

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

ISABELA BRAÚNA TORRES DE MELO

**O TRATAMENTO
DOS TERMINAIS PÚBLICOS E PRIVADOS
NO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO**

RIO DE JANEIRO - RJ

2016

ISABELA BRAÚNA TORRES DE MELO

**O TRATAMENTO
DOS TERMINAIS PÚBLICOS E PRIVADOS
NO NOVO MARCO REGULATÓRIO DO SETOR PORTUÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal do Estado do Rio
de Janeiro (UNIRIO) como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Dr^a Patrícia Regina
Pinheiro Sampaio

RIO DE JANEIRO - RJ

2016

Aos meus amados pais, Rosana e Sérgio, e
ao meu querido irmão, João Pedro.

AGRADECIMENTOS

A minha família maravilhosa, que desde sempre enxergou em mim uma grande mulher e me deu forças para chegar até aqui.

Aos meus tantos e amados amigos: os de infância, os do Colégio Santo Inácio, os de Coimbra, os do mundo e, principalmente, as minhas queridas amigas da UNIRIO, Larisse, Ana Beatriz e Gisele, mulheres extraordinárias, que foram companheiras excepcionais nesta caminhada e sempre serão inspirações para mim.

Aos queridos professores – do colégio e da faculdade – e aos advogados do escritório Kincaid, que foram grandes mestres e me incentivaram a sempre procurar dar o melhor de mim em tudo que me propusesse a fazer.

A minha orientadora Patrícia, professora querida e – não por acaso – eleita paraninfa por voto unânime de minha turma, pelos ensinamentos, incentivo e generosidade.

Ao Colégio Santo Inácio, pelos 12 anos de formação, pela construção de valores essenciais cristãos – o amor-serviço, principalmente – e o estímulo constante à reflexão. Tudo isso fez de mim uma pessoa mais consciente, competente, compassiva e comprometida com a vida e com o outro e, conseqüentemente, me deu a confiança em meu poder para construir um mundo melhor.

A UNIRIO, que foi a porta de entrada para o tão sonhado mundo do Direito e fez de mim uma pessoa mais forte para enfrentar qualquer adversidade que apareça em meu caminho.

A Universidade de Coimbra, pelos inesquecíveis momentos vividos em um ambiente de história e tradição, que me fizeram amadurecer e propiciaram um conhecimento de mim, do outro e do mundo como nunca havia imaginado ser possível.

E, por fim, a todos que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão desta etapa imensamente esperada: a graduação em Direito.

RESUMO

O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro, instituído pela Medida Provisória nº 595/2012 – convertida posteriormente na Lei nº 12.815/2013 – e pelo Decreto nº 8.033/2013, apresenta um conjunto de inovações em relação ao anteriormente vigente, tais como a nova classificação dos terminais portuários. Após um breve histórico, a presente monografia analisará o tratamento jurídico conferido aos terminais de uso público e aos terminais de uso privado, desde a base oferecida pela Constituição Brasileira, passando pelas disposições legais, até chegar nas questões afetas a cada tipo de terminal de relevância no aspecto contratual e no aspecto econômico-financeiro. Em seguida, abordará com maior detalhamento as diferenças entre os regimes de arrendamento – dos terminais de uso público – e de autorização – dos terminais de uso privado –, bem como fatores que influenciam diretamente na competição entre os referidos terminais, quais sejam: (i) a sujeição ao controle de uma autoridade portuária; (ii) necessidade de licitação; (iii) tarifas e preços; (iv) aplicabilidade de princípios do serviço público; (v) reversibilidade dos bens públicos afetos à delegação e (vi) forma de contratação de mão de obra.

Palavras Chave: Portos Organizados, Terminal Público, Terminal Privado, Arrendamento Portuário, Autorização Portuária, Lei nº 12.815/2013.

ABSTRACT

The new regulatory framework for the Brazilian port sector, established by Provisional Measure No. 595/2012 - subsequently converted into Law No. 12.815/2013 - and by Decree No. 8.033/2013 provide a range of innovations in relation to the previously existing, such as the new classification of port terminals. After a brief history, this monograph will analyze the legal treatment given to public use terminals and private use terminals from the base offered by the Brazilian Constitution, through the legal provisions, until the issues related to each type of terminal in the contractual and economic-financial aspect. Next, it will approach in more detail the differences between leasing - of public use terminals - and permit - of private use terminals -, as well as the factors that directly influence the competition between those two terminals, which are: (i) subject to the control of a port authority; (ii) need for bidding; (iii) fees and prices; (iv) applicability of principles of public service; (v) reversibility of public property pertaining to the delegation and (vi) hiring of form of work.

Keywords: Organized Ports, Public Terminal, Private Terminal, Port Leasing, Port Authorization, Law No. 12815/2013.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A DIVISÃO DE PODERES, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS	11
2. BREVE HISTÓRICO E ATUAL SITUAÇÃO DOS PORTOS BRASILEIROS	16
2.1. HISTÓRICO.....	16
2.2. A ATUAL SITUAÇÃO DOS PORTOS BRASILEIROS.....	21
3. O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AOS TERMINAIS PÚBLICOS E PRIVADOS	23
3.1. BASE CONSTITUCIONAL.....	23
3.2. PREVISÃO LEGAL.....	24
3.3. QUESTÕES AFETAS AO TERMINAL DE USO PÚBLICO.....	26
3.3.1. Aspectos Contratuais: O Contrato de Concessão e Arrendamento.....	26
3.3.2. Aspectos Econômico-Financeiros: Mecanismos de Recuperação do Equilíbrio Econômico-Financeiro e Ajuste Tarifário.....	29
3.3.3. A Continuidade e Eficiência da Prestação do Serviço.....	30
3.3.4. O Perfil da Carga e o Interesse Público.....	31
3.3.5. A Movimentação de Carga Própria <i>versus</i> De Terceiros.....	33
3.4. QUESTÕES AFETAS AO TERMINAL DE USO PRIVADO.....	35
3.4.1. Aspectos Contratuais: O Contrato de Adesão advindo da Autorização... ..	35
3.4.2. Aspectos Econômico-Financeiros: A Nova Modalidade de Autorização.....	37
4. DIFERENÇAS ENTRE OS REGIMES DE ARRENDAMENTO E DE AUTORIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NA COMPETIÇÃO	39

4.1. SUJEIÇÃO AO CONTROLE DE UMA AUTORIDADE PORTUÁRIA	41
4.2. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO	42
4.3. TARIFAS E PREÇOS.....	44
4.4. APLICABILIDADE DE PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO	46
4.5. REVERSIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS AFETOS À DELEGAÇÃO	47
4.6. FORMA DE CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA.....	48
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

A presente monografia visa apresentar o atual marco legal brasileiro concernente ao setor portuário e, sob uma perspectiva jurídico-legal, verificar em que regime jurídico enquadram-se os arrendamentos – no caso de terminais públicos – e as autorizações – no caso dos terminais privados, ponto bastante controverso na Nova Lei dos Portos.

Além disso, será realizada análise da legislação revogada e da atual, com vistas nas diferenças no tratamento regulatório previsto para cada uma das formas de contratação, levando-se em conta o ambiente de competição livre incentivado pela lei ao extinguir a limitação de terminais de uso privado para movimentação de cargas e terceiros.

Para entendermos as diferenças entre os terminais públicos e privados, faz-se necessário uma contextualização do tratamento legislativo dado ao tema desde a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993 (também conhecida como “Antiga Lei dos Portos”), até o advento da Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013 (também conhecida como “Nova Lei dos Portos”).

A Lei nº 8.630/1993 era regulamentada pelo Decreto nº 6.620/2008 que dispunha sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República (“SEP/PR”), disciplinava a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas.

Em 06 de dezembro de 2012, contudo, adveio substancial alteração do marco regulatório aplicável à matéria portuária, por meio da edição da Medida Provisória 595 (“MP 595”), a qual suspendeu a eficácia da Lei nº 8.630/1993. Em 05 de junho de 2013, o Projeto de Lei de Conversão da MP 595 foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pela Presidência da República, promulgando-se a Lei nº 12.815/2013. Como resultado, a Lei nº 8.630/1993, cuja eficácia restava suspensa, foi revogada do ordenamento jurídico pátrio, passando a Lei nº 12.815/2013 a ser o estatuto atribuível aos terminais e às instalações portuárias no Brasil.

Em 27 de junho de 2013, expediu-se o Decreto nº 8.033/2013, a regulamentar a Lei nº 12.815/2013. Entre outras disposições, o Decreto nº

8.033/2013 revogou o Decreto nº 6.620/2008, dando seguimento à reformulação do quadro legal-portuário.

A regulamentação pregressa (Lei nº 8.630/1993 - revogada) já admitia que a iniciativa privada explorasse Terminais Portuários em regime privatista, notadamente através do Uso Privativo, o qual, por sua vez, segmentava-se em (i) Uso Privativo Exclusivo; e (ii) Uso Privativo Misto. Independentemente do regime autorizativo, se Exclusivo ou Misto, a construção e a operação de Terminais por entes privados pressupunham que o autorizado, nos termos do Decreto nº 6.620/2008, comprovasse dispor de carga própria em volume suficiente para justificar a correspondente autorização¹.

Ao mencionar em seu artigo 2º (i) Terminais Públicos, estabelecidos dentro dos Portos Organizados; (ii) Terminais de Uso Privado, explorados fora dos Portos Organizados; (iii) Estações de Transbordo de Cargas, utilizadas exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem; (iv) Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte, localizadas fora do Porto Organizado, para a movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior; (v) Instalações de Turismo, destinadas ao embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, além de insumos para embarcações de turismo; a Lei nº 12.815/2013 deu fim ao sistema anterior de Uso Privativo, segmentado em Exclusivo e Misto.

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

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

II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a

¹ Nos Terminais de Uso Privativo Exclusivo, o particular poderia movimentar unicamente carga própria; ao passo que nos Terminais de Uso Privativo Misto, admitia-se que, complementarmente à carga do autorizado, se movimentassem cargas de terceiros, desde que em base eventual e subsidiária, não podendo o volume de carga de terceiros suplantarem o volume de carga do autorizado para aquele mesmo Terminal. Essa limitação, fundada em critérios excessivamente abstratos, dirigia-se a impedir que os Terminais de Uso Privativo, os quais possuíam tratamento mais frouxo e, conseqüentemente, custos menores que os Terminais de Uso Público, se constituíssem como concorrentes destes. A falta de parâmetro objetivo, a definir o que poderia ser considerado como eventual e subsidiário, apresentava-se como grave complicador, deixando os autorizados vulneráveis. Não por acaso, a incapacidade de se precisar padrão claro afetou as expectativas dos investidores e o aporte de novos recursos no segmento portuário.

infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;
III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;
IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;
V - estação de transbordo de cargas: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem;
VI - instalação portuária pública de pequeno porte: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior;
VII - instalação portuária de turismo: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo;
(BRASIL, Lei nº 12.815/2013)

A lista contida no artigo 2º da Lei 12.815/2013, taxativa, não admite a exploração portuária de outra forma, que não aquelas lá expressamente referidas. Assim, não mais subsiste qualquer diferença entre os Terminais de Uso Privado que exploram carga própria; e aqueles, também de Uso Privado, que exploram carga de terceiro

Portanto, a eliminação dos Terminais de Uso Privativo, incluindo suas subespécies (Uso Privativo Exclusivo e Uso Privativo Misto), associada à emergência de nova modalidade, a do Uso Privado, desestruturou a distinção entre carga própria e carga de terceiros, eliminando os critérios de eventualidade e subsidiariedade, admitindo-se, a partir de então, que qualquer Terminal de Uso Privado opere ilimitadamente cargas de terceiros.

