

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –
PROPPEC**

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ**

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO**

ADÃO PAULO FERREIRA

Itajaí-SC

2012

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA –
PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

ADÃO PAULO FERREIRA

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Osvaldo Agripino de Castro Júnior

Itajaí-SC

2012

AGRADECIMENTOS

Eternamente, à Deus, por tudo.

Aos meus professores, os quais me proporcionaram grande aprendizado não apenas da Ciência Jurídica, mas também da ciência da vida.

Aos funcionários do CMCJ, em especial, à Jaqueline, pela sensibilidade e eficiência.

Ao professor Dr. Paulo Márcio Cruz, meu primeiro incentivador.

E, finalmente, ao meu querido orientador, Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior, exemplo de humildade, carisma e perseverança.

DEDICATÓRIA

À minha esposa Adriana, pelo amor e paciência, sem a qual não teria conseguido lograr êxito neste trabalho, pois incondicionalmente, esteve ao meu lado, como minha incentivadora e, especialmente, proporcionando afeto e amor nos momentos mais difíceis.

Às minhas filhas, Brunna e Pyetra, fontes de minha alegria. Presente celestial.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 9 de novembro de 2012.

Adão Paulo Ferreira

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CAP	Conselho da Autoridade Portuária
CC/02	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CONIT	Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
CPCJ	Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica
DNIT	Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
ICC	<i>Interstate Commerce Commission</i>
PDZ	Plano de Desenvolvimento e Zoneamento
S.A.	Sociedade Anônima
SEP	Secretaria Especial de Portos
SPI	Superintendência do Porto de Itajaí
TCU	Tribunal de Contas da União
TECONVI	Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí

TMS	Termo de Maior Significância
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí
Art.	Artigo
Dec.	Decreto
Inc.	Inciso
p.	Página
pp.	Páginas

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o autor considera estratégicas para a compreensão de seu trabalho, com os respectivos conceitos operacionais.

Direito Portuário

“Ramo do Direito que tem por objeto a organização jurídica da Exploração de Portos, das Operações Portuárias e dos Operadores Portuários, das Instalações Portuárias, da Gestão da Mão de Obra de Trabalho Portuário Avulso, do Trabalho Portuário, e da Administração do Porto Organizado.”¹

Porto

“Pequena baía ou parte de grande extensão de água, protegida natural ou artificialmente das ondas grandes e correntes fortes, que serve de abrigo e ancoradouro a navios, e está provida de facilidades de embarque e desembarque de passageiros e carga. Qualquer lugar de abrigo, de refúgio ou de descanso.”²

Porto Organizado

“O construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária.”³

Arrendamento Portuário

“Cessão onerosa de instalação portuária dentro da área do porto organizado.”⁴

Agência Reguladora

“Autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes

¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 23.

² Dicionário Michaelis on-line. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=porto> > Acesso em: 29 Dez 2011.

³ Art. 1º, § 1º, inc. I, da Lei n. 8.630/93 – Lei dos Portos. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Lei8630.pdf> > Acesso em: 29 dez. 2011.

⁴ Art. 2º, inc. V, do Decreto n. 6.620/08 – Disponível em: < <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Decreto6620.pdf> > Acesso em: 29 dez. 2011.

econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inseridos no campo da atividade econômica que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central.”⁵

Equação econômico-financeira

“É a relação entre os encargos e vantagens assumidas pelas partes no contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato.”⁶

⁵ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia.** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.50, p. 44.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 8 ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 517.

SUMÁRIO

RESUMO.....	14
ABSTRACT.....	15
INTRODUÇÃO.....	16
CAPÍTULO 1 - ASPECTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE PORTUÁRIA.....	20
1.1. Princípios de Direito Público.....	21
1.1.1. Princípio da Legalidade	22
1.1.2. Princípio da Eficiência.....	23
1.1.3. Princípio da Supremacia do interesse público sobre o interesse privado	23
1.1.4. Princípio da Segurança jurídica.....	25
1.2. Serviço público.....	26
1.2.1. Princípios do serviço público.....	27
1.2.1.1. Princípio da Continuidade.....	28
1.2.1.2. Princípio da Mutabilidade.....	29
1.2.1.3. Princípio da Igualdade.....	29
1.3. Concessão de serviço público.....	30
1.4. Bem público.....	32
1.5. Contrato Administrativo.....	32
1.5.1. Alteração unilateral do contrato.....	38
1.5.2. Mutabilidade do Contrato Administrativo.....	39
1.5.3. Fato do príncipe.....	40
1.5.4. Fato da administração.....	41
1.5.5. Teoria da imprevisão.....	41
1.5.6. Equilíbrio econômico-financeiro.....	42

1.6. Contrato de arrendamento portuário.....	43
CAPÍTULO 2 - TEORIA GERAL DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO.....	46
2.1. Regime jurídico do arrendamento portuário.....	47
2.1.1. Legislação.....	49
2.1.2. Cláusulas essenciais.....	52
2.2. Concessões.....	53
2.2.1. Natureza jurídica das concessões.....	53
2.2.2. Concessões de serviço público e segurança jurídica.....	54
2.2.3. Características das concessões.....	56
2.2.4. Poderes do concedente.....	59
2.2.5. Direitos do concessionário.....	59
2.2.6. Direitos e Deveres dos Usuários.....	60
2.2.7. Serviço Adequado.....	61
2.3. Agências reguladoras.....	64
2.3.1. Origem e evolução no Direito Comparado.....	65
2.3.2. Origem e evolução no Direito Brasileiro.....	67
2.3.3. Conceito e natureza jurídica.....	68
2.3.4. Particularidades da escolha dos dirigentes.....	69
2.3.3. O papel da ANTAQ.....	70
2.3.4. O papel da SEP.....	71
2.3.5. O papel do CAP.....	73
CAPÍTULO 3 - EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO	75
DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO	
3.1.1. O Conceito de Equilíbrio Econômico-Financeiro.....	75
3.1.2. Das Formas de Revisão do Contrato de Arrendamento Portuário	78

para Revisão Econômico-Financeira

3.1.3. Base de Aferição.....	79
3.1.4. Hipóteses de Revisão.....	81
3.2. A ANTAQ e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário	87
3.3. Estudo de Caso: Revisão do Equilíbrio Econômico-financeiro do Contrato n.º 30/2001 entre a Superintendência do Porto de Itajaí e <i>APM Terminals S.A</i>	91
3.3.1. Introdução.....	91
3.3.2. Do Contrato de Arrendamento Portuário nº 030/2001.....	92
3.3.2.1. Da solução de divergências contratuais.....	94
3.3.3. O processo administrativo nº 050/2010.....	96
3.3.3.1. Os motivos da abertura do processo.....	96
3.3.3.2. Do procedimento de revisão.....	99
3.3.3.3. Algumas considerações sobre a revisão.....	101
CONSIDERAÇÕES FINAIS	107
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111
ANEXOS.....	116
Anexo I – EDITAL N.º 005/2010	
Anexo II - CONTRATO DE ARRENDAMENTO Nº 030/2001	
Anexo III – ADITIVOS DO CONTRATO Nº 030/2001	
Anexo IV – PORTARIA Nº 050/2010 SPI	

RESUMO

A presente Dissertação decorre de atividade da Linha de Pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, através do Grupo de Pesquisa Regulação da Infraestrutura e Juridicidade da Atividade Portuária. O tema se justifica pela insegurança jurídica na sistemática de revisão do contrato de arrendamento portuário visando o reequilíbrio econômico-financeiro. Assim, a hipótese de pesquisa é que o estudo dos principais aspectos do Direito Administrativo e do Direito Portuário, em especial, dos dispositivos legais especificamente criados para regular a revisão do contrato de arrendamento portuário em face do desequilíbrio econômico-financeiro e a atuação da ANTAQ como instituição garantidora do equilíbrio entre os interesses do Estado e do Concessionário, contribui para o aumento da segurança jurídica no setor. Dessa forma, o objetivo geral da pesquisa é contribuir para melhorar o ambiente institucional portuário, por meio da efetividade dos princípios que norteiam o serviço público bem como a proteção dos bens públicos e dos investimentos implementados pelo concessionário, através da justa revisão contratual do arrendamento. Para alcançar os seus objetivos, a pesquisa é dividida em três capítulos. O Capítulo 1 trata dos princípios do Direito Administrativo e do serviço público assim considerados em face do tema da Dissertação, e apresenta ainda, os conceitos jurídicos relevantes para a pesquisa. O Capítulo 2 trata de desenvolver uma teoria geral do contrato de arrendamento portuário, a fim de extrair os elementos mais importantes para viabilizar um melhor equilíbrio econômico-financeiro. Por fim, o Capítulo 3, pretende aliar teoria à prática e se dedica à análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário, e discorre sobre seus conceitos, formas de revisão, base de aferição e hipóteses. O capítulo discorre sobre o papel da ANTAQ na regulação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário e analisa o processo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento firmado entre a Superintendência do Porto de Itajaí e a arrendatária *APM Terminals S. A.*. Em seguida, são feitas considerações finais.

Palavras-chave: Arrendamento portuário. Equilíbrio econômico-financeiro. Regulação.

