de modo anormal e não característico), por meio de atribuição para que este emita normas, sem inovar, contudo, a ordem jurídica originariamente. Assim, os regulamentos seriam uma das expressões da função normativa atribuída ao Poder Executivo de forma atípica pela Constituição Federal.

A função normativa pode ser exercida tanto pelo Chefe do Poder Executivo, como é o caso típico de decretos regulamentares, como por outros órgãos da Administração Direta ou Indireta, e se mostra mais ampla nos casos em que versa sobre relações de sujeição especial, como é o caso das Agências Reguladoras de serviços públicos, que exercem *regulação econômica pública*.

⁴⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 458.

⁴⁹² *Comentário contextual à Constituição*, p. 29.

⁴⁹³ *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosh, 1970, t. I, p. 5-14.

Função normativa não se confunde, entretanto, com função legislativa, que é a função outorgada, constitucionalmente, ao Poder Legislativo, para a edição de normas que inovem a ordem jurídica de forma originária, geral e abstrata. Diversamente, a função normativa exercida pelo Executivo tem o objetivo de melhor concretizar o interesse público, por meio de emissão de normas (frisamos, constitucionais e legais), em acordo com a legalidade, ou, melhor dizendo, com o Direito.

Segundo Marcos Juruena Villela Souto:

A regulação é atividade administrativa que deve se desenvolver, com autonomia e independência, **dentro dos limites da lei**, podendo ser praticados atos administrativos normativos que orientem seu cumprimento, e seu desempenho é controlado, tomando por base a observância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública (grifo nosso).⁴⁹⁴

É, pois, possível e constitucional a função normativa exercida pela Agência Reguladora, visto que não se configura como afronta à concepção tradicional existente no Direito Constitucional de vedação à delegação de funções de um poder a outro.⁴⁹⁵ A normatização, sem inovação abstrata e geral, é inerente à função administrativa, para que seja possível a concretização do interesse público, sendo uma das hipóteses constitucionais. E, sendo a Agência Reguladora constituída sob a forma de autarquia especial, não haveria impedimento constitucional.

6.1.2.3 Hierarquia e controle

As leis criadoras das Agências Reguladoras analisadas em seu conjunto possuem a previsão de independência administrativa e financeira perante a Administração Direta a qual pertençam.

Essa independência das Agências Reguladoras deve ser inserida na sistemática constitucional, sendo interpretada, principalmente, frente ao Princípio da

⁴⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 141.

⁴⁹⁵ Em sentido contrário, Luis Roberto Barroso, entendendo como afronta ao princípio da legalidade. (*Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>>. Acesso em: 12 fev. 2009).

Separação dos Poderes, conjugado à Teoria da Coordenação de Funções, como já expusemos.

Não obstante pareça uma grande contradição, sua maior independência se dá perante o Poder Executivo, pois a Agência, embora nada mais seja do que uma autarquia, ou seja, pertence à Administração Indireta, não sendo um “Poder” independente, está coberta por um regime especial, que afasta a revisibilidade ou alterabilidade de seus atos. É importante deixar claro que a hierarquia não está totalmente afastada, mas somente quanto à revisão e alteração de seus atos e decisões, estando as Agências subordinadas ao controle administrativo dos respectivos Ministérios, e à direção superior da Administração Federal, prevista no art. 84, inciso II, da Constituição Federal.⁴⁹⁶

A independência das Agências se baseia também na autonomia decisória, em relação a outros órgãos ou entidades da Administração Pública. A principal questão que se coloca é a existência, ou não, de vinculação da Agência Reguladora à orientação e coordenação do Ministro de Estado da área respectiva.

A Constituição Federal, no seu art. 84, II, estabelece que compete ao Presidente da República “exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal” e, no seu artigo 87, parágrafo único, I, preceitua que compete ao Ministro de Estado “exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência [...]”. Da leitura desses dispositivos se infere alguma espécie de ligação entre Executivo e agências, em razão de imposição constitucional, havendo uma supervisão administrativa daquele em relação a estas.

Para Carlos Ari Sundfeld, as agências não podem funcionar “como se fossem ‘Estados independentes’, isto é, verdadeiros Estados ao lado do Estado. Isso, no entanto, não quer dizer que, quanto às matérias de competência das agências, a Administração Direta deva necessariamente intervir”.⁴⁹⁷

O Poder Executivo não possui a faculdade de alterar decisões concretas tomadas pela Agência Reguladora, nem normas editadas por esta. Seus atos não

⁴⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 461.

⁴⁹⁷ Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 26-27. Referindo-se à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL como exemplo, afirma o autor que sua autonomia está “garantida por força da demarcação precisa, analítica, dos limites das competências suas e do Poder Executivo”, e por ter “a maior e mais importante parte das competências para o dia-a-dia da regulação das telecomunicações, cabendo ao Poder Executivo, especificamente ao Presidente da República, apenas a fixação da macropolítica do setor”. (Op. cit., p. 27).

podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, salvo se presente expressa previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio.⁴⁹⁸ Quando os atos concretos e as normas adotadas pela Agência, entretanto, estiverem em desacordo com a orientação e as diretrizes adotadas pelo respectivo Ministério, este deverá determinar sua adequação em determinado prazo.

Em artigo específico sobre a relação entre os Ministérios e as Agências Reguladoras, Thiago Marrara conclui que a atividade normativa dos Ministérios pode vincular e dirigir a atividade das Agências, não significando afronta à eficiência ou à autonomia legal destas últimas, não podendo os atos das Agências Reguladoras prescindirem de coerência com as diretrizes da Administração Superior.⁴⁹⁹

Portanto, dependendo do arranjo legal, há Agências com alto grau de autonomia e outras com pouca ou nenhuma autonomia, ou seja, há poder de interferência maior ou menor do Executivo.

Em respeito ao cabimento de recurso hierárquico impróprio, de ofício, contra decisões das Agências Reguladoras, cumpre analisar o parecer nº AC-051, originário do parecer AGU/MS 04/06, de 23 de maio de 2006, aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Advogado Geral da União e pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República, conforme publicação constante da página 01 da Seção I do DOU, de 19 de junho de 2006. Esse parecer normativo, por força de sua aprovação presidencial, passou a apresentar, na forma do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993, efeitos normativos, possuindo a natureza de um ato administrativo normativo infralegal, dados os seus efeitos genéricos e abstratos, ou seja, tornando-se de observância obrigatória a todos os órgãos e entidades da Administração Federal. O parecer foi justamente proferido no âmbito de uma disputa entre a ANTAQ e o Ministério de Transportes a respeito da cobrança de uma taxa extra para separação de contêineres.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ A ANATEL e a ANVISA são expressamente qualificadas como a última instância administrativa para julgamento de recursos administrativos (art. 19, inciso XXV, da Lei nº 9.472/1997 e art. 15, inciso VI e § 2º, da Lei nº 9.782/1999, com a redação dada pela MP nº 2.190-34, de 23 de agosto de 2001 e pela Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, respectivamente).

⁴⁹⁹ A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*, p. 529-530.