Neste contexto, o objetivo deste estudo, em resumo, seria sintetizar a evolução do sistema portuário brasileiro e analisar as obrigações regulatórias tanto dos terminais públicos quanto dos privados, confrontado as diferenças trazidas pela Nova Lei dos Portos e identificar hipóteses de desequilíbrio.

O trabalho encontra justificativa pela relevância que o Sistema Portuário Brasileiro encontra nas relações comerciais internas e internacionais, bem como pela necessidade recorrente de sua modernização, tendo em vista as demandas cada vez mais exigentes do mercado globalizado. Ampliar, modernizar e eliminar os

gargalos existentes são os grandes desafios para o sistema portuário brasileiro.

1. A DIVISÃO DE PODERES, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

No Brasil, adota-se a separação de poderes a fim de impedir que todas as funções estatais sejam concentradas em uma única estrutura organizacional, o que permitiria um melhor controle do poder do Estado. Com isso, a separação ocorre com uma divisão em três esferas de competências predominantes, da seguinte maneira: o Poder Legislativo é titular da competência legislativa, o Poder Judiciário é investido da competência jurisdicional e, por fim, o Poder Executivo desempenha a competência executiva/administrativa.

Apesar de termos estabelecido essa divisão em nosso ordenamento, cumpre destacar que a separação absoluta de funções é impossível, de modo que os três poderes exerçam única e exclusivamente uma função isolada. O que realmente é indispensável é que não haja preponderância de um poder sobre o outro. A separação, portanto, deve ser harmônica e conjugada. Resumindo, cada poder exercita preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função. Assim está disposto na Constituição Federal Brasileira:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
(BRASIL, CRFB/1988)

Dentre os três poderes, a função administrativa é a única que está presente em todos os poderes. No poder Executivo, a função administrativa prepondera sobre a função legiferante. No poder Judiciário ela encontra-se em segundo plano, após a função jurisdicional e antes da função legiferante e Poder Legislativo é onde ela menos aparece, estando atrás da função legiferante e da jurisdicional.

Centrando esforços para melhor entender a função administrativa é importante entender que a organização administrativa se baseia em três situações fundamentais: a centralização, a descentralização e a desconcentração. A primeira situação é quando o Estado executa suas tarefas diretamente, seja por meio de seus órgãos ou agentes administrativos. A segunda situação ocorre quando o Estado executa suas funções indiretamente, delegando a atividade a outra entidade. E na desconcentração, desmembra órgãos para propiciar melhoria na sua organização

estrutural.

Daí surge a classificação entre Administração Direta e Indireta. A Administração Direta refere-se à situação de centralização e a Administração Indireta, à situação de descentralização. Em síntese, José Maria Pinheiro Madeira assim definiu a Administração Direta: “a Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e executora do serviço público” (MADEIRA, 2001, p. 123 *apud* CARVALHO FILHO, 2011, p. 430). Já a Administração Indireta do Estado seria o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à sua respectiva Administração Direta, possui o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.

De acordo com o Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, conhecido como Estatuto de Reforma Administrativa Federal, a Administração Federal é assim disposta:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A **Administração Indireta**, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

- a) Autarquias;
- b) Empresas Públicas;
- c) Sociedades de Economia Mista.
- d) fundações públicas.

Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

(BRASIL, Decreto-Lei nº 200/1967) (grifos nossos)

A autarquia é conceituada por Carvalho Filho como sendo “a pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções, que despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 445). No mesmo sentido há disposição no Decreto-Lei nº 200/1967:

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

(BRASIL Decreto-Lei nº 200/1967)

A referência a “atividades típicas da Administração Pública” é subjetiva por estar sujeita a variações no tempo e no espaço: em determinado momento uma atividade pode ser considerada própria da Administração e, em outro momento, deixar de ser assim considerada, por exemplo. Com uma interpretação extensiva, podemos entender que, na realidade, o legislador quis atribuir às autarquias a execução de serviços públicos de natureza social e de atividades administrativa, excluindo, assim, os serviços e atividades de natureza econômica e mercantil, como as sociedades de economia mista e as empresas públicas.

Após a conceituação das autarquias, ainda, é necessário entender que elas podem ser classificadas entre autarquias comuns e autarquias especiais. As primeiras estão sujeitas a uma disciplina jurídica sem qualquer especificidade, enquanto as segundas são regidas por disciplina específica e diferenciada, que é o caso das agências reguladoras.

Os elementos definidores das autarquias especiais, segundo Carvalho Filho, são os seguintes: (i) poder normativo técnico, (ii) autonomia decisória, (iii) independência administrativa e (iv) autonomia econômico-financeira. O poder normativo técnico significa que as autarquias especiais recebem delegação para edição de normas técnicas. A autonomia decisória significa que os conflitos administrativos se desencadeiam e se dirimem por meio dos próprios órgãos da autarquia, ou seja, o poder revisional exaure-se no âmbito interno – sendo certo que em caso de irrisignação contra decisão administrativa final, o interessado pode buscar no Judiciário a satisfação de seu interesse.

Ainda, a independência administrativa refere-se à investidura a termo² de alguns dos dirigentes da autarquia especial, não ficando à mercê do arbítrio político do Ministério supervisor. E, por fim, a autonomia econômico-financeira é o elemento que demonstra que as autarquias possuem recursos próprios e recebem dotações orçamentárias para gestão por seus próprios órgãos. Cumpre ressaltar que apesar de todo o exposto, não podemos perder de vista que a Constituição Federal em nenhuma de suas referências à entidades autárquicas demonstra que haja a possibilidade de existência de regime autárquico de natureza diversa, sendo um comum e outro, especial.

2 Seria como um mandato de caráter administrativo, é uma nomeação por prazo determinado.

O objetivo das agências reguladoras seria normatizar e fiscalizar a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, assim como a atuação de pessoas privadas que passam a executá-lo. Na década de 90 muitas agências reguladoras foram criadas e no início do século XXI, a Agência de interesse para este trabalho foi criada.

A ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários – é, atualmente, o principal órgão responsável pela regulação infralegal e controle da exploração da infraestrutura portuária. Esta agência reguladora foi criada com a aprovação da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, é integrante da Administração Federal indireta, está submetida ao regime autárquico especial e possui personalidade jurídica de direito público, independência administrativa, autonomia financeira e funcional.

Em sua criação a Agência estava vinculada ao Ministério dos Transportes, mas com a criação³ da Secretaria de Portos da Presidência da República (“SEP”) em 2007, a Lei nº 10.233 ganhou a seguinte redação:

Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - **ANTAQ**, entidades integrantes da administração federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas, respectivamente, ao Ministério dos Transportes e à **Secretaria de Portos da Presidência da República**, nos termos desta Lei. (BRASIL, Lei nº 10.233/2001) (grifos nossos)

Entretanto, com a recente reforma ministerial – explanada no item anterior –, a Secretaria de Portos foi incorporada ao Ministério dos Transportes, fazendo com que, na prática, a Agência perdesse o vínculo com o referido órgão específico sobre portos e voltasse para o vínculo com um Ministério que atualmente engloba diversas pastas, o chamado Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

Quanto aos objetivos principais da Agência, pode-se dizer que são: regular, supervisionar e fiscalizar as atividades de prestação de serviços de transporte aquaviário e de exploração da infraestrutura portuária e aquaviária, harmonizando os interesses do usuário com os das empresas prestadoras de serviço, preservando o interesse público (BRASIL, Lei nº 10.233/2001, art. 20).

A sua função regulatória é justamente composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, valendo-se de medidas jurídicas de permissão e

³ Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007.

proibição, incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas.

2. BREVE HISTÓRICO E ATUAL SITUAÇÃO DOS PORTOS BRASILEIROS

2.1. HISTÓRICO

Desde os primórdios, as aventuras marítimas sempre foram, tema de grande interesse da humanidade, notadamente quanto às conquistas de novos e desconhecidos territórios e às riquezas que tais territórios poderiam oferecer, bem como quanto ao rentável comércio marítimo de mercadorias entre localidades consideravelmente longínquas.

A partir da chegada dos portugueses ao Brasil com tais perspectivas, a maioria das cidades brasileiras, conseqüentemente, desenvolveram-se no entorno das instalações portuárias construídas para o escoamento da produção da colônia de exploração. O primeiro grande exemplo seria a exportação do pau-brasil para o mercado europeu. Esta foi a versão embrionária do que hoje são os portos brasileiros, que à época não passavam de instalações portuárias rudimentares como trapiches ou em ancoradouros naturais.

Pode-se considerar a Carta Régia de 1808 – promulgada pelo príncipe regente D. João VI quatro dias após sua chegada, com a família real e a nobreza portuguesa – como um marco inicial da inserção do Brasil no mercado mundial e, conseqüentemente, da exploração portuária livre do regime de monopólio com relação à metrópole, visto que permitiu a abertura dos portos às nações amigas de Portugal. A carta marcou o fim do Pacto Colonial, que obrigava que todos os produtos que entrassem ou saíssem da colônia de exploração – que, no caso, era o Brasil -, passassem antes pelas alfândegas em Portugal, ou seja, anteriormente era proibida a venda de produtos e importação de matérias-primas diretamente da colônia brasileira, sendo os vendedores/compradores forçados a fazer negócios com a metrópole portuguesa.

Interessante mencionar que o ocorrido foi durante a Guerra Peninsular (1807–1814), conflito militar entre o Primeiro Império Francês e Espanhol, contra a aliança do Reino Unido da Grã-Bretanha, Irlanda e Portugal pelo domínio da península Ibérica durante as Guerras Napoleônicas. Haja vista que os dois principais portos portugueses estavam sob poder francês, para adquirir independência em

relação à França Napoleônica, a corte portuguesa, com o auxílio de escolta britânica, fugiu para o Brasil sob a condição de abertura dos portos para as nações amigas. Isto foi o que pôs fim ao pacto colonial e viabilizou o comércio direto dos produtos brasileiros.

De acordo com Araújo, entre o fim do período colonial e o período republicano, os seguintes fatos foram relevantes para a história do setor portuário:

Conforme descrevem De Oliveira e Recúpero (2007) com o fim do período colonial e a instituição da liberdade econômica internacional do império brasileiro, as trocas internacionais do Brasil, principalmente com a Inglaterra, apresentavam-se crescente, o que fez proliferar, ao longo da costa brasileira e vias internas navegáveis, a figura dos ancoradouros sob o regime de permissão.