ABSTRACT

The present Dissertation is a result of the research's area of concentration named Constitutionalism and Law's Production, conducted by the Research Group on Regulation of Infrastructure and Legality of Port Activities. The rationale for the study relates to the legal uncertainty that is currently associated with the systematic review of port lease contracts and therefore, the research presented here is aimed at promoting economic and financial stability. The current situation results in part from the fact that port lease contracts are typically long-term, which makes them more susceptible to factors that may change the conditions that were established during the act of formalization of the contract. The long-term nature of these contracts implies the need of constant revisions, in order to mitigate the impact of certain events during the contract. Thus, the main goal of the present Dissertation is to analyze the major aspects of Administrative and Port law, in particular the legal devices that were created to guide the review of lease port contracts in the face of economic and financial instability and in order to increase the security of the legal system. The research goal is to improve the port's institutional environment by using the same principles that guide the public sector and by protecting not only public property but also the investments made by private dealers. This can be achieved through fair review of the lease contracts, which in turn can contribute to the appropriate operation of ports by concession. This Dissertation is divided into three chapters as follows: The Chapter 1 deals with the principles of administrative law and public service, and considered in light of the Dissertation topic, and still has, the legal concepts relevant to the research. Chapter 2 deals with developing a general theory of the lease port in order to extract the most important elements for achieving better economic and financial balance. Finally, Chapter 3, aims to combine theory and practice and is dedicated to the analysis of economic and financial balance of the lease port, discussing their concepts, forms of review, based measurement and hypotheses. The chapter discusses the role of ANTAQ in regulating the economic and financial balance of the lease port and the process of reviewing of the lease signed by the Superintendent of the Port of Itajaí and lessee APM Terminals S. A.

Keywords: Lease Port. Economic-financial balance. Regulation.

INTRODUÇÃO

A crise do Estado Empresário somada à realidade estrutural do Brasil obriga a criação de elementos que permitam o investimento de recursos privados em áreas de infraestrutura, neste caso, na exploração dos portos, cuja outorga (concessão, permissão e autorização), conforme o art. 21, XII, “f” da CRFB/88, é de competência exclusiva da União. Esta relação entre o Poder concedente e o concessionário se dá com base nas normas e princípios de Direito Público.

No caso dos portos públicos, o instrumento que caracteriza esta relação é o contrato de arrendamento portuário, considerado contrato administrativo, que não deixa de sofrer incidência de fatores não considerados no ato de sua elaboração e que podem resultar no desequilíbrio econômico-financeiro. Como se tratam de contratos com longo período de duração, que podem durar até 50 anos, esta situação implica em uma análise de tais fatores e na revisão dos termos contratuais a fim de restabelecer o equilíbrio original.

Assim, a presente Dissertação tem por objetivo geral contribuir para reduzir a insegurança jurídica do contrato de arrendamento portuário, instrumento essencial para o desenvolvimento da atividade portuária, por meio do estudo dos principais aspectos jurídicos e econômicos que envolvem o equilíbrio econômico-financeiro contratual do arrendamento, possibilitando o aumento de investimentos no setor.

Para atingir o seu objetivo geral, a Dissertação terá como objetivos específicos a análise dos principais elementos que contribuem para a formalização do contrato de arrendamento portuário, analisando os preceitos legais constitucionais e infraconstitucionais que compõem o arcabouço jurídico do Direito Portuário e que servem como parâmetro para a identificação da ocorrência, ou não, de hipóteses que autorizem a revisão do contrato para readequá-lo às condições econômico-financeiras estabelecidas no seu pacto inicial.

A complexidade dos contratos de arrendamento portuário reside principalmente no fato de serem contratos com longo prazo de duração e, normalmente, vulneráveis à ação do tempo e que, ainda, prevêm expressivos investimentos iniciais em obras e equipamentos pelo concessionário (arrendatário).

A relação jurídica desta modalidade de contrato possui como uma das principais características a mutabilidade que decorre de algumas cláusulas que conferem à Administração o poder de implementar alterações unilaterais de cláusulas visando atender ao interesse público e, com isso, pode causar um descompasso na equação econômico-financeira inicial, o que implica na necessidade de se definir parâmetros para a identificação do desequilíbrio.

Assim sendo, a hipótese de pesquisa é que o estudo dos principais aspectos do Direito Administrativo e do Direito Portuário, em especial, dos dispositivos legais especificamente criados para regular a revisão do contrato de arrendamento portuário em face do desequilíbrio econômico-financeiro e a atuação da ANTAQ como instituição garantidora do equilíbrio entre os interesses do Estado e do Concessionário, contribui para o aumento da segurança jurídica no setor, requisito essencial para a atração e manutenção de investimentos.

Para atingir o seu objetivo, o Capítulo 1, trata dos princípios do Direito Administrativo e do serviço públicos, assim considerados em face do tema da Dissertação, e apresenta ainda, os conceitos jurídicos relevantes para a pesquisa.

O Capítulo 2 trata de desenvolver uma teoria geral do contrato de arrendamento portuário, a fim de extrair os elementos mais importantes para viabilizar um melhor equilíbrio econômico-financeiro.

O Capítulo 3 dedica-se à análise do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário, discorrendo sobre seus conceitos, formas de revisão, base de aferição e hipóteses. O capítulo discorre sobre o papel da ANTAQ na regulação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário e analisa o processo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento firmado entre a Superintendência do Porto de Itajaí e a arrendatária *APM Terminals S. A.*

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são sintetizadas as contribuições para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁷ foi utilizado o Método Indutivo⁸, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁹ e o Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente¹⁰, da Categoria¹¹, do Conceito Operacional¹², da Pesquisa Bibliográfica¹³ e do Estudo de Caso.

Convém ressaltar que seguindo as diretrizes metodológicas do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ/UNIVALI, no presente trabalho as categorias fundamentais são grafadas, sempre, com a letra inicial maiúscula e seus Conceitos Operacionais apresentadas ao longo do texto, nos momentos oportunos.

Por fim, cabe mencionar que a pesquisa da presente dissertação foi realizada durante e defendida perante banca examinadora ainda na vigência da Lei n. 8.630/93. Ocorre que, no dia 07 de dezembro de 2012 foi publicada no Diário Oficial da União a Medida Provisória n. 595, que trata da reforma portuária, tendo revogado a citada Lei dos Portos.

Dessa forma, tendo em vista a não conversão em lei da citada MP, bem como pelo fato de que as principais normas que regulam o equilíbrio econômico-financeiro são a Lei n. 8.987/93 e a Lei n. 8.666/93, manteve-se a Lei dos Portos

⁷ “(...) momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados sob, a moldura do Referente estabelecido (...)”: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007, p.101.

⁸ “(...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...)”: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p.104.

⁹ Sobre as regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja: LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 22-26.

¹⁰ “(...) explicitação prévia do(s) motivo(s), do objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p.62.

¹¹ “(...) palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 31.

¹² “(...) uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos (...)”: PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 45.

¹³ Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p. 239.

como aquela que regula alguns conceitos operacionais usados na pesquisa.

CAPÍTULO 1

ASPECTOS JURÍDICOS DA ATIVIDADE PORTUÁRIA

A exploração da atividade portuária no Brasil é, sem dúvida, fator de extrema relevância para o seu desenvolvimento econômico. Trata-se de uma atividade que durante décadas foi explorada mediante monopólio estatal e, somente com a edição da Lei n. 8.630/93,¹⁴ denominada Lei de Modernização dos Portos, começou-se a descentralizar a exploração e fomentar a iniciativa do capital privado.

Tal política possibilita a participação da iniciativa privada, eis que, nos anos em que os portos foram estatizados ocorreu o sucateamento das estruturas e uma total precariedade na prestação dos serviços em face da falta de investimentos, atrasando sobremaneira a modernização das infraestruturas portuárias, se comparadas aos demais países em desenvolvimento.

Cesar Luiz Pasold destaca que, no Brasil, o setor portuário responde por aproximadamente 90% do comércio exterior¹⁵, o que evidencia a importância da atividade portuária para o desenvolvimento econômico do Brasil.

Nesse cenário, as pesquisas e estudos jurídicos voltados ao setor portuário, implicam em ampliação e difusão do conhecimento dos aspectos legais pertinentes, estes advindos de normas recentes, possibilitando com isso, uma maior segurança jurídica e eficiência na relação entre a União, titular absoluta destas estruturas, e os concessionários, principais agentes responsáveis pela modernização dos portos.

A importância dos portos é tão grande que o constituinte de 1988 atribuiu à União Federal a competência para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais ou lacustres¹⁶.

¹⁴ BRASIL. Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ). Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Lei8630.pdf>> Acesso em: 29 dez. 2011.

¹⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **A Configuração do Direito Portuário Brasileiro: exercício de percepção jurídica e institucional.** in CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz (coord.). *Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 39.

¹⁶ CRFB/88, art. 21, inciso XII, alínea f. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

Os institutos da autorização, concessão e permissão são vinculados ao Direito Público, o que leva à necessidade de apresentar, um estudo preliminar dos principais institutos do Direito Administrativo, em especial, os que tenham relevância para a exploração dos portos.

Isto não significa, no entanto, desprezar os direitos do concessionário quanto a sua justa remuneração, eis que, ao se tratar de revisão contratual visando o equilíbrio econômico-financeiro, depara-se com o claro confronto entre o interesse público do concedente e o interesse privado do concessionário.

Nesse quadro, é relevante apresentar os aspectos jurídicos relevantes da atividade portuária, o que será feito por meio dos Princípios do Direito Público, da concessão portuária e do equilíbrio econômico-financeiro.

1.1. Princípios de Direito Público

A competência privativa da União para legislar sobre o regime dos portos, instituído no texto constitucional¹⁷ determina a aplicação das normas de Direito Público bem como os seus princípios. Estes são encontrados literalmente no art. 37 da CRFB/88 – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como ainda, no entendimento de alguns autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, outros princípios que se encontram subentendidos em outras partes do texto constitucional.¹⁸

Como princípios têm-se a definição de Cretella Júnior, que “são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.”¹⁹

Para o presente trabalho, será feita a análise dos princípios da legalidade e da eficiência, esculpidos no artigo 37 da CRFB/88 bem como do princípio da

¹⁷ CRFB/88, art. 22, inciso X. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. rev. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 98.

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, J. **Primeiras lições de direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 222.

supremacia do interesse público sobre o interesse privado, este, apontado como princípio geral por Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ e ainda, o princípio da segurança jurídica, por serem estes os que possuem mais estreita relação com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

1.1.1. Princípio da Legalidade

Além de estar previsto no *caput* do art. 37 da CRFB/88, este princípio está definido no art. 5º, II, nos seguintes termos: "Art. 5º (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei;".