⁵⁰⁰ A Advocacia Geral da União (AGU) confirmou, em parecer publicado no Diário Oficial da União do dia 19 de junho de 2006, que a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), assim como as outras Agências Reguladoras, tem autonomia para tomar decisões dentro de suas competências específicas. A AGU se manifestou devido às divergências entre a ANTAQ e o Ministério dos Transportes sobre a cobrança de taxa extra para a separação de contêineres, conhecida como THC2, feita pela TECON Salvador S/A no porto da capital baiana. Com base em

Tais recursos, segundo esse parecer, são cabíveis se a Agência ultrapassar suas competências ou decidir matérias que se refiram a políticas do setor, sendo estas reservadas ao respectivo Ministério. Relativiza-se, dessa forma, a afirmação de que as decisões das Agências seriam terminativas na esfera administrativa, e surge certo grau de incerteza sobre quais matérias estão sujeitas ao recurso hierárquico impróprio e ampla válvula para interferência nessas entidades.

Alega Alexandre Santos de Aragão que o posicionamento adotado pela AGU necessitaria de urgente revisão, pois a admissão de recursos hierárquicos impróprios deitaria por terra todo o arcabouço institucional de independência traçado pelo ordenamento jurídico para as Agências Reguladoras, tornando inócua, por exemplo, a vedação de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes.⁵⁰¹

Cabe, portanto, à Agência Reguladora dirimir conflito em última instância administrativa, quando não houver dispositivo legal em sentido contrário e desde que esta não interfira na política nacional do setor. Ademais, não se afasta a competência do Judiciário para realizar o controle dessas decisões, não tendo a decisão do Órgão de Regulação força de coisa julgada.⁵⁰²

pareceres das áreas técnica e jurídica, a ANTAQ considerou a cobrança da taxa ilegal. No acórdão, de 27 de junho de 2003, os diretores ressaltaram: “Embora existam custos adicionais na movimentação de cargas destinadas a outros recintos alfandegados, o serviço prestado está totalmente abrangido pelo conceito do serviço de movimentação de contêineres consagrado no contrato de arrendamento, não estando configurada a existência de serviços adicionais. A TECON Salvador S/A pediu reconsideração, mas a diretoria da ANTAQ negou e decidiu encaminhar o processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por considerar também indícios de infração à ordem econômica. O CADE deliberou favoravelmente à decisão da ANTAQ, ou seja, contrário à cobrança da taxa. Em mais uma tentativa de manter a taxa, a TECON Salvador S/A recorreu ao Ministério dos Transportes, que revogou a decisão da ANTAQ e manteve a cobrança da THC2. A Diretoria da ANTAQ considerou que não caberia o recurso ao Ministério, porque as decisões administrativas das agências são terminativas. A solução ao impasse coube à AGU, que se manifestou pela autonomia das Agências nos casos de matérias de competência privativa. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva aprovou o parecer da AGU em 13 de junho de 2006, publicado no DOU de 19 de junho de 2006. A aprovação do Presidente da República confere ao parecer o *status* de ato normativo, que vale para todas as questões que vierem a envolver divergências entre as Agências Reguladoras e os ministérios supervisores. (Fonte: FENOP – Federação Nacional dos Operadores Portuários. *AGU confirma decisão da ANTAQ sobre cobrança de taxa no Porto de Salvador*. Disponível em: <http://www.fenop.com.br/novidades/agu_antaq.htm>. Acesso em: 15 set. 2008).

⁵⁰¹ Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n. AC-051. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 245, p. 237-262, 2007, p. 238, 244 e 261. A seu turno, Gustavo Binenbojm entende não ser incompatível com o regime de autonomia “que a lei contivesse previsão de recursos hierárquicos impróprios das decisões das agências à Chefia do Executivo, em situações excepcionais e de grande relevância social. Esta seria uma forma legalizada de comunicação entre regulação e política pública governamental” (*Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 286).

⁵⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 460.

Na Constituição, o princípio da separação dos poderes foi consagrado junto a mecanismos de controle recíproco do poder. Como parte desses mecanismos identifica-se a previsão de uma jurisdição una, competindo ao Judiciário a proteção da sociedade contra poderes estatais, incluindo a regulação; porém, não cabe ao controle judicial da regulação adentrar nas escolhas realizadas pelo Órgão Regulador, sob pena de invadir competência própria e característica das Agências Reguladoras.⁵⁰³

Não há, ainda, total independência da Agência frente ao Poder Legislativo, não podendo seus atos normativos conflitarem com normas constitucionais ou legais, em razão da necessária obediência ao princípio da legalidade. Do mesmo modo, as Agências Reguladoras estão sujeitas, também, ao controle pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, inciso X, da Constituição Federal, e ao controle do Tribunal de Contas, previsto nos artigos 70 e seguintes da Carta Magna.⁵⁰⁴

Deflui, portanto, do exposto, que não existe total independência das Agências Reguladoras, havendo controle, principalmente quanto à política nacional adotada para o setor em relação à Administração Direta, exercendo o Ministério do respectivo setor, no caso da ANTAQ, a Secretaria Especial dos Portos, o controle administrativo de adequação de seus atos às diretrizes nacionais adotadas. Sua independência frente aos Poderes Legislativo e Judiciário também é parcial, em razão da própria sistemática constitucional que prevê um sistema de freios e contrapesos, aliado ao fato de a Agência Reguladora ser integrante da Administração, não podendo um órgão ser dotado de maiores prerrogativas do que o Poder Executivo o qual integra.

Em meio a essa crise de independência das Agências Reguladoras, no dia 19 de março de 2007, foi publicado o Decreto nº 6.062, que institui o *Programa de Fortalecimento Institucional para Gestão em Regulação*, apelidado de PRO-REG. Tal programa está destinado ao fortalecimento institucional para gestão em regulação, e visa o aprimoramento do sistema regulatório, o fortalecimento e uma maior coordenação das instituições legalmente incumbidas dessa função, bem como a melhoria dos mecanismos de prestação de contas e controle.⁵⁰⁵

⁵⁰³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n. AC-051. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 245, *passim*.

⁵⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 460-461.

⁵⁰⁵ Art. 1º do Decreto nº 6.062/2007.

A previsão, como um de seus principais objetivos, de melhoria da coordenação e do alinhamento estratégico entre políticas setoriais e processo regulatório visa normatizar o Parecer nº AC-051 (originário do parecer AGU/MS 04/06, de 23 de maio de 2006) analisado acima.

Um cuidado deve ser tomado, pois, caso a iniciativa governamental tenha a intenção de esvaziar as competências legalmente instituídas às Agências Reguladoras independentes, retirando-lhes o baixo grau de autonomia, conforme informamos, que possuem frente ao Poder Executivo, elas estariam fadadas a um inevitável desvirtuamento de propósitos, passando, aos poucos, a integrar o Ministério ao qual estejam vinculadas. Caso o PRO-REG siga nessa direção, traduzirá um passo atrás no caminho que tende à descentralização e à especialização da atividade regulatória do Estado.