Já em 1810, foram criados os postos alfandegados, com o objetivo de taxar as mercadorias movimentadas, sendo os portos considerados estratégicos e monopólio da coroa. O regime de permissão foi substituído em 1828, por D. Pedro I, pelo regime de concessão que já previa as regras para incentivar a implantação de obras e o desenvolvimento dos portos brasileiros.

No ano de 1869, através do Decreto nº 1746, também conhecido como “Lei das Docas”, como salienta Honorato (2002) o governo imperial aprovou a resolução da assembleia nacional que previa a concessão à iniciativa privada a exploração dos portos organizados. Tal fato decorreu da necessidade de melhorar as instalações portuárias existentes por conta do incremento na movimentação portuária, justificada pela criação, em 1846 por Visconde de Mauá, da Companhia de Estabelecimento da Ponta da Madeira, no porto do Rio de Janeiro. Era de lá que os seus navios destinados à cabotagem e ao longo curso faziam suas operações de mercadorias. Em 1888, já no período republicano, foi aberta a concorrência para a privatização dos portos, sendo a administração do porto de Santos a primeira a ser privatizada. Os investimentos, especificamente no porto de Santos, começaram a surgir. Em lugar de trapiches e pontes foram construídos cais que permitiam a atracação de navios que demandavam maior profundidade. Iniciava o período de privatização na exploração portuária nos portos organizados.

A partir deste evento, o sistema portuário brasileiro se caracteriza pelas atividades portuárias privadas, com caráter de desenvolvimento pontual. Para Silva (2002) a atividade portuária não era considerada, neste período, um serviço público, no que pese o termo concessão, era sim considerado uma atividade privada sujeita ao controle do governo. Um contrato, regulado em Lei, reconhecia ao particular o direito de explorar o porto, por ele construído ou melhorado, por certo tempo, ao final do qual o patrimônio seria revertido à união. Não se especificava quais as melhorias ou serviços a serem prestados

(ARAÚJO, 2013, p. 13-14)

No início do século XX, por meio do Decreto nº 4.859, de 8 de junho de

1903, foi criada a Caixa Especial de Portos, posteriormente modificada e aprimorada pelo Decreto nº 6.368 de 14 de fevereiro de 1907, que tinha como objetivo principal tornar sustentável este desenvolvimento, promovendo ações de investimentos e manutenção de custeio de que os portos necessitavam.

Apesar do esforço no sentido de atração de maiores investimentos para os portos e da inegável importância estratégica dos mesmos, até o início do século XXI, os portos continuavam desaparelhados e com uma infraestrutura carente. Entretanto, no Estado Novo – anos 30 –, período em que Getúlio Vargas era presidente do Brasil, houve uma primeira reforma e regulação do sistema portuário, com vistas à modernização dos portos. Neste período foi implementada parte fundamental da infraestrutura de apoio necessária ao desenvolvimento da industrialização e o Estado assumiu a responsabilidade pela expansão das bases produtivas, na condição de administrador na indústria de base, bem como a responsabilidade de mitigar os gargalos enfrentados pelo setor de transporte.

Sobre o período do Estado Novo, Araújo assim continua:

No início dos anos trinta, o perfil da atividade portuária até então de caráter privado, começa a tomar outra feição. Em 1930, Getúlio Vargas, através da Revolução da Aliança Liberal, assume o poder na condição de chefe provisório para em 1934 assumir a presidência da república do chamado governo constitucional, por ter sido eleito pela Assembleia Nacional Constituinte. De Oliveira e Recúpero (2007) chamam a atenção para o fato de que partir de 1934, com a instalação do chamado “programa estatizante”, o sistema portuário tem uma nova visão, passando a união a conceber uma maior atuação do estado no controle, nas melhorias e operações dos portos, sendo estes equipamentos tratados como fator de desenvolvimento econômico completamente tutelado pelo Estado.

A primeira medida adotada para o setor portuário por Getúlio Vargas, em junho de 1934, foi à definição, com o Decreto 24447, das competências nos portos organizados dos entes intervenientes, no processo de movimentação de carga, ou seja, qual a competência dos Ministérios da Marinha, Fazenda, Justiça, etc.

Ainda no mês de junho de 1934, por conta do Decreto 24511, ficaram definidas em que condições seriam utilizadas os portos, considerando o reconhecimento, por parte do governo que todos os serviços portuários deveriam ser prestados com base na igualdade e eficiência. No mesmo dia foi publicado o Decreto 24.508, conceituando o trabalho portuário (capatazia, estiva, etc.), como também quais as taxas que poderiam ser cobradas aos usuários dos serviços.

O Decreto 24559, de julho de 1934 que revogou o Decreto Imperial 1746, definiu que todas as instalações portuárias deveriam ser objeto de concessão e abertas ao público, acabando com a figura dos

terminais privativos dentro dos portos organizados, a exceção àquelas destinadas ao transporte de inflamáveis. Fica caracterizado o modelo de um sistema monopolista estatal, porquanto não seria mais possível que um particular tivesse a propriedade de um porto ou terminal, a exceção anteriormente comentada.

Em 1937, quando se aguardava as eleições para o início do ano seguinte, Getúlio Vargas, aproveitando-se da comoção popular, por consequência da instabilidade política gerada pela Intentona Comunista, deu um golpe de estado e instituiu no Brasil, em novembro de 1937, o Estado Novo. Vigente até 1945 tinha um objetivo amplo; o de reajustar o organismo político às necessidades econômicas do país, caracterizando a necessidade da intervenção do estado na atividade econômica.

O início da quebra do monopólio legal deu-se com a Lei 6.406, de 1944, que possibilitava a construção de “instalações portuárias rudimentares” pelos Estados e Municípios, fora das áreas dos portos organizados e concedidos. Registre-se que as constituições vigentes a época (1937 e 1946) não tratavam sobre exploração portuária pela União, não ocorrendo, portanto, qualquer posicionamento jurídico contrário à autorização do serviço portuário.

No período abordado acima até a Lei 8630/93, também conhecida como a Lei de Modernização dos Portos, ficou evidenciado que a política para o setor portuário brasileiro tinha como base um modelo em que a prestação do serviço portuário era realizada pelos portos concedidos ou explorados diretamente pela União, os terminais privativos que movimentavam suas próprias mercadorias e por instalações rudimentares autorizadas pela União.

(ARAÚJO, 2013, p. 16-17)

O início dos anos 90 é o marco do maior declínio do sistema portuário em função da demanda existente, visto que o planejamento portuário era ineficiente, os investimentos eram baixos e, em contrapartida, os portos internacionais vinham investindo em modernização. Tal declínio evidenciou a urgência por mudanças no Sistema Portuário Brasileiro, para que o país pudesse tentar acompanhar o desenvolvimento do setor no âmbito mundial e competir em um mercado globalizado.

Tendo em vista essa demanda, adveio a Lei nº 8.630/1993, também conhecida à época como “Lei de Modernização dos Portos” (hoje sendo chamada de “Antiga Lei dos Portos”), já que ela buscava trazer uma nova regulação com o intuito de integrar o Brasil, de forma efetiva, às demandas do comércio internacional.

Até aquele momento, o sistema havia sido orientado e controlado desde 1975 por uma holding vinculada ao Ministério dos Transportes chamada Portobrás, que tinha a finalidade de supervisionar, orientar, coordenar, controlar e fiscalizar as

atividades relacionadas com a construção, administração e exploração dos portos e das vias navegáveis interiores, extinta pela Lei nº 8.630/1993, durante o mandato do presidente Fernando Collor de Mello.

Ao final dos anos noventa, era visível uma considerável melhoria e o início de um processo de modernização no sistema portuário, permitindo a inserção do Brasil no processo de globalização da economia. O governo passou o controle dos portos às administrações portuárias estaduais e às Companhias Docas e, ainda, buscou o apoio e investimento do setor privado por meio de concessões e arrendamentos.

Com isso ocorreram importantes mudanças no setor portuário, especialmente no que diz respeito ao regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, ao estabelecimento de uma nova ótica para o setor, incrementando a participação de estados, de municípios, e da iniciativa privada na exploração da atividade portuária, além da estimulação da concorrência e redução de custos portuários.

Em seguida, foi criada a agência reguladora do setor, a ANTAQ (“Agência Nacional de Transporte Aquaviário) em 2001, com objetivo de fiscalizar e regular a exploração da infraestrutura aquaviária como um todo. Posteriormente, em 2005, uma Agenda Portos foi criada pelo Governo Federal com o objetivo de levantar aspectos legais, operacionais e institucionais que comprometiam as atividades portuárias, bem como apontar soluções a serem implementadas até 2008”. Dentre as ações apontadas, destaca-se a criação da Secretaria Especial de Portos – que, posteriormente, teve seu nome alterado para Secretaria de Portos –, proposta pela Medida Provisória nº 369, de 07 de maio de 2007, e convertida na Lei nº 11.518, de 05 de setembro de 2007, que surge como confirmação da prioridade atribuída pelo Governo Federal ao setor portuário.

Nas palavras de Araújo:

As atribuições auferidas à Secretaria de Portos, com status de ministério, demonstram a intenção do Governo Federal em ter, efetivamente, uma visão desenvolvimentista para o setor portuário nacional, eliminando e corrigindo uma situação anterior, quando o mesmo era relegado a um segundo plano dentro de um departamento no Ministério dos Transportes. Este setor, nas últimas décadas, não acompanhou o ritmo de crescimento e desenvolvimento do Brasil, trazendo sérios problemas e prejuízos ao

setor produtivo, que demandando meios para fazer escoar sua produção aos diversos mercados, não encontrava as ofertas necessárias para o atendimento de suas demandas.

Entre as atribuições e competência as Secretaria de portos está a formulação de políticas e diretrizes para fomento do setor portuário, além da execução de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura portuária, com investimentos orçamentários e do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC. É de competência, ainda, da Secretaria de Portos, a participação no planejamento estratégico e a aprovação dos planos de outorga, tudo isto visando dar segurança e eficiência ao transporte aquaviário de cargas e passageiros no Brasil (ARAÚJO, 2013, p. 16-17)

Em 2013, houve a recente e última alteração no marco legal portuário, com a edição da Medida Provisória nº 595 (“MP 595” ou “MP dos Portos”), que, após o acolhimento de 137 emendas, foi transformada na Lei nº 12.815/2013, a Nova Lei dos Portos. E, por fim, no início de maio de 2016, a Secretaria de Portos foi extinta e incorporada pelo Ministério dos Transportes.

2.2.A ATUAL SITUAÇÃO DOS PORTOS BRASILEIROS

Com uma costa de mais de oito mil quilômetros de extensão, o Brasil possui hoje um Sistema Portuário composto por trinta e sete portos públicos e cinquenta e um terminais privativos, sendo trinta e cinco, terminais de uso privado (os chamados TUPs). Este sistema é responsável por mais de noventa por cento da movimentação de carga destinada ao mercado internacional, bem como participa da movimentação de carga no mercado interno. Portanto, restando claro a importância estratégica do setor para a economia brasileira

O atual marco regulatório do setor é a Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Tal marco foi de extrema importância por trazer novas perspectivas e modernizar o setor portuário, que estava há tempos carente de uma regulação moderna e que atendesse às demandas do setor.