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta-o como princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo, pois sob a ótica do doutrinador o princípio da legalidade é da essência de “qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos”²¹, por ser específico do Estado de Direito.

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito e é fruto da submissão do Estado à lei.

O autor leciona ainda que tal princípio traduz um propósito político que é o de:

(...) submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social -, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.²²

Assim, prevalece a máxima de que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 99.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. pp. 102-103.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 103.

1.1.2. Princípio da Eficiência

Este princípio foi introduzido no rol de princípios elencados no art. 37 da CRFB/88, através da EC n. 19/1998.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro leciona que este princípio possui dois aspectos, podendo ser considerado com relação à atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados, e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.²³

Di Pietro cita os ensinamentos de Jesus Leguina Villa, quando discorre sobre a oposição entre o princípio da legalidade e o princípio da eficiência. Diz o referido autor:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.²⁴

1.1.3. Princípio da Supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Entende-se este princípio como sendo um princípio geral de direito

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 84.

²⁴ VILLA, Jesus Leguina *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, pp. 84-85.

inerente a qualquer sociedade.²⁵

Tal princípio não possui dispositivo específico na CRFB/88, mas se manifesta de forma concreta no art. 170, incisos III, V e VI da referida Constituição, dispositivos estes que tratam da função social da propriedade, do consumidor e do meio ambiente.

Por força desta supremacia, a Administração pode constituir terceiros em obrigações, mediante atos unilaterais, pois está agindo em defesa dos interesses públicos. Da mesma sorte, pode a Administração revogar tais atos, caso estes se mostrem inconvenientes ou inoportunos.

Mello previne sobre a limitação desta dita supremacia do interesse público sobre o interesse privado ao bem esclarecer que o exercício de referido poder, representa um dever-poder tendo em vista que a atividade administrativa representa o desempenho de uma função.²⁶

As prerrogativas que exprimem tal supremacia não são livremente manejáveis pela Administração. O poder ao qual a Administração dispõe para fazer com que prevaleça o interesse público sobre o privado decorre do desempenho de uma função pública a qual se vale de um poder-dever.

Rousseau, em sua obra Contrato Social, demonstra que o interesse do Estado corresponde tão somente a conservação do bem-estar de todos, demonstrando assim que esse interesse comum prevalece sobre o particular:

Enquanto numerosos homens reunidos se consideram como um corpo único, sua vontade também é única e se relaciona com a comum conservação e bem-estar geral. Todas as molas do Estado são então vigorosas e simples, suas sentenças são claras e luminosas; não há interesses embaraçados, contraditórios; o bem comum mostra-se por toda parte com evidência e apenas demanda bom senso para ser percebido.²⁷

Celso Bandeira de Mello afirma que existe uma finalidade pré-estabelecida e acrescenta que:

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.99.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 100.

²⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf>> Acesso em: 29 dez. 2011.

Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há a submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada.²⁸

1.1.4. Princípio da Segurança Jurídica

Este princípio somente foi inserido entre os princípios da Administração Pública, após a edição da Lei n. 9.784/99, especificamente no seu art. 2º, *caput*, que assim dispõe:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.²⁹

Di Pietro, uma das juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou a lei supra referenciada, afirma que o objetivo para a inclusão deste dispositivo – segurança jurídica – foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública.³⁰

Ao escrever sobre a justificativa de tal princípio, assim afirma Di Pietro:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a situação será possível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.³¹

²⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 101.

²⁹ Lei n.º 9.784/99. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm > Acesso em 25 abr. 2012.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 85.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 85.

A aplicação deste princípio no Direito Administrativo tem que ser com cautela a fim de evitar que se impeça a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. A segurança jurídica tem relação estreita com o respeito à boa-fé contratual.

1.2. Serviço Público

A definição de serviço público, por sua complexidade, apresenta entre os doutrinadores pátrios, aqueles que o tem conceituado de forma ampla e os que lecionam o conceito restrito.

Di Pietro faz clara exposição da origem dos estudos sobre o tema, remetendo à França a sua origem, vinculada à Escola de Serviço Público³².

Mas, o pioneiro no uso da expressão “serviço público” teria sido Rousseau, aproximadamente um século antes, com sua obra *Contrato Social*, em 1762, que assim afirmou:

(...) de um lado, trata-se de atividades destinadas ao serviço público, isto é, ações através das quais se assegura aos cidadãos a satisfação de uma necessidade sentida coletivamente, sem que cada um tenha que atendê-la pessoalmente; de outro, concebe-se como uma atividade estatal que sucede ao serviço do Rei, porque se operou uma substituição na titularidade da soberania.³³

Sobre a Escola de Serviço Público, Mello aponta como um dos principais teóricos, o publicista Leon Duguit, afirmando que a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionária do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, intentando substituir o eixo metodológico desta disciplina – que dantes se constituía sobre a idéia de “poder” estatal – pela idéia de “serviço aos administrados”.³⁴

Mello ainda faz referência a Cyr Cambier, o qual observa que tal

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 99.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 99.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 687.

concepção “conduz a fazer do poder um dever, do comando, que é ordem dada (*jussus*), um ordenamento, que é a medida adotada e adaptada (*ordinatio*).”³⁵

Odete Medauar leciona que o serviço público seria aquela atividade que é realizada no âmbito das atribuições da Administração, inserida no Executivo e por meio da qual o Poder Público propicia algo necessário à vida coletiva, como por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano.³⁶

Mello adota o conceito restrito para o tema, afirmando que:

Serviço público é toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.³⁷

Justen Filho discorre sobre o tema tendo como norte a proteção dos direitos fundamentais, e assim, afirma que:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público.³⁸

1.2.1. Princípios do Serviço Público

A doutrina brasileira não é coesa ao tratar dos princípios do serviço público, demonstrando várias classificações, desde as baseadas na construção de Louis Rolland, até outras nas quais são incorporados outros princípios, não menos importantes, demonstrando a preocupação da doutrina brasileira em garantir a

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 688.

³⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11 ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 313.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 687.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed, Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 687.

efetiva prestação de serviço público, na forma preconizada na CRFB/88³⁹.

Exemplificando esta dissonância, Di Pietro⁴⁰, leciona que o serviço público tem por princípio a continuidade, a igualdade e a mutabilidade.

Justen Filho⁴¹ também adota esta construção, porém, entende que o regime dos serviços públicos vem sendo ampliado, exigindo a inclusão de outros princípios voltados à integração do usuário.

E, finalmente, o doutrinador que apresenta o maior rol de princípios relacionados ao serviço público é Celso Antônio Bandeira de Mello⁴², para quem o serviço público tem como norte: a) o dever inescusável do Estado de promover a prestação do serviço; b) o princípio da supremacia do interesse público; c) o princípio da adaptabilidade; d) o princípio da universalidade; e) o princípio da impessoalidade; f) o princípio da continuidade; g) o princípio da transparência; h) o princípio da motivação; i) o princípio da modicidade e j) o princípio do controle.

Em que pese a relevância de todos os princípios apresentados pelos doutrinadores supra referenciados, enumera-se aqui tão somente a continuidade, a igualdade e a mutabilidade, pela sua importância para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

1.2.1.1. Princípio da Continuidade

Acerca do princípio da continuidade do serviço público, este atribui conseqüências em relação aos contratos tais como: a) a imposição de prazos rigorosos ao contraente; b) a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço; c) a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração; d) o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.

³⁹ CRFB/88. Art. 175, parágrafo único, inciso IV. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. pp. 111-113.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito administrativo**. pp. 699-703.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. pp. 692-696.

E, ainda, conseqüências quando ao exercício da função pública, os quais se passa ao largo vez que o objetivo deste trabalho atinge tão somente elementos relacionados aos contratos administrativos, em especial, os contratos de arrendamento portuário e sua revisão visando o equilíbrio econômico-financeiro. Sendo assim, o que cabe aqui é refletir sobre as hipóteses supra referenciadas.

1.2.1.2. Princípio da Mutabilidade

Quando ao princípio da mutabilidade, Di Pietro afirma que o mesmo visa autorizar mudanças no regime da execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo.⁴³

Isto se deve ao fato de que o decurso do tempo implica em alterações nas necessidades dos usuários, fruto da evolução nas relações sociais, resultando em novas necessidades tecnológicas, econômicas e jurídicas, em que o serviço para se manter eficiente e atender plenamente ao interesse público, necessita adaptar-se permanentemente.

1.2.1.3. Princípio da Igualdade

Por fim, o princípio da igualdade dos usuários é aquele em que a pessoa faz jus à prestação do serviço, sem qualquer tipo de distinção de caráter pessoal. O serviço público deve ser prestado em benefício de todos os usuários que se encontrem em situação equivalente.

As tarifas devem ser fixadas em valores idênticos para usuários em situação idêntica. Destaca-se que a Lei de Concessões prevê a possibilidade de serem estabelecidas tarifas diferenciadas em função das características técnicas e dos custos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários, exemplificando o fato de que assim se torna possível a isenção de tarifas para

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 112.

idosos ou redução de tarifas para os de menor poder aquisitivo.

Isso evidencia a igualdade no acesso ao serviço público, pois não se trata de diferenciar estes distintos segmentos de usuários e sim de utilização de instrumentos que possibilitem que o serviço seja acessível a todos.

1.3. Concessão de Serviço Público

O contrato de arrendamento portuário, pelos procedimentos previstos para sua formalização⁴⁴, atribui a obrigação ao arrendatário, de prestar serviços públicos, em estreita obediência aos princípios que norteiam esta atividade estatal delegada ao particular.