6.1.3 Conselho de Autoridade Portuária (CAP)

Como já explanamos na seção 4.2.2.2.2 deste trabalho, o CAP (Conselho de Autoridade Portuária) é órgão de deliberação colegiada, constituído em cada porto organizado, com a representação de quatro setores: o Poder Público, os operadores portuários, os trabalhadores portuários avulsos e os usuários.

As funções regulatórias, no âmbito local, são de competência de várias instituições. Dentre elas, o Conselho de Autoridade Portuária (CAP) e a Autoridade Portuária, que exercem, simultaneamente, as funções de Autoridade Portuária propriamente dita (função de Estado) e de Administração Portuária (função gerencial). Além dessas, as autoridades marítimas, aduaneiras, sanitárias, policiais, ambientais e de trabalho exercem funções regulatórias no âmbito dos portos organizados e, em alguns casos, também fora.⁵⁰⁶

As atribuições do CAP estão previstas no art. 30 da Lei nº 8.630/1993: (i) **baixar regulamento de exploração**; (ii) homologar o **horário de funcionamento** do porto organizado; (iii) **opinar sobre proposta de orçamento** do porto; (iv) promover a otimização e racionalização do uso das instalações portuárias; (v) fomentar a ação

⁵⁰⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 193.

industrial e comercial do porto; (vi) **zelar pelo cumprimento de normas de concorrência**; (vii) desenvolver mecanismo para atração de cargas; (viii) **homologar valores de tarifa portuária**; (ix) manifestar-se sobre obras, aquisições e melhoramentos da infraestrutura portuária; (x) **aprovar o PDZ** (Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do porto); (xi) promover estudos para compatibilizar o PDZ com programas federais, estaduais e municipais de transportes; (xii) assegurar o cumprimento das normas ambientais; (xiii) **estimular a competitividade**; (xiv) indicar membro da classe empresária e outro da classe trabalhadora para compor o Conselho de Administração, ou órgão equivalente da concessionária do porto, se entidade sob controle estatal; (xv) baixar regulamento interno; (xvi) pronunciar-se sobre assuntos de interesse do porto.

Podemos notar a competência desse ente para a regulação local das atividades exercidas no porto organizado, sendo responsável conjuntamente à Administração Portuária pela regulação e planejamento local do setor portuário, sendo o órgão responsável, como veremos a seguir, pela regulação da concorrência entre os operadores portuários de um mesmo porto organizado.

6.2 Regulação da concorrência

A defesa da concorrência é um assunto não somente voltado à proteção do mercado e da livre iniciativa privada na *regulação econômica privada*, mas, também, é uma questão que vem crescendo em importância, a cada dia, nos serviços públicos⁵⁰⁷ transferidos à iniciativa privada, sendo a concorrência introduzida, nos setores em que seja possível, também dentro da *regulação econômica pública*.

Não raro, chegam ao CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência) várias denúncias de violação da concorrência ou atos de concentração em razão da prestação de serviços públicos de Energia Elétrica,

⁵⁰⁷ Em sentido contrário, Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, para quem os serviços públicos não devem ser nem efetivamente são prestados em “clima de livre concorrência ou de competição”, que seria próprio da atividade econômica em sentido estrito. (*O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151).

Telecomunicações, Petróleo e Gás Natural,⁵⁰⁸ sendo de extrema relevância a presente questão referente à atribuição de competências administrativas: seja ela ao CADE, às Agências Reguladoras, ou ainda, a outras autoridades, as quais a lei atribua competência de regular a concorrência, como é o caso do Conselho de Autoridade Portuária, no setor portuário.

Os limites de atuação de cada ente administrativo na regulação da concorrência devem ser determinados, partindo-se, em primeiro lugar, da definição de cada órgão e das atribuições impostas por sua norma instituidora, seja ela constitucional ou proveniente de legislação ordinária.

A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, conhecida como “Lei Antitruste”, criou o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) como integrante do que se convencionou chamar de “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, voltado à proteção da livre concorrência e da livre iniciativa. Trata-se de lei de *caráter geral*, agindo o CADE tanto na prevenção quanto na repressão do comportamento de agentes que atuam no domínio econômico, protegendo a concorrência e, conseqüentemente, o mercado concorrencial, sempre dentro dos limites e atribuições legais.⁵⁰⁹

O campo de atuação do CADE é definido, pelo art. 3º da Lei nº 8.884/1994, sendo tal Conselho considerado uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com foro no Distrito Federal e atribuições previstas no corpo legal. Da leitura do art. 1º da Lei Antitruste, já é possível a conclusão de tratar-se de norma geral.

Quanto às Agências Reguladoras federais, vimos que elas são autarquias de regime especial, que atuam na regulação de determinado setor, seja ele dentro da esfera de serviços públicos (ANEEL, ANTAQ, ANATEL, dentre outras) ou não, algumas delas regulando determinada atividade mais assemelhada à Supremacia Geral, exercendo, por vezes, verdadeira polícia administrativa (por exemplo, a ANVISA).

⁵⁰⁸ Ato de Concentração nº 5 3 500.001990/2000. Requerentes: Bellsouth Corporation e Tele Centro-oeste Celular. Conselheiro Relator: Mércio Felsky. Data do Julgamento: 13 de dezembro de 2000; Ato de Concentração nº 08012.003776/2000-62. Conselheiro Relator: Roberto Pfeiffer. Data do Julgamento: 17 de abril de 2002. Ato de Concentração nº 08012.003207/2000-28. Requerentes: ADL Energy e Companhia Energética de Pernambuco – CELPE. Conselheiro Relator: Afonso Arinos. Data do Julgamento: 20 de setembro de 2000. Ato de Concentração nº 08012.010642/1999. Data do Julgamento: 16 de agosto de 2000. (ROCHA, Bolívar Moura; Oliveira, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infraestrutura. In: _____. (Org.). *A regulação da infraestrutura no Brasil: balanço e proposta*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003).

⁵⁰⁹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 172-173.

Algumas das leis instituidoras das Agências Reguladoras possuem previsão expressa no sentido de determinar a competência do CADE na defesa da concorrência, afastando, entretanto, a aplicação da Lei Antitruste quando conflitante com a lei instituidora da Agência, como é o caso da previsão existente no setor de Telecomunicações, encontrada na Lei nº 9.472/1997, nos §§ 1º e 2º do art. 7º. Porém, em outros casos do conjunto legal no qual se insere a Agência, pode ser extraída conclusão contrária, afastando-se a competência do CADE, para somente aceitar competição que não impere em sua plenitude, casos estes em que o setor regulado é parcialmente protegido de pressão concorrencial.⁵¹⁰

O entendimento do CADE tem sido no sentido de excluir a competência de Agências Reguladoras para a regulação da concorrência entre serviços públicos, principalmente nos setores em que foi provocado, como os de energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás natural. Todavia, segundo Bolívar Moura Rocha e Hermes Nereu Cardoso Oliveira,⁵¹¹ tem havido um tímido reconhecimento do Tribunal Antitruste em abster-se diante do exercício de aspectos concorrenciais próprios dos setores pertinentes às Agências Reguladoras.