Ainda, cabe destacar que no início de maio de 2016, devido ao afastamento da até então presidente do Brasil Dilma Rousseff e passagem do comando para o vice-presidente, Michel Temer, iniciou-se uma grande reforma estrutural com o plano do Governo de redução de quantidade de ministérios. Tal

plano, como previsto por especialistas, culminou na extinção da Secretaria de Portos. Com isso, as funções da Secretaria foram assumidas pelo Ministério dos Transportes – assim como ocorria até 2007 – que ganhou nova denominação: Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

De todo modo, tal mudança ocorrida referente à mudança de Ministério, em nada alterou a agenda de leilões de concessões de áreas em Portos Organizados, que estavam em discussão advento do Novo Marco Regulatório. Sendo assim, permanece agendada para o início de junho a 2ª Etapa de Leilões do Bloco 1 de Arrendamentos⁴, assim como as questões referentes à autorizações para TUP serão coordenadas, a partir de agora pelo novo Ministério.

⁴ O processo de licitação dos arrendamentos dentro dos Portos Organizados é realizado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (“ANTAQ”), que dividiu o processo em blocos e etapas. Até o momento, apenas a 1ª etapa do bloco 1 foi concluída com o leilão terminais localizados em São Paulo e no Pará. Esta 2ª etapa abrange quatro terminais localizados no Pará.

3. O TRATAMENTO JURÍDICO CONFERIDO AOS TERMINAIS PÚBLICOS E PRIVADOS

3.1. BASE CONSTITUCIONAL

O tratamento constitucional atribuído à exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres ao transporte está consignado expressamente no artigo 21, XII, f da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e verifica-se que é de competência da União:

Art. 21. Compete à União:

[...]

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

[...]

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;
(BRASIL, CRFB 1988)

Outro ponto que é preciso ter claro *a priori* é a caracterização das atividades previstas acima como serviços públicos. Segundo Maria Sylvia Di Pietro, serviço público seria “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 de direito público” (DI PIETRO, 1993, p. 80 *apud* CARVALHO FILHO, 2011, p. 309).

A partir do artigo 175 da Constituição Brasileira que determina que “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” é possível abstrair por raciocínio lógico e por interpretação em conjunto com o disposto do art. 21, XII, f, que a exploração de portos pode ser feita diretamente ou por meio de concessão, permissão ou autorização e que este seria um serviço público. Um raciocínio rígido não alcançaria tal premissa, e por este motivo podemos dizer que a Lei dos Portos – tanto a antiga quanto a nova – inovou ao incluir na esfera dos arrendamentos de instalações portuárias em Portos Organizados, a prestação de serviços públicos.

Antes mesmo da edição da Nova Lei dos Portos, Floriano de Azevedo Marques Neto, chegou a mesma conclusão de que o arrendamento da Lei dos Portos é, em verdade, forma de concessão de serviço público além de cessão de

uso de bem público.

Caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime estabelecido pela Lei dos Portos, uma subconcessão *sui generis* de serviço público, guardando traços de concessão de uso de bem público que está em sua origem. (MARQUES NETO, 2003, p. 279)

Cumpra-se ressaltar que a questão inicial não foi alterada, pois o arrendamento possui características de serviço público parecidas tanto em uma quanto na outra Lei.

3.2. PREVISÃO LEGAL

Tendo a base constitucional mencionada no item anterior, logicamente, a Lei nº 12.815/2013 manteve a sistemática pretérita, por meio da qual se estabeleceu, para a integralidade de dado porto público (também chamado de Porto Organizado), a concessão - segundo a qual o adjudicado deverá administrar o porto e explorá-lo em sua inteireza.

A concessão, sempre antecedida de licitação, tem escopo bastante amplo e transfere ao licitante vencedor todos os direitos e as responsabilidades típicas da Administração Portuária Local (Companhias Docas), à exceção das atribuições características do poder de polícia, tais como a competência sancionadora, de natureza indelegável. A concessão designada pelo legislador serve, portanto, àquele empreendedor, cujo interesse econômico seja o de administrar porto público, mediante a gestão de todos os arrendamentos que nele houver e a intermediação da relação entre as arrendatárias e o Poder Concedente, veja:

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

[...]

IX - concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado;

[...]

XI - arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado;

(BRASIL, Lei nº 12.815/2013)

O arrendamento, definido como cessão onerosa de área no interior do Porto Organizado, pressupõe o direito de posse do licitante vencedor àquela área, e sem prejuízo do *nomen iuris* eleito pelo legislador para diferenciá-lo da outra

modalidade possível de exploração portuária no interior do Porto Organizado, o arrendamento também encerra em si uma concessão, que se traduz no direito de uso do bem público, sendo seu traço definidor a limitação do exercício desse direito à parte do bem, no caso, porção do Porto Organizado, a chamada instalação portuária⁵.

Ainda, quanto ao arrendamento portuário, a Lei nº 12.815/2013 não mais admite a outorga de novas autorizações em Portos Organizados, para que neles os detentores do domínio útil estabeleçam Terminais de Uso Privativo (ou – segundo a nova regulação – Terminais de Uso Privado). Como resultado, em área de Porto Público (Poligonal do Porto Organizado) passou a ser apenas possível o estabelecimento de Terminais de Uso Público, ao contrário do tratamento dispensado pela Lei nº 8.630/1993, veja:

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

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

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

(BRASIL, Lei nº 12.815/2013)

O regime portuário, consoante o conceito nuclear de Porto Organizado, foi simplificado, admitindo-se duas possibilidades de operação: (i) Terminal Privado, em área exterior a Porto Organizado; e (ii) Terminal Público, no interior de Porto Organizado.

A latitude da autonomia a que se subsume a arrendatária na operação de Terminal de Uso Público é incomparavelmente mais limitada do que aquela, que se permite ao autorizado na operação de seu Terminal de Uso Privado. Enquanto, nestes, a área e suas instalações, construções, edificações, acessões, bens, benfeitorias são bens privados; nos Portos Organizados, todo o anterior é considerado como bem público.

Outra observação relevante é o fato de que o caráter público da

⁵ “Instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário” (BRASIL, Lei nº 12.815/2013).

concessão, não atrai o regime de direito público para as relações contratuais entre o concessionário e os terceiros. Vejamos o disposto no Decreto nº 8.033:

Art. 21. Os contratos celebrados entre a concessionária e terceiros serão regidos pelas normas de direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, sem prejuízo das atividades regulatória e fiscalizatória da Antaq. (BRASIL, Decreto nº 8.033/2013)

Ou seja, todos os contratos firmados pelo concessionário são regidos pelo direito privado e o poder concedente não possui qualquer responsabilidade relacionada a tais contratações.

3.3. QUESTÕES AFETAS AO TERMINAL DE USO PÚBLICO

Estando esclarecida a diferenciação conceitual entre os terminais públicos e privados, iremos analisar aspectos inerentes ao terminal de uso público que facilitarão ainda mais a compreensão de suas características.

3.3.1. Aspectos Contratuais: O Contrato de Concessão e Arrendamento

Primeiramente, é necessário verificar o que seria um contrato administrativo. Para Celso Antônio Bandeira de Melo:

é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a variáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁶

Dentro do gênero contratos administrativos, o entendimento majoritário da doutrina brasileira vê os contratos de concessão e arrendamento como uma espécie, em outras palavras, os contratos de concessão e arrendamento seriam como um negócio jurídico de natureza contratual com particularidades específicas que o inserem no âmbito do direito público.

Sendo assim, no caso em tela, podemos dizer que o contrato de arrendamento é uma espécie de contrato de direito público por meio do qual o arrendatário recebe o direito de explorar determinada área por período de tempo fixo e estipulado. Tal prazo é fixo e estipulado pela Administração Pública com a intenção de garantir ao arrendatário de terminal portuário a segurança de que poderá utilizar

⁶ (MELLO, 2000, p. 539-540)

determinada área dentro do Porto Organizado independentemente de eventuais mudanças que ocorram com a Administração Portuária.

Para clarificar e reforçar que há a adoção de itens típicos de concessões nessa modalidade de contrato, destaco as seguintes cláusulas contratuais essenciais aos referidos contratos:

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

[...]

IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

[...]

VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;

[...]

VIII - à reversão de bens;

[...]

XI - às garantias para adequada execução do contrato;

(BRASIL, Lei nº 12.815/2013)(grifos nossos)

Um exemplo atual desta modalidade de contratação foi por meio o leilão do primeiro bloco de concessões de áreas em portos públicos, cujo edital foi publicado em outubro de 2015 e concluído no início de 2016. Em breve contextualização, o processo referente aos certames licitatórios para a exploração de áreas e instalações portuárias nos portos organizados de Santos, Belém, Santarém, Vila do Conde e terminais de Outeiro e Miramar (primeiro bloco), estavam desde 15 de outubro de 2013 – data de autuação – no Tribunal de Contas da União (“TCU”), ou seja, foram necessários quase dois anos para a liberação destas áreas pelo referido Tribunal.

No acórdão nº 3.661 do TCU sobre o caso, de 10 de dezembro de 2013 – primeiro acórdão –, o Tribunal de Contas da União realizou um total de dezenove questionamentos e desses dezenove, a Secretaria de Portos, posteriormente, conseguiu cumprir quinze, restando os outros quatro que foram motivo do travamento do processo. Com isso, a SEP apresentou recurso contra a decisão da corte que havia condicionado a publicação do edital ao cumprimento das referidas exigências. Neste momento, o setor portuário aguardava com ansiedade o posicionamento do TCU quanto a estes quatro itens que estavam sendo debatidos, pois a decisão seria um paradigma para os blocos seguintes.

Finalmente, em 06 de maio de 2015, o acórdão do TCU nº 1.077 -

segundo acórdão - foi disponibilizado e, por sua vez, aprovou parcialmente o recurso da SEP em favor da liberação do Primeiro Bloco de Arrendamentos, trazendo alguns comentários sobre as questões que em sua maioria giravam em torno de aspectos financeiros, principalmente sobre tarifas. A explicação de tais comentários já será uma introdução ao próximo item que versará sobre esse assunto.

O TCU exigiu a justificação e fundamentação da tarifa nos editais dos arrendamentos. Os mesmos deveriam contemplar um estudo de fundamentação da política tarifária a ser aplicada. O objetivo de tal exigência seria o de avaliar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade do estabelecimento de tarifas reguladas ou regime de preços. Como bem descreve José dos Santos Carvalho Filho:

Como remuneração pela execução do serviço, o Poder Público fixa a **tarifa** a ser paga pelos usuários. Trata-se de preço público e, portanto, fica a sua fixação sob a competência do concedente.
(CARVALHO FILHO, 2011, p. 365) (grifo do autor)

Ainda, a obrigatoriedade de estabelecimento de um teto tarifário para todos os estudos de viabilidade foi retirada. De acordo com o Ministro Vital do Rêgo, o estabelecimento de um teto tarifário seria uma dentre outras opções de regulação tarifária, sendo possível a coexistência de preços em regime de maior liberdade e tarifas devidamente reguladas. Entretanto, para evitar a liberdade tarifária plena, que traria risco à modicidade⁷ dos preços – que é uma das diretrizes da Nova Lei dos Portos –, o TCU fez a primeira determinação (já mencionada) quanto à justificação e fundamentação da tarifa.