Esta preocupação com a qualidade dos serviços públicos concedidos à exploração para o arrendatário possibilita ao Poder Público a alteração unilateral do contrato, sempre visando atender da melhor forma o interesse público. Alterando-se as condições iniciais do contrato, é necessário aferir se o equilíbrio econômico-financeiro foi afetado, pois o desequilíbrio poderá representar, além da direta lesão patrimonial ao arrendatário, também, prejuízos na qualidade do serviço público à disposição dos usuários.

Mello conceitua a concessão de serviço público como:

Instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço*, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.⁴⁵

Quanto à natureza jurídica, Di Pietro afirma que a concessão possui natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito a regime jurídico de Direito

⁴⁴ A Lei nº 8630/93 faz menção a serviços públicos, inclusive fazendo constar como cláusulas obrigatórias, as que delimitam a área da prestação de serviço bem como forma e condições de exploração do serviço (§4º, inc. I e II)

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p.717-718.

Público em face de possuir elementos caracterizadores de um contrato, como o acordo de vontade das partes sobre determinado objeto, interesses contraditórios e reciprocamente condicionantes e efeitos jurídicos para ambas as partes.⁴⁶

Justen Filho destaca a importância instrumental da concessão de serviço público, afirmando que:

A concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Mais ainda, é um meio de realização de valores constitucionais fundamentais.⁴⁷

Ao discorrer sobre a natureza contratual, Di Pietro menciona que mesmos os contratos de adesão em geral, não perdem esta natureza em face de que somente se efetuará a outorga do objeto após expressa manifestação de ambas as partes, significando assim o expreso consentimento do concessionário em aceitar as condições previamente impostas pelo Poder Público. São contratos que possuem cláusulas regulamentares, que seriam aquelas pré-estabelecidas pelo Poder Público e outras que se denominam financeiras ou contratuais, e são estipuladas pelas partes para a definição de prazos, remuneração, casos de rescisão e outras condições que não estejam pré-determinadas em lei.⁴⁸

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que:

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de *funcionamento, organização e modo de prestação do serviço*, isto é, as *condições* em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.⁴⁹

A concessão deverá sempre pautar-se no prestação de serviço adequado, que deve satisfazer às condições de regularidade, continuidade, eficiência,

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 299.

⁴⁷ JUSTEN FILHO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 713.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 299.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p.727.

segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

1.4. Bem Público

A classificação de bens públicos está esculpida no art. 99⁵⁰ do CC/02, que estabelece três classes de acordo com a destinação de referidos bens, sendo a primeira relacionada aos bens de uso coletivo, a segunda dos bens de uso da Administração para a consecução de seus objetivos e a terceira, dos bens destinados à obtenção de renda.

Justen Filho, ao discorrer sobre porto, leciona que:

A existência do porto depende de um conjunto de bens, que compõem uma infra-estrutura indispensável. Assim, podem ser referidos o canal de acesso, o cais e as áreas anexas. São necessárias, ainda, áreas de estocagem de produtos. Mas também há equipamentos para carga e descarga de produtos e de pessoas e de transporte de mercadorias (ao interno do porto).⁵¹

Desta forma, é possível afirmar que as estruturas que compõe um porto público são compostas de bens públicos, usados pela Administração para a consecução de seus objetivos, especialmente o incremento da atividade comercial por representar o modal mais importante nas operações de importação e exportação.

1.5. Contrato Administrativo

A figura do contrato administrativo é das mais típicas e tem seu fundamento idêntico ao de diversos outros institutos do Direito Público. Inicialmente,

⁵⁰ Art. 99. São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16 out 2006, p. 7.

acreditava-se que a administração pública não poderia travar relação contratual com a iniciativa privada, uma vez que a Administração Pública estaria, a todo tempo, em posição de superioridade.

Esta é a posição, por exemplo, de Otto Mayer⁵². Negava-se assim, a natureza jurídica contratual das avenças administrativas. O fundamento desta posição é simples: a administração pública é a realizadora do interesse geral e, portanto, deveria, a todo tempo, estar em posição de supremacia, de superioridade com relação aos agentes privados.

Portanto, não haveria como se admitir que a administração pública viesse a celebrar contratos, norteados pelos princípios da igualdade e da autonomia da vontade. A celebração de contratos, nesta toada, seria forma de desconstituir a necessária superioridade da administração pública e, portanto, não seria admissível. Não haveria como amoldar a natureza contratual à necessária supremacia do Estado. Essa posição é bem sintetizada por Odete Medauar:

Hoje não se coloca em dúvida a idéia de um contrato em que o poder público é parte. Porém, nos primórdios da elaboração da teoria do contrato administrativo – início do século XX -, houve resistências fortes à essa idéia; alegava-se que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude de sua posição de supremacia em relação ao particular, por outro lado, o atendimento ao interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo; e ainda: as relações entre a Administração e os particulares só nasciam mediante atos administrativos. Essa resistência explica-se pelas concepções que predominavam, no século XX, a respeito da figura contratual, concepções estas elaboradas para o contrato entre particulares, regido pelo direito privado; tais concepções concentravam a essência do contrato na autonomia da vontade; por isso o contrato vinha conceituado como o acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos, havendo igualdade das partes e imutabilidade.⁵³

Com a finalidade de superar este impasse, diversas teorias foram sendo construídas ao longo dos anos. Em primeiro lugar, surgiu a teoria que sustentava que os contratos administrativos seriam instrumentos híbridos, com a natureza de

⁵² *Apud* IPSEN, Jörn. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 3 ed., Carl Heymanns, Colônia, 2003, p. 233.

⁵³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 206.

um ato administrativo em tudo quanto o que disciplinavam, exceto com relação às cláusulas financeiras, as quais, exclusivamente, teriam caráter contratual. Assim, os contratos administrativos, em tudo aquilo que dispusessem sobre as atividades afetas à administração pública, seriam atos unilaterais e, apenas no que concerne à remuneração do particular, seriam contratos⁵⁴.

Atualmente predomina o entendimento, segundo o qual os contratos administrativos são efetivamente contratos⁵⁵. Contudo, são contratos *sui generis*, com características especiais, que destacam a generalidade dos contratos. Isto fica evidente quando se analisa o conteúdo dos artigos 54 e seguintes da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que criam um regime de relação contratual bastante próprio, mas que asseguram a aplicabilidade – ainda que subsidiária – das normas aplicáveis aos contratos privados (parágrafo único do art. 54).

Este regime *sui generis* dos contratos administrativos recai especialmente sobre uma limitação na autonomia da vontade das partes. Enquanto no Direito Privado a regra é a que a vontade das partes é autônoma e rege a integralidade da relação contratual, nos contratos administrativos, a lei limita a amplitude da autonomia da vontade das partes.

Isto ocorre porque há diversas questões aplicáveis aos contratos administrativos que não estão sujeitas a uma manifestação de vontade das partes, mas sim são imperativas, pois são consideradas como essenciais para o atendimento do interesse público. Nas palavras de Vera Monteiro:

⁵⁴ Com relação a este caráter híbrido, posiciona-se Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que “os poderes reconhecidos pela Administração nestes ‘contratos administrativos’ nada têm de contratuais. São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes daqueles objetos. É por essa razão que prescindem de cláusulas contratuais que os mencionem e de normas legais sobre contratos efetivados pela Administração (...). Segue-se que o contratual seria apenas o que poderia ser objeto de pacto e foi pactuado, a saber: a parte econômica convencionada. Logo, só existe contrato com relação a isto. No mais, provém de ato unilateral da Administração Pública, sob cuja regência coloca-se o particular, sujeitando-se a uma situação cambiável” (in **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 609- 610).

⁵⁵ Segundo Fernando Dias Menezes Almeida, (“O Direito administrativo, naturalmente, evolui). Passou-se, numa primeira etapa, pela idéia de que o Estado não celebraria contrato, mas praticaria ato unilateral, após o consentimento, também unilateral, do particular contratado; depois, pela variante de que o Estado, ao ‘contratar’, praticaria um misto de ato unilateral (quanto às cláusulas regulamentares) e contrato particular (quanto às cláusulas financeiras); chegando-se a afirmação de uma espécie contratual sujeita a um regime especial, de Direito Público, exorbitante do Direito Privado. De todo modo a evolução levou à aceitação pacífica da noção de que o Estado celebre contratos.” (Contratos Administrativos, in JABIR, Gilberto Haddad; PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (coords.) **Direito dos Contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, página 195).

A teoria do contrato administrativo, elaborada na primeira metade do século XX e amplamente reproduzida nas décadas seguintes, deixou marcado um traço que a caracteriza até os dias de hoje: a afirmação de um regime jurídico especial de direito público nas relações contratuais com o Estado. Como consequência desse regime especial sobressai o aspecto segundo o qual o Estado teria a faculdade de alterar a extensão e as características das prestações estabelecidas no contrato em que ele é uma das partes contratantes, baseado em um poder de autoridade que nada tem de contratual.⁵⁶

Isso explica porque grande parte da doutrina teoriza sobre a oposição entre os contratos administrativos e os contratos privativos celebrados pela administração. O objetivo dela é afirmar que os primeiros, porque destinados à defesa do interesse público, são marcados pelo sinal de autoridade, enquanto nos segundos tais poderes não apareceriam.⁵⁷

As limitações do princípio da autonomia da vontade das partes são decorrentes das chamadas cláusulas exorbitantes conferidas à administração pública, consideradas como aquelas que predicam ao ente público o manejo de poderes exorbitantes daqueles conferidos a uma das partes em uma relação contratual.

O fundamento da existência das cláusulas exorbitantes é absolutamente simples: como os contratos administrativos são contratos criados para satisfazer o interesse da coletividade, é necessário que se confira ao tutor desse interesse as ferramentas necessárias a tal satisfação.