Cumprе ressaltar, porém, que a Lei Antitruste não pode ser interpretada isoladamente, mas deve ser aplicada em conjunto com todo o Direito, inclusive com as leis referentes às Agências Reguladoras, que tratam, especificamente, da regulação dos serviços públicos concedidos ou transferidos por meio de permissões, não sendo facultado aos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência excluir a competência das Agências Reguladoras, quando caiba, por força de lei, zelar pela concorrência em setor determinado.⁵¹²

Outro aspecto que devemos frisar é o de não existir subordinação hierárquica entre o CADE e as Agências Reguladoras, sendo o ordenamento jurídico quem atribui competência para regulação genericamente (CADE) ou em determinado setor (Agências Reguladoras), e cabendo, à Autoridade Administrativa incumbida pela lei, a defesa da concorrência.

Se é verdade que os serviços públicos podem ser considerados integrantes do gênero atividade econômica em sentido amplo, pendendo-se por esse foco a uma aceitação da competência do CADE na regulação da concorrência entre eles,

⁵¹⁰ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*, p. 176.

⁵¹¹ Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infraestrutura, p. 231-254.

⁵¹² GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula, op. cit., p. 175-176.

também não se pode esquecer que às Agências Reguladoras de serviços públicos são atribuídas competências específicas para a regulação de determinado e específico setor, por meio de lei ordinária federal, que detém a mesma hierarquia constitucional da Lei Antitruste, sendo, portanto, as leis das Agências Reguladoras especiais em relação à genérica Lei nº 8.884/1994.

O art. 31 da Lei nº 10.233/2001 deve ser analisado de forma integrada ao artigo 20, inciso II, letra “b”, da Lei nº 10.233/2001. Os fatos que configurem infração à ordem econômica e não tenham relação direta com a exploração dos portos marítimos deverão ser julgados pelo CADE. Por exemplo, quando a ANTAQ tome conhecimento de uma infração à ordem econômica dentre dois terminais privativos mineradores na comercialização de seu produto, deverá comunicar o CADE; caso contrário, se a infração à concorrência estiver ligada à movimentação de mercadorias de terceiros (terminais de uso privativo misto), a ANTAQ possuirá atribuição legal para tanto.

Concluimos, portanto, pela competência da Agência Reguladora de serviços públicos, seja quando exista *previsão expressa em sua lei instituidora*, como é o caso na previsão da ANTAQ e da ANTT pelo art. 20, inciso II, letra “b”, da Lei nº 10.233/2001, seja no caso de *incompatibilidade lógica entre a lei instituidora da Agência Reguladora e a Lei Antitruste*, para regular a concorrência em seu respectivo setor.

Consideramos o fato de ser a lei da Agência Reguladora especial em relação à Lei Antitruste, por vezes sendo necessário aplicar o critério da especialidade, afastando-se a aparente antinomia.

Mas existem, ainda, outros casos, tal qual verificado nas Agências Reguladoras, onde a lei atribui competência a órgãos diversos ao CADE, como ocorre no Sistema Portuário Brasileiro.

Cabe, neste ponto, a análise diferenciada entre a possibilidade de concorrência intraporto, ou seja, entre os operadores portuários de um mesmo porto organizado, a possibilidade de concorrência entre portos de locais diversos, sejam eles de uso privativo ou público, e a possibilidade, ou não, de concorrência entre terminais de uso privativo e de uso público.

6.2.1 Concorrência intraporto

Segundo analisa Dinorá Adelaide Musetti Grotti, “no contexto da Lei 8.630/1993, verificam-se dois níveis de regulação: um federal e um local”.⁵¹³ É função regulatória da União, no âmbito federal, autorizar reajuste de tarifas de serviços públicos portuários e implantar um mercado concorrencial, e, no âmbito local, as funções regulatórias são de competência do CAP e da Autoridade Portuária.

Conforme já apontamos, consta, em previsão expressa do art. 30, incisos VI e XIII, da Lei nº 8.630/1993, que a competência para regular a concorrência, entre os operadores portuários e arrendatários de terminais públicos de determinado porto organizado, é do Conselho de Autoridade Portuária local.

Essa previsão legal, desse específico caso, exclui não somente a competência do CADE, ou genericamente do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência, mas se sobrepõe, no caso da regulação intraporto, até mesmo à competência da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ).

6.2.2 Concorrência entre terminais de uso privativo e terminais de uso público

No caso de concorrência entre portos (federal) de locais diversos, é necessário relembrarmos a distinção entre os terminais de uso público e os terminais de uso privativo, exclusivo ou misto, para verificar, em primeiro lugar, a possibilidade, ou não, de concorrência entre eles e, em posterior análise, concluir por qual órgão seria o competente para tal regulação.

Os terminais de uso público, onde existe a realização de serviço público portuário destinado à utilização geral por aqueles que assim o pretendam, estão localizados dentro da área do porto organizado. A transferência desse serviço público ao exercício da iniciativa privada dependerá de concessão precedida de licitação (art. 4º, inciso I, conjuntamente ao § 2º, inciso I, e § 3º do mesmo artigo,

⁵¹³ O serviço público e a Constituição brasileira de 1988, p. 193.

além do art. 14 da Lei nº 10.233/2001),⁵¹⁴ que deve ser requerida, pelo próprio interessado em sua realização, à Administração do Porto (art. 5º da Lei nº 8.630/1993).⁵¹⁵

Os terminais de uso privativo são destinados à movimentação de carga própria (exclusiva, integral ou predominantemente), realizada por seu titular em seu próprio interesse, e estão previstos no art. 4º, § 2º, inciso II, da Lei nº 8.630/1993. Podem ser outorgados por meio de autorização e independente de licitação, quando fora da área do porto organizado (art. 4º, inciso II, da Lei nº 8.630/1993; art. 14, letra “c”, e art. 43, inciso I, da Lei nº 10.233/2001), ou dentro da área do porto quando o interessado for detentor do domínio útil do terreno (art. 4º, inciso II, da Lei nº 8.630/1993).

Os terminais de uso privativo, sejam eles de uso exclusivo (para a movimentação somente de carga própria), ou misto (onde é permitida a movimentação de carga própria e de terceiros, de forma complementar), embora necessitem de autorização prévia do Poder Federal, por meio da ANTAQ, não podem ser considerados serviços públicos outorgados, mas atividade econômica em sentido estrito, sujeita ao exercício de polícia administrativa.⁵¹⁶

Distinguem-se, desse modo, segundo bem colocado por Celso Antônio Bandeira de Mello:⁵¹⁷

Os serviços públicos, ou seja, atividades destinadas a satisfazer **interesses de outrem**, das atividades que alguém desenvolva em seu próprio proveito. Estas últimas jamais seriam serviços públicos, pois não estariam voltadas a preencher conveniências ou necessidades de terceiros, isto é, de sujeitos alheios ao prestador (grifo nosso).

⁵¹⁴ Lei nº 8.630/1993: “Art. 4º. Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar ou ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalações portuárias, dependendo: I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União, no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro da área do porto organizado; [...] § 2º. A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades: I - uso público [...] § 3º. A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado, todos da Lei 8.630/1993”. Lei nº 10.233/2001: “Art. 14. O disposto no art. 13 aplica-se segundo as diretrizes: I - depende de concessão: a) a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infraestrutura do Sistema Nacional de Viação; [...]”.