E, por fim, foi retirada a exigência de inclusão de cláusula de revisão tarifária periódica em todos os contratos de arrendamentos, sendo esta necessária apenas para os contratos em que haja fixação de tarifa teto. Nesta toada, vale mencionar a orientação do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 12.815/2013, que determina como diretriz a exploração dos recursos portuários e modicidade tarifária.

Vencidos estes obstáculos, o governo fez um novo pedido ao Tribunal de Contas da União: que fosse modificado o critério de julgamento, a fim de obter uma

⁷ Sobre o Princípio da Modicidade: “Parece-nos acertado o pensamento segundo o qual esse princípio ‘ traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é o objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 322-323)

maior arrecadação, que culminaria em uma redução da dívida pública. A princípio, o critério seria a maior capacidade de movimentação de carga. No entanto, foi solicitada a abertura para a possibilidade de uso do critério de maior valor de outorga, que leva em consideração o maior valor ofertado para obter a outorga (consentimento) da exploração do Arrendamento.

Finalmente, em 30 de setembro de 2015, por meio do Acórdão nº 2.413/2015, o TCU liberou por completo a realização dos Leilões do Primeiro Bloco, concluindo que a escolha do critério de julgamento é legalmente atribuída ao concedente, no caso, a Secretaria de Portos, que poderia optar por qualquer uma das duas. Ainda, aprovou os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (“EVTEAs”) e sugeriu a avaliação da possibilidade de a SEP passar a arcar com o encargo de obter a licença prévia para os terminais *greenfield*⁸.

Isto porque, atualmente, o arrendatário é o responsável por conseguir todas as licenças. O Tribunal de Contas da União teve a ideia de redistribuir os riscos, de forma que a Secretaria de Portos arque com essa obrigação e, ao arrendatário, restaria conseguir as licenças de instalação e operação. Cabe destacar que com a recente extinção da Secretaria de Portos, por consequência, o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil que assumiria a obrigação mencionada anteriormente.

Diante de todo o exposto, foi possível o lançamento das licitações⁹ do Primeiro Bloco de Arrendamentos Portuários, que compreenderam três leilões de áreas e infraestruturas, sendo um de grãos, no Porto Organizado de Santos (SP), outro de grãos no Porto Organizado de Vila do Conde (PA) e outros dois de celulose no Porto de Vila do Conde (PA).

3.3.2. Aspectos Econômico-Financeiros: Mecanismos de Recuperação do Equilíbrio Econômico-Financeiro e Ajuste Tarifário

É inegável a existência de uma relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro desejado pelo arrendatário. Embora não haja previsão legal expressa quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, algo

⁸ São aqueles cuja construção começa do zero.

⁹ Cabe destacar que o art. 66 da Nova Lei dos Portos determina a aplicação subsidiária às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária do disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, conhecida como “Lei de Concessões”.

característico dos contratos de concessão, posteriormente à publicação da Nova Lei dos Portos, houve a emissão por parte da Agência Nacional de Transporte Aquaviário da Resolução nº 3.220, de 08 de janeiro de 2014, que aprova norma que trata da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados. Vejamos os dispositivos de interesse:

Art. 7º Considera-se mantido o **equilíbrio econômico-financeiro** sempre que for comprovado o atendimento às condições estabelecidas no contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida.

Art. 8º A arrendatária ou o poder concedente poderão solicitar a revisão contratual para **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro** nos casos em que vierem a se materializar quaisquer dos riscos expressamente assumidos pelo poder concedente, nos termos previstos no contrato de arrendamento e com reflexos econômico-financeiros para alguma das partes.

(BRASIL, Resolução da ANTAQ nº 3.220/2014)(grifos nossos)

Estes artigos, portanto, vieram para suprir esta necessidade de disposição sobre a revisão contratual com a finalidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Foi estabelecido que nos casos em se materializem quaisquer dos riscos expressamente assumidos pelo poder concedente, nos termos previstos no contrato de arrendamento e com reflexos econômico-financeiros para alguma das partes, será possível a solicitação de revisão contratual.

3.3.3. A Continuidade e Eficiência da Prestação do Serviço

Estes são uns dos princípios fundamentais referentes ao serviço público. Em síntese, a continuidade indica que “os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 318).

Já a eficiência, em conexão com o princípio da continuidade, refere-se à necessidade de prestação de um serviço de modo que a execução seja mais proveitosa e com menos dispêndios, com melhoria da produtividade. Isto é crucial para os terminais, pois a melhoria da produtividade gera uma melhora na capacidade, reduz gargalos, as estruturas conseguem movimentar maior quantidade de carga, a receita aumenta, isto tudo utilizando a mesma base de ativos.

A Resolução da ANTAQ nº 2.240, de 04 de outubro de 2011, que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados, por exemplo, descreve o serviço adequado como sendo “aquele que satisfaz as condições de regularidade, pontualidade, **continuidade**, **eficiência**, conforto, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade dos preços” (BRASIL, Resolução da ANTAQ nº 2.240/2011, art. 2º, XVII)(grifos nossos).

3.3.4. O Perfil da Carga e o Interesse Público

Uma situação que carece de melhor regulação é aquela em que o arrendatário é o único real interessado em movimentar determinada carga em determinada localidade específica, caso no qual o terminal seria utilizado em caráter de exclusividade. Em outras palavras, trata-se de caso de utilização da instalação portuária não para fins de prestação de serviço público, mas para desempenho de atividade econômica *strictu sensu*, pois falta o elemento público neste caso, o que fere o princípio basilar do direito administrativo, o princípio da supremacia do Interesse Público, que afirma que “não é o indivíduo o em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 30).

Pode-se dizer que as cláusulas obrigatórias do contrato de arrendamento (art. 5º da Lei nº 12.815/2013), principalmente aquelas voltadas para a regulação de serviços públicos, são inaplicáveis e incompatíveis para o caso narrado. Isto porque, não se trata de serviço público, mas sim de cessão de uso de bem público para desempenho de atividade econômica de interesse unicamente do arrendatário.

Carlos Ari Sundfeld abordou essa questão específica de arrendamento de área portuária para fim diverso da prestação de serviço público. Apesar de a situação analisada referir-se ao desempenho de atividades em área portuária que não possui a atividade-fim como a movimentação de carga – mas sim atividade industrial ou comercial –, ela trata de ponto comum ao que estamos analisando neste estudo, que seria o desempenho mediante arrendamento de atividade que não a prestação de serviço público. Vejamos:

Há algumas distinções jurídicas relevantes entre o arrendamento portuário para fins de serviço público e o arrendamento portuário

para fins não públicos. Naquele, existe aproximação com a lógica da concessão de serviço público, razão pela qual por vezes se utilizam nos contratos de arrendamento categorias jurídicas próprias de Lei de Concessões de Serviços Públicos – “bens reversíveis” (Lei nº 8.987/1995, arts. 23, X; 35, §§ 1º a 4º; e 36), “condições de atualidade” do serviço (Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 1º), “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados” (Lei nº 8.987/1995, art. 11), “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido” (Lei nº 8.987/1995, art. 25, § 1º), etc.

Já no arrendamento para fins não públicos, não há serviço público. Ao Estado não é dado imiscuir-se amplamente na atividade privada desenvolvida na área arrendada como se ela fosse, ou pudesse ser deliberadamente confundida com um serviço público concedido. A atividade privada não é serviço público, submetê-la à lógica da concessão seria um erro e, mais ainda, valer-se da terminologia própria da concessão para regê-la só geraria confusão.

Como se disse, no arrendamento para fins não públicos não há serviço público, razão pela qual não se pode sujeitar a atividade à aplicação da Lei de Concessões de Serviço Público (nº 8.987/1995). Tampouco há tarifa ou preço público controlado. Ou seja, o “serviço” (atividade econômica de fabricação, comercialização e outras) e o preço não estão, como não deveriam estar submetidos a controle estatal.

No arrendamento com fins privados, opera-se uma cessão onerosa de espaço público para fins privados – de indústria, p. ex. É normalmente impertinente submeter essas atividades ao mesmo tipo de fiscalização que recai sobre a prestação de serviços públicos. A fiscalização estatal dessa última tende a ser mais intensa que a da primeira, pois do serviço público o Estado é o titular e, nessa condição de senhoria, tende a regulá-lo de forma mais incisiva; já a fiscalização das atividades privadas tende a ser mais equilibrada, pois deve respeitar a liberdade de iniciativa dos particulares, constitucionalmente protegida (SUNDFELD, SOUZA, & JURKSAITIS, 2012, pp. 41 e 42).

Pode-se, então, apreender que em caso de ocorrência de movimentação de cargas exclusivas do arrendatário, o regime de direito público é de impossível aplicação, a não ser que terceiros demonstrem interesse na utilização daquela determinada infraestrutura. Entretanto, a lei não prevê uma forma de arrendamento com esta finalidade e estabelece cláusulas indispensáveis (art. 5º) ao contrato tipicamente advindas de regime de serviços públicos, tais quais: controle de tarifas, adequação dos serviços, e direitos e deveres dos usuários. Até porque, ao longo do período de vigência do arrendamento (normalmente de 25 anos), é possível que eventuais interessados na utilização dos serviços daquele terminal surjam. Neste caso, o arrendatário deve estar devidamente apto a prestar o serviço em

conformidade com o contrato de arrendamento e as normas em vigor.

Está hipótese traz à tona a necessidade de regulação da relação do delegatário do serviço público com os usuários, a fim de buscar prevenir abusos da ordem econômica e a eficiência no uso da infraestrutura portuária. Atualmente, a regulação desta situação, com potencial para gerar conflitos, é realizada pelos regulamentos dos portos, editais de licitação e contratos.

3.3.5. A Movimentação de Carga Própria *versus* De Terceiros

Um ponto silenciado tanto a Lei nº 8.630/1993 quanto a nova Lei nº 12.815/2013 é quanto a movimentação de carga própria e a de terceiros. Tal silêncio foi encarado pelos juristas como a confirmação da inexistência de diferença e tratamento entre estes dois tipos de carga. Em outras palavras, por a obrigação de movimentação exclusivamente de carga própria não estar explícita, entende-se que a movimentação de cargas de terceiros em arrendamentos deve ter o mesmo tratamento¹⁰.

Devemos neste ponto recordar o princípio estruturante do direito administrativo, o da generalidade, explicado por Carvalho Filho:

O princípio da generalidade apresenta-se com dupla faceta. Significa, de um lado, que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, vale dizer, deve beneficiar o maior número possível de indivíduos.