Caso houvesse a necessidade de concordância do particular para todos os casos em que é demandada uma ação da administração pública, a finalidade precípua das avenças administrativas (i.e., realização do que se convencionou chamar de *interesse público*) poderia restar frustrada.⁵⁸

⁵⁶ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 39.

⁵⁷ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. pp. 39 e 40.

⁵⁸ Ao abordar a temática, Edmir Netto de Araújo explica que a inserção das cláusulas exorbitantes como divisor de águas entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado “é feita especificamente para reafirmar a posição de supremacia da Administração dentro do contrato, instabilizando suas cláusulas, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, e deixando claro que a Administração, ao contratar, não abdica de sua *puissance publique*, mas, ao contrário, dirige o contrato, fiscalizando os atos do contratante particular, aplicando-lhe penalidades,

Tradicionalmente, são apontadas como cláusulas exorbitantes aquelas que facultam à administração pública: (i) alterar unilateralmente o pacto, com vistas a melhor adequá-lo, (ii) impor ao particular penalidade pelo não cumprimento da avença, (iii) fiscalizar o cumprimento do objeto contratado, (iv) ocupar provisoriamente bens e instalações do contratado, com a finalidade de garantir a continuidade da atividade contratada, e (v) rescindir unilateralmente a avença. Tudo conforme o disposto no artigo 58 da Lei n. 8.666/93.

Em um sistema jurídico no qual a propriedade é um direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico (incisos XXII do artigo 5º da CRFB/88), não há como se conceber que haja a conferência à administração pública de poderes exorbitantes em relação contratual sem que seja conferida, em troca ao particular, qualquer compensação.

Tal situação seria caso de flagrante confisco, pois faria com que aqueles que contratam com a administração pública tenham que estar a todo tempo sujeitos a obrigações excepcionais, exorbitantes do direito contratual convencional, sem que sejam compensados para tanto.

Em última análise, as cláusulas exorbitantes, se não tivessem uma contrapartida prevista no ordenamento jurídico, fariam com que aqueles que contratam com a administração pública corressem o risco de ter que oferecer mais do que aquilo com que se comprometeram, sem que fossem compensados pela parcela adicional, o que seria um sacrifício absolutamente injustificado.

Diante da impossibilidade de conferir à administração pública poderes exorbitantes sem uma compensação justa, o legislador, ao criar as cláusulas exorbitantes, previu imediatamente seu antídoto, consubstanciado em um plexo de direitos conferidos aos que contratam com a administração pública. Isso se dá com a finalidade de prover suficiente proteção jurídica aos seus direitos protegidos pelo ordenamento em contraposição às cláusulas exorbitantes.

Tal plexo de direito é formado, entre outros que podem ser identificados,

concedendo-lhe benefícios, determinando-lhe procedimentos, enfim, impondo-lhe sujeições com fundamento no interesse público” (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.126).

pelo direito do particular a um processo administrativo que garanta o contraditório e a ampla defesa previamente ao encerramento da avença ou à aplicação de qualquer penalidade (art. 109 da Lei n. 8.666/93 e art. 38 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), pelo direito do particular a uma indenização pelo encerramento prematuro do vínculo (art. 79 da Lei n. 8.666/93 e art. 36 da Lei n. 8.987/95) e, sobretudo, pelo direito do particular à preservação do equilíbrio econômico-financeiro da avença (inciso XXI do art. 37 da CRFB/88, art. 65 da Lei n. 8.666/93 e artigo 10 da Lei n. 8.987/95).

Os contratos administrativos são marcados pela existência, de um lado, de um conjunto de poderes excepcionais e transcendentais da autonomia da vontade conferido à administração pública (as cláusulas exorbitantes) e, de outro lado, de um plexo de direitos assegurados ao particular contratado em contrapartida, com relevo especial para o direito à preservação do equilíbrio econômico-financeiro da avença, como bem expõe Vera Monteiro:

Em contraposição aos poderes públicos em matéria de contratos administrativos, o sistema legal brasileiro também assegurou o direito do reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado, para fazer frente à desigualdade da relação. É o que determinou a própria Constituição Federal de 1988 (art. 37, XXI) ao fixar que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. E a Lei n. 8.666/93, nos arts. 58, §§ 1º e 2º, 65, II, “d” e §§5º e 6º.

A Lei n. 8.987/95, por sua vez, ao tratar de concessão de serviço público, claramente influenciada pela mesma teoria, também previu cláusulas exorbitantes e cláusulas garantidoras do equilíbrio econômico-financeiro.⁵⁹

Todavia, do que foi exposto parece evidente que não se pode depreender que todos e quaisquer riscos envolvidos com o objeto de um contrato administrativo devem ser arcados pela administração pública.

Isso significaria afirmar que os contratos administrativos não admitem qualquer forma de alocação de riscos e, até mesmo, que a contraparte de um contrato administrativo não tem riscos alocados em seu desfavor, haja visto que

⁵⁹ MONTEIRO, Vera. **Concessão**. pp 42 e 43.

todos são alocados à administração pública.

Evidentemente, tal afirmação seria absolutamente incorreta, eis que é inevitável que o particular também assuma parcela dos riscos associados ao objeto de um contrato administrativo.

A afirmação em questão seria mais especialmente correta com relação àqueles contratos que envolvem a delegação de um serviço público à iniciativa privada, tal como ocorre nos contratos de arrendamento portuário, pois a legislação regente de referidos contratos expressamente afirma que a exploração dos serviços dar-se-á por conta e risco do delegatário (artigo 2º, inciso II, da Lei n. 8.987/95⁶⁰).

Assim, com a generalidade dos contratos administrativos não se pode fazer a afirmação de que todos os riscos são necessariamente alocados à administração pública, com os contratos de delegação de serviços públicos, menos ainda se pode fazer a mesma afirmação, haja vista que o direito positivo expressamente determina que os riscos serão alocados, nesta espécie contratual, majoritariamente ao delegatário.

Neste contexto, tem-se, por um lado, a proteção constitucional (inciso XXI do art. 37 da CRFB/88) conferida ao contratado privado contra os poderes exorbitantes da administração pública por meio da garantia do equilíbrio econômico-financeiro da avença.

Por lado, há a possibilidade de um contrato administrativo (em especial aqueles que versam sobre a delegação de serviços públicos) prever uma alocação de riscos entre as partes que, em certa medida, mitigará tanto os poderes excepcionais da administração pública, quanto o direito do particular.

1.5.1. Alteração unilateral do contrato

⁶⁰ Art. 2º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

O contrato administrativo pode ser alterado de forma unilateral pela administração, porém, o exercício de tal faculdade sempre deverá estar previsto em lei. Isso se dá com a modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos ou quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto.⁶¹

A referida alteração unilateral do contrato administrativo sofre delimitação quantitativa, não podendo exceder de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial do contrato no caso de obras, serviços ou compras, e de 50% (cinquenta por cento) no caso de acréscimo em reformas de edifícios ou equipamentos.⁶²

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Melo afirma que:

Estas modificações só se justificam perante circunstâncias específicas verificáveis em casos concretos, quando eventos supervenientes, fatores invulgares, anômalos, desconcertantes de sua previsão inicial, vêm tornar inalcançável o bom cumprimento do escopo que o animara, sem razão de ser, seu 'sentido', a menos que, para satisfatório atendimento do interesse público, se lhe promovam alterações.⁶³

É importante salientar lição de Justen Filho que, ao discorrer sobre o tema, alerta sobre a alteração contratual de forma unilateral pela administração e o desvio de poder, lecionando que:

(...) se a modificação configurar-se como uma forma de punição ao contratado, para agravar ou tornar mais onerosa as condições de execução, haverá desvio de finalidade. A Administração pode tornar mais gravosa as condições de execução, desde que isso represente benefícios para os interesses fundamentais. Mas não poderá tornar mais severas as condições de execução apenas (ou precipuamente) para prejudicar ou punir o contratado.⁶⁴

1.5.2. Mutabilidade do contrato administrativo

⁶¹ Lei n. 8666/93, art. 65, I. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm > Acesso em: 29 dez. 2011.

⁶² Lei n. 8666/93, art. 65, § 1º. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm > Acesso em: 29 dez. 2011.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.639.

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2012. pp. 880-881.

Di Pietro estabelece que um dos traços marcantes do contrato administrativo é sua mutabilidade decorrente das cláusulas exorbitantes que conferem à administração este poder de alterar unilateralmente cláusulas e até de rescindir o contrato antes do prazo por motivo de interesse público. A autora afirma que tal mutabilidade decorre também de outras circunstâncias oriundas da aplicação das teorias do fato do príncipe e da imprevisão.⁶⁵

Afirma a autora, como consequência destas circunstâncias que fazem mutável o contrato administrativo, “o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.”⁶⁶

Este poder de alteração unilateral, que evidencia a mutabilidade contratual, somado ao direito do contratado quanto à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, faz com que o contrato administrativo seja essencialmente dinâmico.

Quanto aos limites do poder da administração para alterar unilateralmente o contrato, Edmir Netto de Araújo ensina que:

(...) esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, pois é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁶⁷

1.5.3. Fato do Príncipe

Justen Filho faz referência à doutrina majoritária francesa, para afirmar que:

o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita este poder em um campo de competência estranho ao contrato.⁶⁸

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 284.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 285.

⁶⁷ *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 287.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 521.

Na sua essência, a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vistas da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado e que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização.

Para Justen Filho, existe uma clara distinção entre a aplicação desta teoria na França e no Brasil, tendo em vista que no país europeu somente se aplica tal teoria quando a modificação for proveniente da mesma esfera estatal daquela que figura no contrato.⁶⁹ A referida distinção inexistente no direito brasileiro, eis que o art. 65, II, “d” da Lei n. 8.666/93, estabelece que haverá o mesmo tratamento para o fato do príncipe ou para a teoria da imprevisão.