⁵¹⁵ Lei nº 8.630/1993: “Art. 5º. O interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do Porto a abertura da respectiva licitação”.

⁵¹⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*, p. 194-195.

⁵¹⁷ Terminais portuários de uso privativo: impedimento constitucional à prestação de serviços a terceiros. *Revista Interesse Público*, n. 48, p. 149.

E prossegue, dizendo que “é inevitável concluir que os chamados terminais ou portos de uso privativo cumprem função perfeitamente distinta da prestação de serviços públicos portuários”.⁵¹⁸

Apenas os terminais de uso público realizam serviço público previsto no art. 21, inciso XII, letra “f”, da Constituição Federal, estando sob o regime jurídico de Direito Público; já os terminais de uso privativo movimentam suas cargas em proveito próprio, ou, excepcionalmente, no interesse de terceiro (misto), não estando presente o interesse público na realização do serviço portuário neles desenvolvidos, pautando-se pelo regime jurídico próprio do Direito Privado e pelos princípios inerentes à livre iniciativa.

Assim, a competição entre terminais de uso privativo e terminais de uso público se mostra totalmente inviável, pois estão sob regimes totalmente diversos, havendo casos em que a autorização deve ser negada pelo Poder Público para que o porto de uso privativo misto não concorra com o porto de uso público, que possui ônus maiores. Entendimento diverso pode levar a portos públicos deficitários e total inviabilidade financeira na prestação de serviços portuários

Ao analisar especificamente a competição entre terminais de uso privativo misto e terminais de uso público, Marçal Justen Filho, na petição inicial da já citada ADPF nº 139, assinada conjuntamente com Luiz Antônio Betiol, esclarece: “o sistema normativo não admite a noção de competição entre os terminais de uso público e terminais de uso privativo misto”,⁵¹⁹ em razão de vários aspectos a serem considerados, estando o terminal de uso público sob regime jurídico de Direito Público, e somente ele obrigado à obediência de determinados princípios que lhe acarretam maior ônus. Em primeiro lugar, em função da regra de *licitação* como requisito para a instalação de terminal de uso público; o segundo aspecto se refere à *universalidade do serviço público*, devendo este ainda ser ininterrupto; o terceiro ângulo consiste na *temporariedade* do contrato de arrendamento; e o quarto aspecto é a reversão ao domínio público das benfeitorias porventura realizadas pelo concedente de terminal de uso público.

Posicionamento diverso possui Vitor Rhein Schirato, que, desenvolvendo um raciocínio menos simplista, atenta para o fato de somente ser possível concorrência

⁵¹⁸ Terminais portuários de uso privativo: impedimento constitucional à prestação de serviços a terceiros. *Revista Interesse Público*, n. 48, p. 153.

⁵¹⁹ *Petição inicial da ADPF nº 139/DF*.

entre serviços fungíveis entre si, ou seja, quando for indiferente para o usuário a escolha entre um e outro porto. No Brasil, em razão das dimensões territoriais,⁵²⁰ essa possibilidade se mostra bastante restrita, não sendo indiferente ao usuário utilizar um terminal do litoral paulista ou do nordeste do país. Esse aspecto deve ainda ser somado a restrições de modais logísticos, como ausência ou precariedade de vias de acesso ferroviário e rodoviário. Por fim, o autor esclarece ser desejável e lícita a concorrência entre terminais de uso privativo e uso público.⁵²¹

Também entendemos somente ser possível falar em concorrência quando estamos a tratar de portos em posições geográficas próximas e modais logísticos equivalentes. Porém, com a devida vênia, discordamos da conclusão do autor supra, já que, por vezes, a concorrência com terminais privativos pode aniquilar o serviço público portuário. A possibilidade, ou não, de concorrência entre portos públicos e terminais mistos não pode, a nosso ver, ser decidida *a priori*, genericamente.

Mostra-se necessário um estudo aprofundado pela ANTAQ, no processo de outorga de autorização para exploração de terminais mistos, a fim de verificar a presença (ou não) de disputa por mercado relevante. Posteriormente, constatada mencionada disputa, o estudo deverá voltar-se para os ônus experimentados por cada porto (público ou privativo misto), para concluir, ou não, pela possibilidade de concorrência.

Ressalvamos, desse modo, que a admissão da competição entre terminais de uso público e terminais de uso privativo (mistos ou exclusivos) somente pode ser admitida se, constatada a fungibilidade do serviço portuário, os portos se mostrarem, no caso concreto, em condição de igualdade, ou seja, que o ônus inerente ao regime jurídico de Direito Público nos terminais públicos, sejam compensados, no mesmo grau, pelo risco assumido pelo interessado na instalação de terminais privativo misto, na exploração em regime de Direito Privado.

⁵²⁰ Com 8,5 mil km de costa navegável.

⁵²¹ A experiência e a perspectiva da regulação no setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 189.

6.2.3 Concorrência entre portos nacionais de locais diversos

Em razão de expressa previsão legal, cabe à ANTAQ zelar pela competição efetiva da prestação de serviços entre portos, tanto entre terminais de uso privativo quanto entre terminais de uso público (de locais diversos), tanto no exercício de seu poder normativo como por meio de atos voltados à resolução de conflitos.

A concorrência dentre portos de uso privativo misto é possível e deve ser estimulada, pois, dentro do mesmo regime, deve ser a defesa desta regulada pela ANTAQ, por ser a autoridade administrativa a qual foi outorgada não somente a competência para autorizar a utilização do terminal de uso privativo, mas para regular, fiscalizar e supervisionar todo o setor portuário, havendo previsão expressa no art. 20, inciso II, letra “b”, da Lei nº 10.233/2001,⁵²² para impedir competição imperfeita e coibir infrações à ordem econômica.

Com relação à possibilidade de competição entre terminais de uso público, duas posições podem ser levantadas. Uma não admitindo a possibilidade de concorrência dentro de serviços públicos, onde não seria possível falar em defesa da concorrência, pois ela sequer existiria. Outra pela possibilidade de competição em determinados setores do serviço público, em especial, no setor portuário.⁵²³

Esta última é a posição externada por Suriman Nogueira de Souza Junior, que entende caber à ANTAQ a regulação no setor de infraestrutura portuária, devendo estimular a competitividade entre portos por meio de “*restrições de volume de serviços, à mobilidade, e aos incentivos*”, influenciando, este Órgão Regulador, na determinação de tarifas especiais a certas regiões ou impondo quotas de prestação de serviços.⁵²⁴

⁵²² Lei nº 10.233/2001: “Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário: [...] II - regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a: [...] b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica”.

⁵²³ Esse é o posicionamento externado por Vitor Rhein Schirato, para quem existe absoluta compatibilidade entre concorrência e serviço público. (A experiência e a perspectiva da regulação no setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, n. 23, p. 188).

⁵²⁴ *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*, p. 179.

Para nós, existe a possibilidade de competição, tanto entre terminais portuários públicos situados dentro do mesmo porto (e esta foi a intenção maior da LMP), quanto entre diversos portos organizados, situados em diferentes áreas do território nacional.