Mas é preciso dar relevo também ao outro sentido, que é o de serem eles prestados sem discriminação entre os beneficiários, quando tenham estes as mesmas condições técnicas e jurídicas para a fruição. Cuida-se de aplicação do princípio da isonomia ou, mais especificamente, da impessoalidade (art. 37, CF). Alguns autores denominam esse modelo como princípio da igualdade dos usuários, realçando, portanto, a necessidade de não haver preferências arbitrárias (CARVALHO FILHO, 2011, p. 317-318).

Além disso, deve-se aplicar o princípio da universalidade, que busca garantir o amplo acesso a quem quer que necessite de determinado serviço, sob pena de não atendimento à obrigação de disponibilização de serviço adequado, previsto na Constituição Federal e detalhado na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços

¹⁰ É comum a ocorrência de arrendamentos de instalações portuárias em que ocorra movimentação de carga própria do arrendatário, além da carga de terceiros.

públicos:

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.

[...]

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

(BRASIL, CRFB 1988)

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

(BRASIL, Lei nº 8.987/1995)

De todo modo, não há dúvidas de que esta situação deve ser melhor explicada nos editais, contratos de arrendamento e regulamentos emitidos pelos órgãos reguladores no que se refere aos direitos dos usuários. Outra legislação que dispõe sobre o tema, especificamente sobre (i) a necessidade de serem combatidos pelo órgão regulador, especialmente a ANTAQ, abusos e ofensas à ordem econômica eventualmente praticados por arrendatários, bem como sobre (ii) o dever de o órgão garantir o uso harmônico da infraestrutura portuária, compatibilizando os interesses de usuários e arrendatários, é a Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001:

Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:

[...]

VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

[...]

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.

[...]

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

[...]

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores;
(BRASIL, Lei nº 10.233/2001)

Portanto, é visível que o ordenamento jurídico brasileiro carece de normas que regulem a prestação de serviço atendendo aos princípios basilares da administração pública, como o da generalidade, e em caráter não discriminatório. Essa regulação se faz necessária para evitar que o arrendatário se apodere de toda a capacidade do terminal para movimentar somente a sua carga, dando-lhe preferência em relação a carga de terceiros.

Mesmo que as regras de preferência de atracação, embarque e desembarque sejam válidas e comuns em regulamentos portuários – e não necessariamente firam a generalidade –, é necessário estar atento, pois neste cenário, sempre há a possibilidade de a preferência se tornar exclusividade, o que vai contra a diretriz de harmonização citada acima.

3.4. QUESTÕES AFETAS AO TERMINAL DE USO PRIVADO

3.4.1. Aspectos Contratuais: O Contrato de Adesão advindo da Autorização

Segundo Carvalho Filho, a autorização seria o “ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu **exclusivo ou predominante interesse**, não se caracterizando a atividade como serviço público” (CARVALHO FILHO, 2011, p. 423, grifos nossos). Em outras palavras, a autorização seria pertinente para as hipóteses em que atividades de interesse privado necessitam de consentimento estatal¹¹.

Finalmente, resta por analisar a situação das autorizações para exploração de terminais de uso privado, a qual está legalmente descrita pela Lei dos Portos como “a outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão” (art.

¹¹ Outra definição tradicional de autorização é a trazida por Di Pietro, para quem “a autorização constitui ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos” (DI PIETRO, 2002, p. 218).

2º, XII). Como já mencionado anteriormente neste estudo, a Lei dos Portos, promulgada em 2013, inaugurou um regime de concorrência entre terminais públicos e privados, uma vez que derrubou a vedação presente na legislação revogada à movimentação majoritária de carga de terceiros em portos privados.

Na doutrina, existem duas correntes: uma que diz ser possível autorização de serviço público e outra que refuta essa possibilidade. Em uma análise da Constituição Federal é possível verificar que a primeira corrente não possui um forte respaldo constitucional. É importante analisar o art. 21, XII da Constituição Federal, que dá competência à União Federal para “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” (BRASIL, CRFB 1988, art. 21, XII), portos marítimos, fluviais e lacustres. Entretanto, essas atividades nem sempre são típicos serviços públicos, ou seja, é possível que elas sejam exercidas sem visar o Interesse Público. Sendo assim, conforme entendimento de Carvalho Filho:

A menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a concessão e a permissão são os institutos próprios para a prestação de serviços públicos, e a autorização o adequado para o desempenho de atividade do próprio interesse do autorizatário. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 356)

O objetivo da autorização é mais voltado para atividades econômicas que, embora possam ser de interesse geral, não estejam tão diretamente vinculadas a atividades essenciais à população. No caso em análise, as atividades essenciais à população deveriam ser supridas pela operação em portos organizados. Alexandre Aragão menciona que a autorização, quando tiver como objeto a prestação de serviço ao público, será materialmente uma concessão, carregando somente o nome de outro regime. Afinal, é a natureza estatal ou privada do serviço que determina a forma, e não o contrário (ARAGÃO, 2009, p. 25).

Igualmente relevante, nessa discussão sobre a classificação da exploração de portos mediante autorização como prestação de serviços públicos ou não é a análise do artigo 175 da Constituição Brasileira, que determina ao Poder Público a incumbência de prestar serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão. Frise-se que não há menção à autorização como uma das possíveis modalidades de delegação dos serviços, o que, jamais poderia ser

entendido como uma lacuna ou um esquecimento do constituinte¹². Portanto, não se admite no atual regime constitucional a prestação de serviço público por meio de autorização.

3.4.2. Aspectos Econômico-Financeiros: A Nova Modalidade de Autorização

Apesar de o regime de autorização – caracterizado pela precariedade, discricionariedade e unilateralidade –, à princípio, não ser voltado para a prestação de uma utilidade essencial à população, não podemos deixar de observar as modificações pelas quais o instituto vem passando na legislação brasileira, haja vista a criação de uma nova modalidade de autorização: a autorização vinculada.

Tendo em vista a necessidade recorrente de maior investimento em atividades de interesse público e o caráter rígido do regime típico dos serviços públicos, foi necessário criar uma modalidade de autorização que trouxesse maior segurança¹³. Esta virada na definição da autorização teve início com a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que regula matéria muito parecida à das autorizações portuárias, visto que a exploração de serviços de telecomunicações também é de competência exclusiva da União, seja diretamente ou por meio de concessão, permissão ou autorização, conforme artigo 21, XI.

Na Lei nº 9.472/1997, a autorização está assim definida:

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.
(BRASIL, Lei nº 9.472/1997; art. 131)

Nesse caso, a autorização deixa de ser ato administrativo discricionário e passa a ser ato administrativo vinculado, ou seja: uma vez presentes os requisitos previstos em lei, a União é obrigada a autorização, sem margem para julgamento de conveniência e oportunidade administrativa. Além disso, a característica de precariedade não vale para este modelo, visto que “a autorização de serviço de

¹² Sobre as lacunas, devemos ter em mente que elas devem sempre ser interpretadas como dotadas de um sentido, salvo erros formais. De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco: “A omissão nesse âmbito, terá sido o resultado do objetivo consciente de excluir o tema da disciplina estatuída” (MENDES & BRANCO, 2011, p. 101).

¹³ Principalmente, se comparada ao regime frágil representado pela autorização tradicional.

telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação” (Lei nº 9.472/1997; art. 138).

Como a chamada autorização vinculada já fazia parte do ordenamento jurídico e do direito administrativo brasileiro, a Nova Lei dos Portos não pode ser considerada pioneira no emprego desta modalidade. Mas, é interessante que no caso específico desta última, não estão presentes nenhum dos elementos essenciais da autorização tradicional.

Não há discricionariedade, se os requisitos objetivos definidos em lei sejam cumpridos, não há espaço para negativa por parte de Administração Pública. Não há precariedade, já que um prazo de 25 anos é previsto na legislação, sendo este prorrogável por períodos sucessivos (Lei nº 12.815/2013, art. 8º, § 2º). E não há unilateralidade, pois há a celebração de um contrato de adesão, com obrigações de ambas as partes.

Diante o exposto, é inegável a aproximação do regime de autorizações com o regime de concessões de serviços públicos, com o desígnio de emprestar-lhe maior segurança, e assim viabilizar mais uma modalidade de desempenho de atividades de interesse público. Esse aspecto somado ao fim da limitação de movimentação de cargas de terceiros, procura criar um mercado de competição aberta entre terminais públicos e privados.

4. DIFERENÇAS ENTRE OS REGIMES DE ARRENDAMENTO E DE AUTORIZAÇÃO E SEUS IMPACTOS NA COMPETIÇÃO

Conforme verificado nos itens anteriores, existe uma grande semelhança entre as autorizações e os arrendamentos. Os próprios artigos da Lei dos Portos fazem referência expressa a um quando estão tratando de outro regime, veja:

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

[...]

§ 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que **conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º**¹⁴, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII. (BRASIL, Lei nº 12.815/2013) (grifos nossos)

No exemplo acima, fica claro que um contrato de adesão, que se refere a uma autorização, deve ter basicamente todas as cláusulas essenciais de um contrato de concessão e arrendamento, exceto quanto à cláusula com o valor do contrato, as tarifas praticadas e os critérios e procedimentos de revisão e reajuste e quanto à cláusula sobre reversão de bens, que não seriam aplicáveis para este último contrato.

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;

IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;

VII - às responsabilidades das partes;

VIII - à reversão de bens;

IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;

X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos

¹⁴ Este artigo 5º trata das cláusulas essenciais aos contratos de concessão e arrendamento.

métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;
XI - às garantias para adequada execução do contrato;
XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;
XIII - às hipóteses de extinção do contrato;
XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;
XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;
XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;
XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e
XVIII - ao foro.
(BRASIL, Lei nº 12.815/2013) (grifos nossos)

No entanto, a semelhança entre os modelos não faz com que os regimes se confundam, visto que existem relevantes diferenças, sobretudo da perspectiva regulatória, como poderá ser vislumbrado nos itens que seguem. Digo que tais distinções são relevantes, pois apenas com a compreensão das mesmas, se é possível entender o ambiente de competição entre terminais públicos e privados.

Antes de analisar as diferenças caso a caso, relembremos que conforme previsto na Lei dos Portos, o arrendamento seria a união da cessão de uso de bem público – no caso, a infraestrutura portuária –, com a concessão de serviço público. Sendo assim, neste tipo de contratação, aplicam-se normas típicas de direito público, com proximidade em muitos pontos com o regime da Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995).

Já nos terminais de uso privado, embora os serviços prestados por detentores de autorização concedida pela União não configurem prestação de serviço público, é aplicada uma modalidade de autorização que propicia o seu uso para a prestação de um serviço de interesse público. Esta modalidade é a chamada autorização vinculada que, conforme analisado, é bem diferente da autorização clássica do direito administrativo, e traz mais segurança para o titular da mesma. Em resumo, sua natureza é contratual, vinculada e não precária, o que a torna bem parecida com os regimes de concessão e arrendamento.