1.5.4. Fato da Administração

Considerado também como álea administrativa, o *fato da administração* é definido por Mello, como “o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”.⁷⁰

Sobre o tema, Di Pietro afirma que “o fato da administração compreende qualquer conduta ou comportamento da Administração que, como parte contratual, pode tornar impossível a execução do contrato ou provocar seu desequilíbrio econômico-financeiro.”⁷¹

1.5.5. Teoria da Imprevisão

Também denominada pelos doutrinadores como álea econômica, essa teoria recebe a seguinte definição de Di Pietro:

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 522

⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 661.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 289.

é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.⁷²

Sobre a teoria da imprevisão, Mello apresenta detalhadamente sua origem e consequências, ao estabelecer seu renascimento com o advento da Primeira Guerra Mundial,⁷³ e a identidade entre a teoria da imprevisão e cláusula *rebus sic stantibus*, onde:

a ocorrência de fatos imprevisíveis, anormais, alheios à ação dos contraentes, e que tornam o contrato ruinoso para uma das partes, acarreta situação que não pode ser suportada unicamente pelo prejudicado.⁷⁴

1.5.6. Equilíbrio econômico-financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro possui matriz constitucional, especificamente no art. 37, inciso XXI, da CRFB/88⁷⁵, no qual está consagrado o direito de manutenção das condições efetivas da proposta, ou seja, que os termos econômico-financeiros contidos na proposta do vencedor da licitação, deverão ser mantidos.

Formalizado o contrato e ocorrendo alterações não imputáveis ao contratado, e que afetem o equilíbrio da equação econômico-financeira inicial, ensejará a imediata revisão deste contrato a fim de restabelecer o equilíbrio, sob pena de prejuízos aos usuários, os quais poderão ser atingidos pela prestação de serviços não adequados e até pela eventual não continuidade do contrato, caso o desequilíbrio venha a ser de tal monta que inviabilize sua existência.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 291.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. pp. 664-665.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 665.

⁷⁵ Art. 37. (...), XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

Para Justen Filho⁷⁶, a quebra do equilíbrio econômico-financeiro é um fenômeno essencialmente econômico, que consiste na alteração do resultado econômico oriundo da contratação e que somente poderá ser reconhecida mediante a comparação entre duas realidades diversas, analisando o que foi pactuado pelas partes por ocasião da proposta e quais as condições verificadas posteriormente, no momento da execução do contrato.

1.6. Contrato de Arrendamento Portuário

Apesar do instituto do arrendamento ser um instituto típico do direito privado, o contrato versa sobre uma espécie *sui generis* de arrendamento, qual seja, aquela que recai sobre terminais portuários.

Em primeiro lugar porque seu objeto contempla a delegação para o particular, do exercício de uma atividade qualificada como serviço público, ao mesmo tempo em que confere a este particular o direito de exploração privativa de um bem público. Tal fato, por si só, já seria mais do que suficiente para afirmar que o contrato de arrendamento portuário é um contrato administrativo.

Ao discorrer sobre o tema, Marques Neto leciona que:

O arrendamento, portanto, caminha-se a caracterizar, a partir do novo regime estabelecido pela Lei dos Portos, uma subconcessão *sui generis* de serviço público, guardando traços de concessão de uso de bem público que está em sua origem. Nisso, vai a consideração das pesadas exigências relativas ao desempenho de serviço com quantidade, padrões e metas mínimos. Fosse o arrendamento uma mera concessão de uso de bem público ou ainda um contrato regido estritamente pelo direito civil, a exploração dos serviços pelo particular e a percepção dos frutos decorrentes deste serviço não seriam obrigação, mas sim mera faculdade oferecida ao arrendatário. Caberia a ele escolher como melhor aproveitar-se da exploração do bem que lhe foi concedido.⁷⁷

O Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008, que dispõe sobre políticas

⁷⁶ JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 521.

⁷⁷ NETO, Floriano de Azevedo Marques; LEITE, Fábio Barbalho. Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário. RDA n. 231, janeiro a março de 2003, p. 279.

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, expressamente determina que os contratos de arrendamento portuário são contratos regidos pelos preceitos de direito público e pela legislação de concessões de serviços públicos e contratações administrativas (art. 29, inciso VII).

Portanto, ainda que, do ponto de vista teórico, pudesse haver uma controvérsia acerca da natureza jurídica dos contratos de arrendamento portuário, com a edição do Decreto n. 6.620/2008, tal controvérsia perde totalmente qualquer razão de ser.

A ANTAQ, no exercício de sua função regulatória setorial, elaborou diversas resoluções visando regulamentar a exploração das áreas e instalações portuárias, sendo que dentre estas resoluções, cumpre destacar o que dispõe a Resolução nº 2.240, em seu art. 14, com relação ao regime jurídico:

Art. 14. O contrato de arrendamento de áreas e instalações portuárias de que trata esta Norma, reger-se-á pela Lei nº 8.630, 25 de fevereiro de 1993, pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, assim como os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado.⁷⁸

Os regulamentos da ANTAQ, pelo seu alto grau de expertise, normalmente apresentam em seus artigos iniciais os diversos conceitos para os termos contidos na norma. Entre os textos legais pertinentes à matéria, encontra-se nesta mesma resolução, a seguinte definição para contrato de arrendamento:

Art. 2º Para os efeitos desta Resolução, consideram-se:

VII – Arrendamento: ocupação e exploração de áreas e instalações portuárias sob a gestão da Administração do Porto, localizadas dentro da

⁷⁸BRASIL. ANTAQ. Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000004614.pdf> > Acesso em: 25 abr. 2012.

poligonal do Porto Organizado, pactuado mediante prévio procedimento licitatório e instrumento contratual oneroso celebrado entre a Administração do Porto e o interessado na exploração da área;⁷⁹

Conclui-se, portanto, este capítulo com a apresentação dos principais aspectos jurídicos relacionados à atividade portuária, no que diz respeito especificamente ao contrato de arrendamento portuário. Dessa forma, foram apresentados os princípios de direito público e de serviço público que possuem maior relevância quanto ao tema da revisão do equilíbrio econômico-financeiro.

Também com este propósito foi analisado os principais aspectos jurídicos da concessão de serviço público, bem público e contrato administrativo e suas alterações, por se tratar o contrato de arrendamento portuário de uma modalidade que possui em seu objeto a exploração de bens públicos e prestação de serviços públicos, o qual possui longo prazo de duração e é acometido de fatos que lhe alteram o *status* inicial, ensejando sua revisão para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.

Passo seguinte, no Capítulo 2 serão apresentadas, de forma mais aprofundada, as principais características do contrato de concessão, dada a natureza jurídica do contrato de arrendamento e, principalmente, pela própria norma determinar que este siga as diretrizes estabelecidas na Lei n.º 8.987/95. Também serão destacados os papéis exercidos pela ANTAQ, SEP e CAP, no que tange à contribuição de cada um destes órgãos para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

⁷⁹BRASIL. ANTAQ. Disponível em: <
<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000004614.pdf> > Acesso em: 25 abr. 2012.

CAPITULO 2

TEORIA GERAL DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

A CRFB/88 dispõe em seu artigo 21 que os portos marítimos, fluviais ou lacustres serão explorados pela União diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão⁸⁰.

Com a edição, em 1993, da Lei n.º 8.630, denominada de Lei dos Portos, a mesma dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, e já em seu artigo 1º estabeleceu que a concessão somente se aplica ao porto organizado.

A Lei dos Portos, nos termos do seu art.4º, assegura ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, mediante a formalização de contrato de arrendamento portuário, celebrado com a União no caso de exploração direta ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando referida instalação portuária estiver localizada dentro dos limites do porto organizado.

A Lei nº 10.233/01 incorporou formalmente a disciplina constitucional do art. 21, XI e estabeleceu de modo explícito que a prestação de atividades de serviço público seria promovida mediante concessão.

No seu art. 13, inc. I, a Lei nº 10.233 determinou que:

As outorgas a que se refere o inciso I do art. 12 serão realizadas sob a forma de: I _ concessão, quando se tratar de exploração de infra-estrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura.

A norma estabeleceu uma clara diferenciação entre os regimes de exploração de terminais públicos e privados. Para o caso de exploração de terminal privativo, a Lei nº 8.630/93, assim determinou em seu artigo 4º, inc. II:

⁸⁰ CRFB/88, art. 21, XII, alínea “f”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

II - de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado. (Redação dada pela Lei nº 11.518, de 2007).⁸¹

2.1. Do Regime Jurídico do Contrato de Arrendamento Portuário

É importante destacar alguns aspectos relevantes para melhor compreensão do contrato de arrendamento portuário, pois segundo lição de Justen Filho⁸², a Lei dos Portos cometeu alguns equívocos técnicos quanto à identificação de duas questões juridicamente distintas e inconfundíveis: i) a atribuição do direito de um particular usar bens públicos e ii) a delegação ao particular da prestação de um serviço público.