Concluimos que a competência para a regulação da concorrência entre portos, em nível federal, seja entre terminais de uso público entre si ou entre terminais de uso privativo, exclusivo ou misto, pertence, por previsão expressa do art. 20, inciso II, letra “b”, da Lei nº 10.233/2001, à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

CONCLUSÕES

1. Os portos marítimos sempre tiveram importância ímpar para a economia nacional. Em duzentos anos, desde a sua abertura às nações amigas, foram muitas as mudanças observadas. Os portos foram explorados pela própria Administração Direta, por concessionários ou arrendatários (Decreto nº 24.447/1934), e em regime de monopólio pela União (Decreto nº 24.511/1934 e Lei nº 6.222/1975). A atual Lei de Modernização dos Portos inovou no que tange ao regime jurídico aplicável ao setor, mantendo, entretanto, conceitos que se firmaram ao longo de todo o período, como “porto organizado” e “Administração do Porto”.

2. Da análise dos países estudados, verificamos a existência de dois regimes jurídicos concomitantes no serviço portuário – o público e o privado – não tendo ocorrido, em nenhum dos sistemas observados, a privatização integral do serviço. Em menor ou maior grau foi reservada ao Estado determinada atividade sob diferentes denominações: *serviços portuários básicos*, função de *Autoridade Portuária*, ou mesmo *serviço público portuário*, forma esta por nós reputada a mais adequada.

3. A Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.630/1993, denominada Lei de Modernização dos Portos, não trataram especificamente do domínio portuário. Este pode ser traduzido como o lugar escolhido para movimentar pessoas ou mercadorias e, necessariamente, deverá acompanhar a natureza jurídica das águas de sua localização. Desse fato deflui sua integração ao domínio marítimo, disciplinado pelo art. 20, incisos VI e VII, da CF/88. A natureza do domínio do porto será sempre de bem público; o que muda é a natureza do serviço ali realizado, que poderá ser, quando efetivado em instalações de uso público, serviço público, e quando realizado em terminais privativos, mesmo nos mistos, atividade econômica em sentido estrito.

4. Ao disciplinar os serviços públicos portuários, a Lei nº 8.630/1993 adotou dois modelos distintos. Um para os *terminais de uso público*, onde a regulação e a gestão de espaços são públicas, somente sendo privada a prestação efetiva da

atividade consistente na operação portuária. E outro, o modelo adotado para os *terminais de uso privativo*, sejam eles de uso exclusivo ou misto, onde a gestão do espaço e a prestação do serviço são privadas e a regulação do serviço é estatal, fazendo-se necessária autorização da ANTAQ para que o particular explore instalação portuária própria, movimentando exclusiva, ou predominantemente, carga própria.

5. Ao formular a noção de *serviço público portuário*, consideramos as principais características atribuídas ao serviço e que devem ser resguardadas pelo Estado como essenciais. Ou seja, entendemos como tal aquele destinado a garantir o livre trânsito marítimo (elemento teleológico), por meio de gestão local e de fornecimento de infraestrutura compatível a um adequado funcionamento do serviço, para receber as embarcações que ali queiram atracar, englobando, ainda, a regulação das relações entre os operadores portuários locais, para que exerçam livremente a atividade econômica a que se destinam. Em suma, dentro da noção de *serviço público portuário* estão incluídas tão somente as atividades ligadas à gestão da infraestrutura e à regulação local, ou seja, as atividades de *Administração Portuária* e de *Autoridade Portuária*.

6. Nos termos do art. 21, inciso XII, alínea “f”, da Constituição Federal, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres. Dúvidas surgiram quanto ao significado do termo *autorização* nesse dispositivo, prevalecendo o entendimento de que o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nesse artigo poderão ser prestados em regime de Direito Privado, típico das atividades econômicas, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos.

7. Em conformidade com a Lei de Modernização dos Portos, a sistematização do serviço portuário se dá em dois regimes diversos, público e privado.

8. As instalações portuárias de uso privativo somente podem ser construídas e exploradas após a outorga de autorização pela ANTAQ. O Decreto nº 6.620/2008 previu dois momentos distintos para a autorização: no primeiro, autorização para a construção da instalação do terminal privativo, e, no segundo, autorização para o início da exploração do terminal. Não há que se falar em precariedade da referida autorização. Embora sem prazo certo e determinado, não existe, para a Administração, a possibilidade de revogar o ato, por conveniência ou oportunidade, sem gerar direito à indenização do autorizatário. Caso não exista a renúncia pelo próprio interessado nem se configure caso de anulação ou cassação da autorização, não há tampouco margem de discricionariedade para a sua extinção. Ou foram atendidos os requisitos normativos no momento anterior à autorização para a construção do terminal e esta deve ser outorgada, ou, em caso contrário, a negativa se impõe.

9. Nos portos públicos, a função da Autoridade Portuária (Administração do Porto) é submetida ao regime jurídico de Direito Público. Diversos são os modos de exploração dos serviços públicos portuários: diretamente pela União, por meio de delegação a Estados e Municípios, por concessão, ou por arrendamento da gestão de infraestrutura.

10. A concessão do porto organizado e o arrendamento se diferenciam. Na concessão, a exploração é do todo enquanto unidade organizada (*área do porto organizado*); já no arrendamento, a exploração é de instalação portuária, configurando-se como exploração de *parte do objeto da concessão*. Ademais, na concessão, o objeto engloba a gestão e a regulação local (Autoridade e Administração Portuárias), enquanto no arrendamento somente pode ser licitada a gestão de parte da infraestrutura.

11. Para que haja observância ao princípio da eficiência, na exploração do serviço público portuário, é preciso que exista um planejamento adequado, dotado de responsabilidade financeira e técnica. O planejamento portuário foi desenhado pelo sistema normativo em dois níveis: (i) nacional, que pode ser de competência da SEP, com *diretrizes* estabelecidas pela SEP, *Projeto de investimento* em

infraestrutura portuária marítima e *Plano Nacional Estratégico dos Portos* (PNE/PORTOS), ou de competência da ANTAQ, com o *Plano Geral de Outorgas* de terminais portuários; e (ii) local: de competência integrada entre Autoridade Portuária e CAP, com *Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto* (PDZ), orçamento com previsão e estabelecimento, inclusive, de tarifa portuária, e programação de realização de obras, aquisições e melhoramentos.

12. No serviço portuário, a regulação é realizada em dois níveis: um nacional, pela ANTAQ e pela SEP, e outro local, pela Autoridade Portuária e pelo CAP. A regulação da concorrência *entre portos* – organizados ou de uso privativo – é da ANTAQ, e a da concorrência *intraporto*, ou seja, entre operadores portuários e arrendatários, é do Conselho de Autoridade Portuária, por expressa disposição legal.

Devemos reconhecer que os temas abordados são complexos e instigantes. As transformações ocorridas continuam a ensejar diversos questionamentos e debates sobre o serviço portuário, o que exige uma análise das instituições governamentais e dos regimes de exploração das atividades portuárias.