Voltando ao objetivo deste item, após um breve resumo para delimitação

dos regimes, que muito se assemelha, vamos analisar a partir de agora as diferenças com maior potencial de impacto na competição, quais sejam: (i) sujeição ao controle de uma autoridade portuária, (ii) necessidade de licitação; (iii) tarifas e preços, (iv) aplicabilidade de princípios do serviço público, (v) reversibilidade dos bens públicos afetos à delegação, (vi) forma de contratação de mão de obra.

4.1. SUJEIÇÃO AO CONTROLE DE UMA AUTORIDADE PORTUÁRIA

No caso de arrendamento e concessão de área em Porto Organizado, o arrendatário (operador do terminal) é obrigado a se sujeitar ao controle de uma autoridade portuária. De acordo com o art. 17 da Lei dos Portos, são atribuídas à Autoridade Portuária diversas atribuições, como por exemplo: estabelecer o regulamento do Porto Organizado; decidir sobre conflito entre agentes que atuam no Porto Organizado, cumprir e fazer cumprir o disposto nos contratos de concessões, leis e regulamentos, dentre outras. Em resumo, ela atua como uma espécie de síndico do Porto Organizado, veja:

Art. 17. A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado.

§ 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária:

I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão;

II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação;

III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente;

IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades;

V - fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias;

VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;

VII - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto;

VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto;

IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto;

X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da

autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário;

XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos;

XII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto;

XIII - prestar apoio técnico e administrativo ao conselho de autoridade portuária e ao órgão de gestão de mão de obra;

XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no cais de uso público; e

XV - organizar a guarda portuária, em conformidade com a regulamentação expedida pelo poder concedente.

(BRASIL, Lei nº 12.815/2013)

Para a execução de tais competências, tarifas portuárias são cobradas dos arrendatários, encargo ao qual os autorizatários de terminais de uso privado não estão sujeitos. Entretanto, apesar de estarem isentos da cobrança realizada pela Autoridade Portuária, os autorizatários devem arcar com todas as despesas de administração e exploração do porto. Ou seja, devem executar as atividades que são desempenhadas pela Autoridade Portuária e, diferentemente de um porto organizado – que possui vários arrendatários que dividem os custos da autoridade portuária –, usualmente TUPs estão sozinhos em sua área portuária.

Uma alternativa encontrada pelos terminais de uso privado – nos casos em que possuam TUPs “vizinhos” em seu entorno –, foi a de se unirem sob uma mesma administração e compartilharem áreas comuns, em uma relação de direito privado. Isso possibilitou a divisão de custos entre os autorizatários. Portanto, neste aspecto de “sujeição ao controle de uma autoridade portuária *versus* administração de um TUP” não é possível afirmar qual seria o modelo mais vantajoso, pois isto depende de uma avaliação da burocracia de cada caso, os custos de cada operação, da eficiência das administrações portuárias cada porto, etc.

4.2. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO

A autorização para a construção, exploração e ampliação de terminais de uso privado, segundo a Resolução da ANTAQ nº 3.290/2014, não requer, em regra, realização de processo licitatório prévio. Em geral, cumprindo todos os requisitos mínimos, a autorização é ato vinculado, não havendo margem para discricionariedade. De acordo com a referida resolução e a Nova Lei dos Portos,

para a obtenção de autorização, o potencial autorizatário deverá passar pelos processos de chamada pública ou pelo anúncio público, sendo o primeiro iniciado por iniciativa do Poder Público, e o segundo, a partir de iniciativa de qualquer interessado. Veja:

Art. 9º Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq a qualquer tempo, na forma do regulamento.

§ 1º Recebido o requerimento de autorização de instalação portuária, a Antaq deverá:

I - publicar o extrato do requerimento, inclusive na internet; e

II - **promover a abertura de processo de anúncio público**, com prazo de 30 (trinta) dias, para identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes.

[...]

Art. 10. O poder concedente poderá determinar à Antaq, a qualquer momento e em consonância com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, **a abertura de processo de chamada pública para identificar a existência de interessados na obtenção de autorização de instalação portuária**, na forma do regulamento e observado o prazo previsto no inciso II do § 1º do art. 9º.

(BRASIL, Lei nº 12.815/2013)(grifos nossos)

Ainda de acordo com a Nova Lei dos Portos, caso haja mais de um projeto seja apresentado para a mesma área, primeiramente deve ser analisada a viabilidade de implantação das duas (ou mais) de maneira concomitante. Caso não seja possível, deve ser realizado um processo simplificado, conforme regulado pela Resolução da ANTAQ nº 3.290/2014 – no capítulo “Do Processo Seletivo Público”. Seguem os dispositivos legais:

Art. 12. Encerrado o processo de chamada ou anúncio público, o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário.

§ 1º Observado o disposto no regulamento, poderão ser expedidas diretamente as autorizações de instalação portuária quando:

I - o processo de chamada ou anúncio público seja concluído com a participação de um único interessado; ou

II - havendo mais de uma proposta, não haja impedimento locacional à implantação de todas elas de maneira concomitante.

§ 2º Havendo mais de uma proposta e impedimento locacional que inviabilize sua implantação de maneira concomitante, a Antaq deverá promover processo seletivo público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

§ 3º O processo seletivo público de que trata o § 2º atenderá ao

disposto no regulamento e considerará como critério de julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital.

§ 4º Em qualquer caso, somente poderão ser autorizadas as instalações portuárias compatíveis com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, na forma do caput. (BRASIL, Lei nº 12.815/2013)

O processo acima, é indubitavelmente mais simples do que a licitação para arrendamento, que por sua vez, possui um processo com etapas muito mais complexas e burocráticas, quais sejam: (i) publicação do edital, (ii) publicação do Manual de Procedimentos do Leilão, (iii) período para solicitação de esclarecimentos sobre o Edital; (iv) divulgação da ata com os esclarecimentos ao Edital pelo Poder Concedente, (v) período para impugnação ao Edital e posterior divulgação do resultado do julgamento das impugnações ao Edital, (vi) recebimento das propostas pelo Arrendamento devidamente instruídas, (vii) divulgação da decisão motivada da Comissão Especial de Licitação sobre eventual não aceitação dos documentos apresentados pelos interessados, (viii) realização do leilão, (ix) divulgação da ordem de classificação das propostas pelo arrendamento, (x) abertura dos documentos de habilitação das proponentes vencedoras, (xi) publicação da ata de julgamento relativa à análise dos documentos de habilitação da(s) Proponente(s) vencedora(s), (xii) período para interposição de recursos, (xiii) homologação do resultado e adjudicação do objeto pelo Poder Concedente, (xiv) prazo final para comprovação de atendimento, pela proponente vencedora, das obrigações previstas no edital e (xv) convocação do adjudicatário para celebração do Contrato de Arrendamento.

4.3. TARIFAS E PREÇOS

Esse aspecto é gerador de muito descontentamento por parte de terminais públicos, haja vista que estes devem cobrar tarifas reguladas pela prestação de serviços. Diferentemente, os terminais de uso privado, têm liberdade para fixar o preço cobrado dos usuários de sua instalação, conforme o parágrafo primeiro do artigo 8º da Nova Lei dos Portos:

§ 1º A **autorização** será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterà as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5o, **com exceção** daquelas previstas em seus incisos **IV** e **VIII**. (BRASIL, Lei nº 12.815/2013) (grifos nossos)

A exceção do inciso IV é justamente quanto à cláusula que dispõe sobre o valor do contrato, as tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste. Certo é que a ANTAQ, em sua função de agência reguladora, deve fiscalizar e coibir a prática de atos que representem ofensa à ordem econômica (como formação de cartéis¹⁵, por exemplo). Mas por mais que a Agência se esforce neste sentido, a possibilidade de os terminais privados poderem negociar o valor cobrado dos usuários de forma individualizada, os coloca em posição de grande vantagem.

Com isso, desde que não haja ofensa à ordem econômica, critérios como (i) preço praticado pela concorrência, (ii) volume movimentado, (iii) extensão do contrato, poderão ser levados em conta na fixação do valor contratado com terminais de uso privado. Os terminais públicos em portos organizados, por sua vez, são obrigados a praticar os preços tabelados e aprovados pela ANTAQ, sempre de acordo com os termos regulamentares e contratuais, visto que os serviços prestados por estes têm caráter público e, neste caso, a previsibilidade do valor a ser pago é fundamental.

Outro ponto polêmico da Nova Lei dos Portos, ainda na questão de tarifas e preços, é a nítida tentativa de atribuir regras de serviços públicos ao regime de autorização (de natureza privada). Em seu artigo 3º há a determinação de que as tarifas e os preços em portos organizados e instalações portuárias deverão atender ao princípio da modicidade e publicidade, veja:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes:

[...]

II - garantia da **modicidade** e da **publicidade** das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários;

(BRASIL, Lei nº 12.815/2013) (grifos nossos)

O princípio da modicidade é aquele que preceitua que os serviços devem ser remunerados a preços módicos. Segundo Sérgio de Andréa Ferreira, o referido

15 De acordo com Nelson Celso de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto: “O cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor de atividade econômica. Os empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição de matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se, desta forma, a eliminação do processo normal de concorrência”. (BRANCO, N. A. e BARRETO, C. A., 1964 *apud* FORGIONI, 2013 p. 338)

princípio “traduz a noção de que o lucro, meta da atividade econômica capitalista, não é objetivo da função administrativa, devendo o eventual resultado econômico positivo decorrer da boa gestão dos serviços” (FERREIRA, S. A., 1985 *apud* CARVALHO FILHO, 2011, p. 322). E o princípio da publicidade é aquele que visa a transparência dos atos praticados. Segundo Carvalho Filho:

Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos.
(CARVALHO FILHO, 2011, p. 24)

Esta tentativa de atribuir regras de serviços públicos ao regime de autorização é incongruente, pois se o pressuposto do regime é de liberdade de preços, que faz com que a autorizatária tenha a possibilidade de negociar livremente os valores contratualmente com seus clientes, esses preceitos não são cabíveis. A única forma de interpretar-se a necessidade de dar publicidade e praticar preços módicos em terminais de uso privado, seria para fins de uso da capacidade ociosa do terminal.

4.4. APLICABILIDADE DE PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Neste ponto, será abordada um pouco mais a fundo a questão da aplicabilidade de princípios do serviço público, já introduzida no item anterior. Como visto, apesar de as autorizações terem a princípio um regime de direito privado, a Nova Lei dos Portos traz para ela obrigações típicas do modelo de prestação de serviços públicos, principalmente as elencadas no artigo 5º, com exceção dos incisos IV e VIII.

Saindo da esfera do regime de autorização, que, como visto, recebe alguns preceitos incongruentes com sua natureza (modicidade e publicidade das tarifas), é possível observar que sobre os arrendamentos incidem outros importantes princípios que não são extensíveis aos autorizatários. Dentre estes princípios voltados para a coletividade, destacam-se os princípios da continuidade dos serviços e da universalidade.