Esta falha, segundo Justen Filho, acabou sendo sanada com a edição da Lei n.º 10.233/01, que criou a ANTAQ, pois referida norma expôs em seu artigo 14, § 3º, a possibilidade das outorgas de concessão estarem vinculadas ao contrato de arrendamento de ativos e aos contratos de construção, com cláusula de reversão ao patrimônio da União.⁸³

Sobre este tema, Justen Filho assim lecionou:

Uma correção técnica de grande importância consistiu no reconhecimento formal da distinção entre concessão de serviço público e arrendamento. A razão de ser da distinção foi acima exposta. Tal como dito, o arrendamento é instrumento de transferência do uso de bens públicos para um particular enquanto a concessão é a delegação da prestação de um serviço público a um particular. A diferenciação era obscurecida pela redação defeituosa da Lei nº 8.630. A Lei nº 10.233 superou o problema, por meio do art. 14, §3º. Ali se impôs determinação absolutamente óbvia,

⁸¹ Lei nº 8.630/93. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Lei8630.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2011.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro**. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n.16, 2006.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro**.

destinada a eliminar qualquer dúvida.⁸⁴

O artigo 14, § 3º da Lei n.º 10.233/01, assim dispõe:

§ 3º As outorgas de concessão a que se refere o inciso I do art. 13 poderão estar vinculadas a contratos de arrendamento de ativos e a contratos de construção, com cláusula de reversão ao patrimônio da União.⁸⁵

No caso da presente Dissertação, o tema pesquisado refere-se ao contrato de arrendamento portuário vinculado à outorga de concessão, o que implica na existência de uma delegação de um serviço público ao concessionário. Assim, este procedimento deverá obedecer ao regime jurídico definido no artigo 1º. §2º, da Lei dos Portos, que assim dispõe:

§ 2º A concessão do porto organizado será sempre precedida de licitação realizada de acordo com a lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos.⁸⁶

No mesmo diapasão, o Decreto nº 6.620/08, que estabelece as diretrizes para o desenvolvimento e fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, dispõe em seu artigo 29, inciso VII, o seguinte:

Art. 29. O arrendamento de instalação portuária operacional observará que:

(...)

VII - o contrato de arrendamento de instalação portuária rege-se pela Lei no 8.630, de 1993, e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, a legislação que rege as contratações e concessões,

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro.**

⁸⁵ Lei nº 10.233/01. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm > Acesso em: 03 out. 2011.

⁸⁶ Lei nº 8.630/93. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Lei8630.pdf> >. Acesso em: 29 dez. 2011.

assim como os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.⁸⁷

2.1.1. Da legislação

A importância atribuída pela CRFB/88 à exploração dos portos, ao ponto de atribuir para si a competência para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão⁸⁸ e ainda possuir competência exclusiva para legislar sobre o regime dos portos⁸⁹, deu origem a um rol de normas editadas posteriormente e que servem para disciplinar esta atividade.

A apresentação deste rol seguirá a ordem cronológica, a fim de possibilitar uma melhor visualização destes dispositivos legais, considerando aqui a CRFB/88 como ponto de partida.

Em 1993 foi editada a Lei n.º 8.630, denominada Lei dos Portos e também Lei de Modernização dos Portos, pois dispôs sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias.

Também neste ano de 1993, editou-se a Lei nº 8.666, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, sendo referido diploma de grande valia para o contrato de arrendamento portuário, eis que este somente poderá ser pactuado após licitação⁹⁰.

O disciplinamento da concessão de serviços públicos somente se materializou com a edição da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que veio a dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da CRFB/88.

Importante destacar aqui a visão de Moreira, ao salientar o grau de

⁸⁷ Decreto n.º 6.620/09. ANTAQ. Disponível em: < [http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Decreto 6620.pdf](http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Decreto%206620.pdf) > Acesso em: 29 dez. 2011.

⁸⁸ CRFB/88, art. 21, XII, alínea “f”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

⁸⁹ CRFB/88, art. 22, X. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

⁹⁰ Art. 4º, I, da Lei n.º 8630/93. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Lei8630.pdf> >. Acesso em: 29 dez. 2011.

importância da Lei de Concessões, ao afirmar que:

Ora, fato é que esses contratos não se concretizam num vínculo estático com três partes (concedente – concessionário – usuário), mas sim em imensas redes contratuais, instalando relações jurídicas multilaterais ao redor de complexos projetos de longo prazo. O contrato não tem a mesma natureza daquele regido pela Lei 8.666/1993, as licitações não podem ser compreendidas da forma antiga – e o mesmo se diga quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do projeto concessionário bem como ao modo de ele ser desenvolvido e encerrado.⁹¹

Daí se percebe que, apesar da Lei n.º 8.666/1993 ser de grande valia na formalização do contrato de arrendamento portuário, eis que o mesmo exige licitação, serão as diretrizes oriundas da Lei de Concessões que deverão moldar juridicamente o contrato, considerando seu longo prazo de duração e outras peculiaridades que somente nesta lei encontrarão abrigo.

Alguns meses após a edição da Lei de Concessões, em 7 de julho de 1995, foi editada a Lei n.º 9.074, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Tais dispositivos também trazem vários parâmetros a serem observados.

Por sua vez, a Lei n.º 10.233, de 05 de junho de 2001, criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ – uma autarquia especial federal, que atende ao que dispõe no art. 174 da CRFB/88⁹². A citada autarquia desempenha a função de agência reguladora e possui diversas atribuições voltadas à fiscalização e desenvolvimento da atividade portuária.⁹³

Nesse quadro, deve-se mencionar a criação da Secretaria Especial de Portos, em 2007, competente para assessorar o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de

⁹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. Inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 14.

⁹² Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

⁹³ Acerca da análise comparativa de vinte e dois elementos determinantes da ANTAQ e da *Federal Maritime Commission*, ver: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil**. Florianópolis: Conceito, 2009.

portos e terminais portuários marítimos.

A SEP é competente, especialmente, para promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às Companhias Docas. Após a sua criação foi editado o Decreto n.º 6.620/2008, que dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários.

Além dos dispositivos acima elencados, diversas outras normas de Direito Público são aplicáveis neste disciplinamento do contrato de arrendamento portuário, inclusive sendo de grande valia as normas editadas pela ANTAQ.

Essa agência, através de suas resoluções vem constantemente contribuindo para a consolidação de um arcabouço jurídico de qualidade e que muito acrescenta para o aumento da segurança jurídica nas relações contratuais existentes entre o Poder Público e a iniciativa privada.

Entre as Resoluções da ANTAQ, cumpre destacar a Resolução n.º 2240 que aprova a norma que regula a exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. Esta norma contribui para a segurança jurídica no setor, ao estabelecer a hipótese das partes em comum acordo alterarem o contrato de arrendamento objetivando a preservação do equilíbrio econômico-financeiro e assim determina:

Art. 34. (...)

Parágrafo único. Na hipótese de superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajuste, ou, ainda, em caso de força maior ou caso fortuito, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, o contrato de arrendamento deverá ser alterado, com as devidas justificativas, mediante acordo entre as partes, visando a reavaliação dos valores contratuais, objetivando a preservação do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, observada a regulamentação específica expedida pela ANTAQ.⁹⁴

94

BRASIL. ANTAQ. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000004614.pdf>> Acesso em: 25 abr. 2012.

Esta regulamentação específica mencionada na resolução supra referida, foi expedida pela ANTAQ, na edição da Resolução nº 2.367, a qual aprovou a proposta de norma que estabelece procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e para a revisão do equilíbrio econômico financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações nos portos organizados.

2.1.2. Das cláusulas essenciais

A apresentação do rol de leis e decretos acima se fez necessária pelo fato de que, quanto às cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento portuário, referidas normas não são harmônicas neste aspecto.

Apenas para exemplificar, o Decreto n.º 6.620/2008, em seu artigo 20 estabelece a necessidade de existência de cláusula prevendo a ampliação das instalações. Além disso, o complexo artigo 35 da Lei n.º 10.233/2001 possui nada menos que dezoito incisos com definição de quais são as cláusulas essenciais do contrato de concessão⁹⁵.

O grau de complexidade do contrato de arrendamento portuário é tamanho que, para exemplificar, o contrato firmado entre a Superintendência do Porto de Itajaí e a concessionária TECONVI S.A. (posteriormente substituída pela *APM Terminals S. A.*, possui nada menos do que 68 (sessenta e oito) cláusulas e outras tantas decorrente dos aditivos contratuais.⁹⁶

Tendo em vista que estes dispositivos legais, quando fazem menção às referidas cláusulas, atribuem a essas a qualificação de necessárias ou essenciais, pode-se concluir que somente o contrato que abranger todas estas cláusulas previstas na legislação é que estarão sob o manto da legalidade.

⁹⁵ Entre as normas apresentadas, temos ainda, a previsão na Lei nº 8.630/1993, em seu art. 4º, §4º, incisos I a XVIII, a Lei n.º 8.987/1995, no art. 23, incisos I a XV, na Lei nº 8.666/1993, art. 55, incisos I a XIII, e na Lei nº 9.074/1995, art. 25, § 1º. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 29 dez. 2011.

⁹⁶ Anexo II.

2.2. Concessões

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, foi editada com a finalidade de dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da CRFB/88. Dessa forma, é importante uma incursão sobre o aspecto doutrinário desta importante norma, eis que aí se encontram erigidos princípios valiosos a serem considerados quando da abordagem específica da questão do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

A importância da análise desta lei está no fato de que o contrato de arrendamento portuário é um contrato administrativo de caráter complexo, que abrange tanto o arrendamento de bens públicos, como a concessão de serviços públicos.

Assim sendo, as Leis nº 8.666/1993 e 8.987/1995 servem de estrutura básica para a formalização deste instrumento que conterá as regras da relação entre o Poder Público concedente e o particular, bem como a relação destes com usuários e terceiros.

2.2.1. Natureza jurídica da concessão

Diversas são as correntes doutrinárias que abordam de maneira diversa a natureza jurídica da concessão, sendo que entre os autores brasileiros, Di Pietro atribui à concessão a natureza jurídica de contrato administrativo, sujeito ao regime de Direito Público⁹⁷.