REFERÊNCIAS

ACERO IGLESIAS, Pablo. La incidencia sobre los procedimientos de gestión portuaria de la ley 48/2003 de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar et al. *La nueva legislación portuaria: comentarios a La Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de puertos de interés general*. Barcelona: Atelier, 2004.

AGUILAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosh, 1970. t. I.

ALEXANDRE, Valentim. A Carta Régia e os tratados de 1810. In: RICUPERO, Rubens; OLIVEIRA, Luís Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Supervisão ministerial das agências reguladoras: limites, possibilidades e o Parecer AGU n. AC-051. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 245, p. 237-262, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general. In: _____. et al. *La nueva legislación portuaria: comentarios a la ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de puertos de interés general*. Barcelona: Atelier, 2004.

_____. *Principios de derecho público econômico: modelo de estado, gestión pública, regulación económica*. Madri: Universidad Externado de Colombia – Fundación de Estudios de Regulación, 2003.

BAIRD, Alfred. Privatization and deregulation in seaports. In: BRADSHAW, B.; LAWTON-SMITH, H. (Eds.). *Privatization and deregulation of transport*. Londres: Macmillan, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 maio 2009.

_____. Terminais portuários de uso privativo: impedimento constitucional à prestação de serviços a terceiros. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 147-154, mar./abr. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3209>>. Acesso em: 12 fev. 2009

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Parecer: impenhorabilidade de bens. Sociedade de economia mista concessionária de serviços portuários. Bens afetados à prestação de serviço público. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 fev. 2009.

_____. Parecer: instalações portuárias. Contratos de arrendamento. Áreas de instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência de nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, p. 337-368, out./dez. 1997.

BOTELHO, Martinho Martins. *Direito portuário: fundamentos e problemas jurídicos modernos no direito brasileiro e internacional*. São Paulo: Lex, 2008. (Apostila).

BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL. ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários. *Anuário Estatístico Portuário - 2007*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/estatisticasanuario.asp#>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

_____. _____. *Parecer-PRG-ANTAQ/nº 277/2007*. Brasília, 2007. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009.

_____. Secretaria Especial dos Portos. *Site institucional*. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br>>. Acesso em: 16 out. 2008.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1980. v. I.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Autorizações administrativas vinculadas: O exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Regime jurídico dos bens empregados na geração de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 333-354, 2003.

_____. *Tarifa das concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, JJ. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Instrumentos de intervenção urbanística. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/jul./ago. 2007. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 04 fev. 2009.

CARVALHO, Sonia Nahas de. *Estatuto da Cidade*: aspectos políticos e técnicos do Plano Diretor. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 130-135, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010288392001000400014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 fev. 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Fragments de derecho administrativo*: entre la justicia, la economia y la política. Buenos Aires: Hammurabi, 2003.

COLLYER, Wesley O. *Lei dos portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência*. São Paulo: LEX, 2008.

COMUNIDADE EUROPEIA. *Convenção MARPOL, de 17 de março de 1989, publicada no G.U. da Comunidade Europeia de 17 de abril de 1989*. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu>>. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Decisão nº 1.346/2001/CE*. Disponível em: <<http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D1346:PT.HTML>>. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Diretiva nº 2.005/65/CE*. Disponível em: <http://www.eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=Directive&an_doc=2005&nu_doc=65>. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Livro Azul - Plano de Ação para uma política marítima integrada*. 2007. Disponível em: <<http://www.europa.eu/scadpus/leg/pt/lvb/l24242.htm>>. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Livro Verde - Para uma futura política marítima da União: uma visão europeia para os oceanos e os mares*. 2006. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/green_papers/index_pt.htm>. Acesso em: 16 set. 2008.

_____. *Tratado da União Europeia*. Disponível em: <<http://www.europa.eu/scadpus/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>>. Acesso em: 16 set. 2008.

CONTE & GIACOMINI AVVOCATI. Effeti anticoncorrenziali ed elusivi della legge portuale. *Newsletter dello Studio Conte & Giacomini*, Genova, n. 05, apr. 2002. Disponível em: <<http://www.contegiacomini.net/newsletter/nl02-04.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. Problemas jurídicos do planejamento. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado – RPGE – Cadernos de Direito Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, p. 133-147, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. Definição da autorização administrativa. *Revista dos Tribunais – RT*, São Paulo, n. 486, p. 11-21, abr./1976.

_____. *Tratado do domínio público*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da política urbana. In: _____; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/01*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Parecer jurídico fornecido à ABRATEC (Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público) e anexada à ADPF nº 139/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009.

DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. (Org.). *Direito regulatório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 1996.

_____. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador, n. 9, fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 04 dez. 2008.

_____. *Uso privativo do bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Competências urbanísticas. In: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord.). *Estatuto da Cidade: comentários à lei federal 10.257/01*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DROMI, Roberto. *Empresas públicas: de estatais a privadas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

DROMI, Roberto. *Sistema jurídico e valores administrativos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

ESCOLA JUNIOR, Héctor Jorge. *El interés público: como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.

EUROPEAN SEA PORTS ORGANISATION ASBL/VZW. Organisation des ports maritimes europeen ASBL/VZW. *Política de portos marítimos: um guia prático para responsáveis pela definição de políticas comunitárias*. Disponível em: <<http://www.espo.be/download/ebed326a-c10a-445a8b5e-459aebfb8a47.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2008.

FALZEA, Giuseppe. *Porto e funzione portuale: premessa ad um studio del bene porto*. Milão: Giuffrè, 1998.

FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica de serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FENOP – Federação Nacional dos Operadores Portuários. *AGU confirma decisão da ANTAQ sobre cobrança de taxa no Porto de Salvador*. Disponível em: <http://www.fenop.com.br/novidades/agu_antag.htm>. Acesso em: 15 set. 2008

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Porto – Arrendamento – Cessão e prorrogação do contrato. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 144-152, abr./jun. 1999.

FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIALHO, Fernando. Ações reguladoras e legais. *Fórum FGV: a questão portuária no Brasil*. Disponível em: <www.antaq.gov.br/Portal/pdf/palestras/Nov08AcoesReguladoraseLegaisFGV.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2009.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Parecer de 15 de março de 2008, anexado às fls. 14 da ADPF nº 139/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNANDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo I*. 12. ed. Barcelona: Thomson Civitas, 2004.

GÓES, Francisco. Modelo portuário é desafio para governo. *Valor Econômico*, São Paulo, 19 jun. 2008.

GORDILLO, Augustin. *Después de la reforma del Estado*: Cap. VIII - Desregulación y privatización portuaria. 2. ed. Buenos Aires, 1998. Disponível em: <<http://www.gordillo.com>>. Acesso em: 28 out. 2008.
GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 6).

HIPLER, Vera Regina. *Aspectos das relações especiais de sujeição no direito administrativo brasileiro: natureza jurídica e pressupostos constitucionais*. 2006. 339 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. O regime jurídico dos operadores portuários no Direito brasileiro. *Revista de Direito Público Econômico – RDPE*, Belo Horizonte, v. 4, n. 16, p. 77-124, out./dez. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____; BETTIOL, Luiz Antônio. *Petição Inicial da ADPF nº 139/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/verpeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=139&processo=139>>. Acesso em: 27 mar. 2009.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 220, p. 19-34, abr./jun. 2000.