O princípio da continuidade indica que os serviços públicos devem ser prestados de forma contínua, sem interrupções. Segundo Marçal Justen Filho:

A continuidade significa que a atividade de serviço público deverá desenvolver-se regularmente, sem interrupções. Dela derivam inúmeras consequências jurídicas, entre as quais a impossibilidade de suspensão dos serviços por parte da Administração ou do delegatário e a responsabilidade civil do prestador do serviço em caso de falha.

(JUSTEN FILHO, 2005, p. 740)

Já o princípio da universalidade possui duas facetas. A primeira seria no sentido de que os serviços públicos devem ser prestados com a maior amplitude possível, beneficiando o maior número de indivíduos. A segunda faceta refere-se à necessidade de que sejam prestados sem discriminação entre os beneficiários – quando estes tenham as mesmas condições para fruição. Segundo Marçal Justen Filho:

A universalidade significa que o serviço público deve ser prestado em benefício de todos os sujeitos que se encontrem em situação equivalente, de modo indeterminado. Admite-se, como é da essência da isonomia, a discriminação fundamentada em critérios adequados.

(JUSTEN FILHO, 2005, p. 741)

Por fim, cumpre tecer comentários sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, tendo em vista seu peso regulatório. Os contratos de arrendamento estão protegidos por este princípio que em tese garante, a recomposição das condições iniciais de igualdade de obrigações do contrato, caso surja nova situação que provoque desequilíbrio. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá” (MELLO, 2000, p. 558-559). Em comparação com as autorizações de terminais de uso privado, o peso regulatório em contratos de arrendamento de terminais de uso público é inegavelmente maior.

4.5. REVERSIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS AFETOS À DELEGAÇÃO

A reversão de bem público, é a passagem ao poder concedente dos bens de concessionário, quando da extinção da concessão. Nas palavras de Carvalho Filho “reversão é a transferência dos bens do concessionário para o patrimônio do concedente em virtude da extinção do contrato”. A obrigatoriedade de reversão de bens em caso de contrato de arrendamento, trazida pelo disposto no art. 5º, inciso

VIII da Nova Lei dos Portos é um contraponto com as autorizações que possui esse aspecto considerado dispensável, haja vista o disposto no artigo 8º, parágrafo 1º, da Nova Lei dos Portos.

No caso em análise, é difícil delimitar em qual dos dois casos é possível se obter maior vantagem, pois enquanto o autorizatário precisará investir uma alta quantia para adquirir a área, construir a estrutura para desempenho da atividade, elaborar projetos, obter financiamentos e as licenças necessária para operação (termo e liberação de operação, licença ambiental, etc.), o arrendatário receberá a cessão de uso de uma infraestrutura pública já pronta, com possível necessidade de novos investimentos para modernização. Até aqui, o arrendamento possui uma aparência mais vantajosa, visto que os custo financeiro – frise-se, aparentemente – seriam de menor monta.

A depender das características de cada porto e das condições negociadas, a obrigatoriedade de reversão dos bens incorporados pelo arrendatário ao patrimônio público ao final do período de arrendamento poderá representar ônus menor em relação aos altos investimentos requeridos para terminais privados.

4.6. FORMA DE CONTRATAÇÃO DE MÃO DE OBRA

A última importante distinção é quanto à forma de contratação de mão de obra em terminais de uso privados e em portos organizados. O arrendatário de portos públicos possui duas alternativas de contratação: (i) trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado ou (ii) trabalhadores portuários avulsos.

A primeira alternativa faz com que arrendatário perca sua autonomia para contratar profissionais junto ao mercado de trabalho, estando sujeito à indicação de profissionais feita pelo Órgão Gestor de Mão de Obra (“OGMO”). Já a segunda, trabalhadores portuários avulsos, está obrigatoriamente inserida em categoria profissional diferenciada, veja:

Art. 40. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

[...]

§ 2º A contratação de trabalhadores portuários de capatazia, bloco,

estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados.

[...]

§ 4º As categorias previstas no caput constituem categorias profissionais diferenciadas.

(BRASIL, Lei nº 12.815/2013)

Estando as duas alternativas de contratação de mão de obra inseridas em categorias profissionais diferenciadas, evidente é que a negociação de condições de trabalho por meio de contratos e acordos coletivos se torna mais difícil para o arrendatário em portos organizados, o que conseqüentemente gera um aumento do custo para o mesmo.

Diferentemente, aos terminais de uso privado, “é facultada [...] a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho”, ou seja, a utilização de mão de obra vinculada ao OGMO é desnecessária, o que facilita a negociação de condições de trabalho por meio de contratos e acordos coletivos.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou trazer uma contextualização da atual situação regulatória portuária a fim de avaliar as inovações entre as duas formas de delegação de exploração de serviços portuários – os regimes de arrendamento e autorização – trazidas pelo atual marco legal brasileiro concernente ao setor portuário, a Lei nº 12.815. E, sob uma perspectiva jurídico-legal, analisar o regime jurídico em que se enquadram os arrendamentos – no caso de terminais públicos – e as autorizações – no caso dos terminais de uso privado, ponto bastante controverso na Nova Lei dos Portos.

O atual marco regulatório do setor, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, de fato, apesar de pequenas falhas, movimentou-se na direção de definir mais claramente os conceitos de arrendamento e de autorização. O arrendamento, regime dos terminais de uso público, foi nitidamente afastado da antiga definição como uma simples cessão de uso de bem público. Isto porque, desde a Antiga Lei dos Portos o conceito possuía normas típicas de concessão de serviços públicos, o que foi consagrado com a Nova Lei.

Verificou-se também que o modelo de autorização trazido pela Nova Lei dos Portos, em certos pontos, oferece maior segurança ao autorizatário, haja vista as mutações infraconstitucionais sofridas, até chegar à “autorização vinculada”. Tais modificações, que a aproximaram do modelo de serviço público, fizeram esta modalidade mais atrativa ao investidor. Não obstante, tal aproximação não a faz igual ao arrendamento, pois o peso regulatório para as autorizações continua sendo mais leve, mesmo a autorização para construir e explorar instalação portuária na modalidade de terminal de uso privado sendo uma forma de prestação de serviços de interesse público.

Portanto, o desígnio do novo marco do setor certamente foi garantir a disponibilidade de serviço de competência da União – no caso, os portos públicos – e, de alguma maneira, deixá-lo mais atrativo ao investidor privado. Para isso, procurou garantir que qualquer interessado pudesse ter acesso a uma estrutura pública para serviços portuários, por meio de cobrança de tarifas preestabelecidas. Adicionalmente, o novo marco do setor criou um ambiente de competição,

incentivando a criação de terminais de uso privado, o que por consequência geraria uma capacidade extra de movimentação e garantiria oferta de capacidade cada vez maior.

Sobre extinção da Secretaria de Portos e incorporação da mesma ao Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, é possível vislumbrar uma perspectiva positiva, no sentido da integração dos modais de transporte. O desenvolvimento de cadeias logísticas intermodais e multimodais é essencial para a integração e redução de custos com o transporte de mercadorias e os investidores poderão avaliar este possível benefício.

O grande desafio, portanto, será no sentido de que o comando do departamento de Portos consiga agir com autonomia e com uma visão de estímulo ao setor neste novo cenário ministerial e fazer com que os terminais públicos e privados possam competir sem grandes desequilíbrios. Em suma, a liberdade de preços no modelo de autorizações, sem dúvidas, é o fator de maior impacto. Mas, de todo modo, há vantagens e desvantagens do ponto de vista econômico para ambos os modelos. Somente com a reorganização do setor, tais conclusões acerca das inovações trazidas pelo novo marco regulatório poderão ser avaliadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, A. S.. Delegação de serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico** (Ed. nov-jan.). Salvador: 2009

ARAGÃO, A. S. **Curso de Direito Administrativo** (2ª ed.). Rio de Janeiro, RJ, Brasil: Forense, 2013.

ARAÚJO , F. H. . **Sistema Portuário Brasileiro: Evolução e Desafios**. Florianópolis, 2013 Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/home-1/estudos-e-pesquisas/tcc/francisco-humberto-castelo-branco-araujo.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2016.

BINENBOJM, G. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização** (3ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Carta Régia (1808). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/carreg_sn/antioresa1824/cartaregia-35757-28-janeiro-1808-539177-publicacaooriginal-37144-pe.html>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL. Decreto nº 4.859, de 8 de junho de 1903. Estabelece regimen especial para execução de obras de melhoramento de portos. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-4859-8-junho-1903-527453-republicacao-107169-pe.html>>. Acesso em 01 jun. 2016.

BRASIL. Decreto nº 6.368, de 14 de fevereiro de 1907. Modifica o regimen especial para execução de obras de melhoramento de portos, estabelecido pelo decreto n. 4.859, de 8 de junho de 1903. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-6368-14-fevereiro-1907-527616-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 01 jun. 2016.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Decreto-Lei nº 200/1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em 27 mai. 2016.

BRASIL, Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008. Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013. Regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Lei nº 8.630, 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. Lei dos Portos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8630.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9472.htm>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Resolução da ANTAQ nº 2.240, de 04 de 10 de 2011. Aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000004615.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL, Resolução da ANTAQ nº 3.220, 08 de janeiro de 2014. Aprova a norma que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações portuárias nos portos organizados. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006259.pdf>>. Acesso em

13 fev. 2016.

CARVALHO FILHO, J. d.. **Manual de Direito Administrativo** (21ª ed.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, M. Z.. **Direito Administrativo** (14ª ed.). São Paulo, SP, Brasil: Atlas, 2002.

FORGIONI, P. A.. **Os fundamentos do antritruste** (6ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUNIOR, O. A.; CAPRARO, M. C.. Comentários acerca do novo marco regulatório dos portos brasileiros. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, 2014. Disponível em: <www.univali.br/direitopolitica>. Acesso em 19 mar. 2016.

JUSTEN FILHO, M.. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. (11ª ed.). São Paulo: Dialética, 2005.

MARQUES NETO, F. A.; LEITE, F. B.. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: 2003

MELLO, C. B.. **Curso de Direito Administrativo** (12ª ed.). São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G.. **Curso de Direito Constitucional** (6ª ed. rev. e atual.). São Paulo: Saraiva, 2011.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL. **Transporte Aquaviário: Relevância**. Disponível em: <<http://www.transportes.gov.br/transporte-aquaviario-relevancia.html>>. Acesso em 13 fev. 2016.

SECRETARIA DE PORTOS. **Intitucional, Base jurídica da estrutura organizacional, Histórico**. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/sobre-1/institucional/base-juridica-da-estrutura-organizacional/historico>>. Acesso em 13 fev. 2016.

SECRETARIA DE PORTOS. **Sistema Portuário Nacional**. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/sistema-portuario-nacional>>. Acesso em 13 fev. 2016.

SECRETARIA DE PORTOS. **Tabela de TUPs - 31-03-2016 atualizada**. Disponível em: <http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/itens/tabela-de-tups-31-03-2016_atualizada.pdf>. Acesso em 13 fev. 2016.

SUNDFELD, C., SOUZA, R. P.; JURKSAITIS, G. J.. Arrendamentos portuários para fins não públicos. **Revista de Direito Público**. Salvador, 2014.