LYRA JÚNIOR, Richard Paes. *Reflexões acerca de um novo modelo de gestão portuária no Brasil*. Disponível em: <http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_129_Reflexoes_acerca_de_um_novo_modelo_de_gestao_portu>. Acesso em: 10 out. 2008.

MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: TEA, 1960.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regime jurídico dos bens empregados na geração de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 232, p. 333-354, 2003.

_____. *Regulação estatal e interesse público*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 269-295, jan./mar. 2003.

MARRARA, Thiago. A legalidade na relação entre ministérios e agências reguladoras. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS, Alberto. Os princípios do processo sancionatório na lei paulista 10.177/1998. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 1977.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. São Paulo: Malheiros, 2005. (Coleção Temas de Direito Administrativo, 13).

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*. 2004. 239 f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2004.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel. El régimen del dominio público portuario en la nueva ley. In: ARIÑO ORTIZ, Gaspar et al. *La nueva legislación portuaria*: comentarios a la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de puertos de interés general. Barcelona: Atelier, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, p. 195-222, abr./jun. 2008.

MUKAI, Toshio. *O Estatuto da Cidade*: anotações à lei n. 10.257, de 10-7-2001. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. A ANEEL e serviços de energia elétrica. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.) *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 329-351, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Delegação e avocação administrativas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Infrações e sanções administrativas* 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo; FLEURY, Ronaldo Curado. *A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil: doutrina, legislação e jurisprudência*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

PINTO, Victor Carvalho. *Regime jurídico do Plano Diretor*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/artigos/politicasocial/RegimeJuridicoPlanoDiretor.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Intervenções do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

POMPEU, Cid Tomanik. *Autorização administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da lei nº 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1998.

PORTUGAL. Portal do Governo. *Reformas legislativas no transporte marítimo de mercadorias*. Lisboa, 2008. Disponível em: <www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Ministerios/MOPTC/comunicacao/Intervencoes/20080306_MOPTC_Int_SET_Transporte_Mar%C3%ADtimo_Mercadorias.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de direito público: dissertações*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1989. v. I.

_____. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 1-8, jul./set. 1969.

RAMÍRES-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

RAMONIGA, Miriam. *A natureza jurídica do órgão gestor de mão de obra do trabalho portuário avulso: uma análise a partir da Lei 8.630 de 25 de fevereiro de 1993*. 2008. 183 f. Dissertação (Mestrado em Fundamentos do Direito Positivo) – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Santa Catarina, 2008.

RAMOS BRUSILOFF, Angel. *El derecho portuario en Ibero America*. Caracas, jun. 2006. Disponível em: <<http://www.institutoiberoamericanodederechomaritimo.com/admin/file.php?file=CF-2006-001.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. *O poder sancionatório da Administração Pública nas concessões de serviços públicos*. 2004. 159 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

RANGEL, Marcelo de Arruda Barros. *Formas de extinção dos atos administrativos: o caso das autorizações*. 2006. 54 f. Monografia (Conclusão de Crédito em Direito Administrativo II) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

RICUPERO, Rubens. O problema da abertura dos portos. In: _____; OLIVEIRA, Luís Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007.

_____; OLIVEIRA, Luis Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007.

ROCHA, Bolívar Moura; OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infraestrutura. In: _____. (Org.). *A regulação da infraestrutura no Brasil: balanço e proposta*. São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

RODRIGUES, José; VAZ, José Pascoal. Portos brasileiros: duzentos anos de transformação socioeconômica. In: RICUPERO, Rubens; OLIVEIRA, Luis Valente de (Org.). *A abertura dos portos*. São Paulo: SENAC, 2007.

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

SALOMONE, Luca. *Operazioni portuali e servizi tecnico-nautici a dieci anni dalla riforma del sistema portuale*: Dall'interpretazione della giurisprudenza all'intervento Del legislatore. Disponível em: <http://www.diritto.it/materiali/transporti_navigazione/salomone.html>. Acesso em: 14 fev. 2008.

SANTA CATARINA (Estado). *Porto de Imbituba*. Disponível em: <<http://www.cdiport.com.br/porto/porto.htm>>. Acesso em: 11 jul. 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e a perspectiva da regulação no setor portuário no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 171-190, jul./set. 2008.

_____.; SILVA, Danilo Tavares da. *Regulação do setor portuário*. Curso ministrado dia 16 de abril de 2009, no Novotel Ibirapuera, São Paulo. Realização DVW Comunicação. São Paulo: [s.n.], 2009.

SERVICE DES AFFAIRES EUROPEENNES. *Le regime d'administration des ports maritimes*. Paris, jan. 1998. Disponível em: <<http://www.senat.fr/lc/lc32/lc32.html>>. Acesso em: 08 set. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Comentário contextual à Constituição*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Petição inicial da ADIN nº 929/DF*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 mar. 2009.

SOUTO, Marcos Jurueña Villela. A competitividade no setor portuário e o transporte de cargas de terceiros nos terminais de uso privativo misto. In: SADDY, A. (Coord.). *Direito público econômico supranacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 637-659, 2009.

SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira. *Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infraestrutura portuária no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2008.

STEIN, Alex Sandro. *Curso de direito portuário*. São Paulo: LTr, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Empresa estatal pode exercer poder de polícia. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 38, p. 42-45, dez. 1992.

_____. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Introdução às agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000

_____; CÂMARA, Jacintho Arruda. A dicotomia direito público x direito privado. In: _____; MONTEIRO, Vera (Coord.). *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. (Série GVlaw).

_____; _____. Terminais portuários de uso misto. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 59-74, jul./set. 2008.

TACCOGNA, Gerolamo. *Le operazioni portuali nel nuovo diritto pubblico dell'economia*. Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova: Collana di monografie 76. Milão: Giuffrè, 2000.

TÁCITO, Caio. Concessão de serviço portuário – Adjudicação direta – Dispensa de licitação. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, n. 186, p. 358-365, out./dez. 1991.

_____. Correção monetária do investimento em concessões de serviço portuário. *Revista de Direito Público – Pareceres*, São Paulo, v. 8, n. 3, p. 63-78, out./dez. 1967.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TORRES, José Lima. *Legislação portuária*. Coimbra: Almedina, 2001.

VIEIRA, Hélio Flávio. *Portos concentradores (Hub Ports) como estratégia logística para a cabotagem e o comércio exterior brasileiro*. Disponível em: <http://www.newslog.com.br/site/default.asp?TroncoID=907492&SecaoID=508074&SubsecaoID=627271&Template=../artigosnoticias/user_exibir.asp&ID=470604&Titulo=Portos%20concentradores%20%28Hub%20Ports%29%20como%20estrat%E9gia%20log%EDstica%20para%20a%20cabotagem%20e%20o%20com%E9rcio%20exterior%20brasileiro>. Acesso em: 12 fev. 2009.

VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WIMMER, Miriam. A conflituosa relação entre o Poder Executivo central e agências reguladoras: a busca do equilíbrio. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 10, p. 171-193, abr./jun. 2008.