Sobre o tema, Mello ensina que:

A concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço, isto é, as condições em que será oferecido aos usuários; de um ato-condição, por

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 299.

meio do qual o concessionário voluntariamente se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público, e de um contrato, por cuja via se garante a equação econômico-financeira, resguardando os legítimos objetivos de lucro do concessionário.⁹⁸

Indo mais além, Moreira afirma que a concessão prevê uma relação jurídica que estabelece a proteção a interesses públicos e privados sob a égide do Direito Administrativo que, além de prescrever deveres, outorgar poderes e gerar direitos, instala um complexo de novas posições jurídicas subjetivas.⁹⁹

Dessa maneira, Moreira afirma que:

Está-se diante de séries de relações complexas, múltiplas e polimorfas – a gerar as respectivas posições jurídicas. Numa perspectiva simplificadora, basta dizer que os deveres, prerrogativas e direitos do concedente correspondem a direitos, sujeições e deveres do concessionário – que ao mesmo tempo, desenvolve outros tantos frente aos usuários. Mas pense-se, agora, nos terceiros, públicos e privados (reguladores, financiadores, acionistas, empreiteiros, cidadãos, etc.) – com o quê se pode ter uma ideia da multilateralidade das relações jurídicas postas.¹⁰⁰

2.2.2. Concessão de serviços públicos e segurança jurídica

Os serviços públicos brasileiros possuem destacado papel socioeconômico, sendo que setores importantes, como energia, telecomunicações, transportes e portos são atividades atribuídas ao Poder Público.

Porém, somente após a desestatização iniciada na década de 1990, é que se retomaram os investimentos em capital e tecnologia que possibilitaram a melhoria significativa de tais serviços, se comparada a sua precariedade e escassez no período anterior.

Esta importância socioeconômica somada ao alto grau de investimentos financeiros que caracterizam estes projetos de concessão de longo prazo, conduz a

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.727.

⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. p. 275.

¹⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. p.278

uma inquestionável necessidade de regras que se traduzam em segurança jurídica para as partes envolvidas.

Para Moreira, esta segurança jurídica tem como alicerce o princípio da confiança, da seguinte forma:

Investimentos dessa ordem só se sustentam num cenário de conhecida estabilidade político-jurídica: regras claras previamente estabelecidas e depois respeitadas, que permitam dar consistência a projeções elaboradas com número certo de variáveis endógenas. Aqui entra em cena o princípio da confiança: porque de boa-fé confia no concedente, o concessionário faz seus investimentos de acordo com o definido no edital, proposta e contrato (as circunstâncias fáticas que formam a base do negócio e fixam o respectivo equilíbrio econômico-financeiro).¹⁰¹

Acerca do tema, o autor acrescenta ainda, que:

(...) o desenvolvimento socioeconômico exige instituições estáveis e favoráveis para tal fim, com lastro sobretudo no Direito. As instituições importam – e muito –, pois por meio delas se organiza a vida de uma sociedade não apenas em seus aspectos políticos, senão também em outras facetas decisivas que afetam os interesses e o comportamento dos indivíduos, reduzindo as incertezas e conferindo estrutura estável para as condutas humanas. Sem dúvida que esse é um dos objetivos da Lei 8.987/1995 (e o mesmo se diga em relação às leis setoriais que se seguiram a ela, bem como às que criaram as agências reguladoras independentes).¹⁰²

O Ministro Valmir Campelo do Tribunal de Contas da União, em acórdão de sua relatoria, ao tratar do tema, assim decidiu:

Em um contrato de concessão, os termos contratuais devem garantir aos agentes envolvidos a segurança necessária à estabilidade das relações a serem pactuadas. Afinal, o ajuste firmado entre as partes será pilar de mais de duas décadas de relações jurídicas. Faz-se imperativo que se estabeleçam disposições claras e objetivas, com a necessária publicidade, para que em um ambiente de isonomia e previsibilidade todos os riscos estejam devidamente claros e distribuídos; evita-se, deste modo, eventuais imbróglis nas inevitáveis repactuações que se seguirão. Um dos segredos de uma boa execução em um contrato de concessão está, justamente, na clareza da repartição dos riscos e na objetividade

¹⁰¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. p.35.

¹⁰² MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. p.36.

dos comandos contratuais. Deve existir, neste caso, a necessária segurança jurídica para o ajuste.¹⁰³

2.2.3. Características das Concessões

Dentro da evolução normativa ocorrida após a promulgação da CRFB/88, surgiram leis que foram criadas com o objetivo de disciplinar a relação entre o Poder Público e os concessionários dos serviços públicos, caracterizando a transição entre o Estado do Bem Estar e o Estado Regulador, iniciou-se com o regramento dos contratos administrativos e das licitações, porém, se fazia necessária a criação de uma lei que aprofundasse mais esta relação quando a mesma representasse contratos de longa duração e de grandes aportes financeiros.

Estas exigências normativas foram satisfeitas com a edição da Lei de Concessões, pois com a aplicação dos preceitos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, deveria ocorrer de forma subsidiária, conforme dispõe o seu artigo 124.¹⁰⁴

Somente aqueles serviços públicos de titularidade do Estado, e que a lei permita sejam executados diretamente ou mediante concessão ou permissão, poderão ser objeto de concessão ou permissão.

A titularidade do serviço público sempre será do poder concedente, o que lhe permite dispor de acordo com o interesse público, podendo para isto, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato. Ao concessionário somente é transferida a execução do serviço.

A Lei de Concessões estabelece a obrigatoriedade de licitação através da modalidade concorrência, aplicando-se os procedimentos estabelecidos na Lei nº 8.666/93, porém, com diversas particularidades advindas dos artigos 14 a 22 da Lei nº 8.987/93.

Ressalta-se que não se aplica os casos de dispensa de licitação previstos

¹⁰³ Acórdão nº 1.928/2011, Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo *in* JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p.725.

¹⁰⁴ art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm >. Acesso em: 29 dez. 2011.

na Lei de Licitações e, de acordo com o art. 120, da Lei nº 11.196/05, é possível a inversão das fases de habilitação e julgamento.

Com relação à execução do serviço, a doutrina apresenta uma divergência no que tange à questão dos riscos, pois para Di Pietro¹⁰⁵ e Mello¹⁰⁶, o concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre os riscos normais do empreendimento.

Já para Justen Filho¹⁰⁷, a afirmação de que o concessionário presta o serviço por sua própria conta reflete uma concepção política e jurídica não mais vigente, pois se o serviço continua sendo público, tal afirmação não poderia ser empregada.

Assim, mesmo que o concessionário atue em nome próprio e assuma diversos direitos e deveres, sempre haverá o interesse do poder concedente em manter economicamente viável a concessão, pois o contrário poderia prejudicar a todos e colocar em risco a continuidade do serviço.

Nos casos em que o serviço público é considerado essencial, o usuário tem o direito a exigir-lhe judicialmente a sua prestação, caso o serviço lhe seja indevidamente negado.

Com relação às responsabilidades do concessionário, em caso de prejuízos causados a terceiros, em decorrência da execução dos serviços públicos, o mesmo responderá de forma objetiva, conforme dispõe o artigo 37, §6º da CRFB/88¹⁰⁸.

Quando o serviço público objeto da concessão se revelar contrário aos interesses públicos, o poder concedente poderá rescindir o contrato de forma unilateral. A este ato a doutrina denominou de encampação e consiste na retomada

¹⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 304.

¹⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 717.

¹⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p.716.

¹⁰⁸ § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

da execução do serviço pelo poder concedente. Ao concessionário, o artigo 37¹⁰⁹ da Lei de Concessões, prevê o direito ao ressarcimento dos prejuízos regularmente comprovados.

A caducidade caracteriza a rescisão unilateral do contrato de concessão e decorre do inadimplemento do mesmo, sendo que, neste caso não caberá indenização, senão em relação à parcela não amortizada do capital e, nos demais casos, o concessionário responderá pelas conseqüências do inadimplemento.

A incorporação, ao poder concedente, dos bens do concessionário necessários ao serviço público, denomina-se de reversão (de bens) e somente ocorre nos casos de extinção da concessão previstos no artigo 37 da Lei de Concessões, sendo cabível mediante indenização.

Em caso de pedido de recuperação judicial formulado pela concessionária, ficará a critério da administração decidir pela continuidade ou rescisão do contrato.

É facultado ao poder concedente decretar a intervenção, que corresponde à substituição temporária do gestor da empresa concessionária pelo interventor designado pelo poder concedente, com a finalidade investigatória, visando apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, ao final, as medidas mais convenientes a serem adotadas.

Uma das características mais interessantes do contrato de concessão é a possibilidade de ocorrer a subconcessão, a subcontratação e a transferência da concessão¹¹⁰.

Entre estas modalidades, a mais importante é a transferência, pois significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a administração pública celebrou o contrato. Substitui-se a figura do concessionário. Para isto a lei exige que o pretendente comprove sua capacidade

¹⁰⁹ Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm > Acesso em: 25 abr. 2012.

¹¹⁰ Arts. 25, 26 e 27 da Lei n.º 8.987/95. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm > Acesso em: 25 abr. 2012.

técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal.

Para Di Pietro¹¹¹, o fato de não se exigir licitação representa afronta ao disposto no artigo 175 da CRFB/88.

2.2.4. Dos poderes do concedente

A Lei nº 8.987/1995 estabelece em seu artigo 29, diversas atribuições ao poder concedente, visando a satisfação do interesse público, sendo que Mello as resume em: a) poder de inspeção e fiscalização; b) poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares; c) poder de extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído; d) poder de intervenção e; e) poder de aplicar sanções ao concessionário inadimplente.¹¹²

Dentre estes poderes, o poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares é que cabe destacar, pois é evidente que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado outorga o poder-dever do Estado para alterar as condições da prestação do serviço toda vez que se fizer necessário para que melhor satisfaça ao interesse público. Isso se dá sem que haja por parte do concessionário qualquer tipo de oposição exceto o ressarcimento pelo desequilíbrio econômico-financeiro, vez que a CRFB/88 prevê expressamente a manutenção das condições econômicas estabelecidas no contrato.¹¹³

2.2.5. Dos direitos do concessionário

O concessionário terá direito à justa remuneração pelos serviços prestados. Esta remuneração poderá ocorrer através da tarifas e das fontes paralelas e complementares de receita.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. p. 308.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.745.

¹¹³ CRFB/88, art. 37, inciso XXI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

E, finalmente, dentre os direitos do concessionário, merece destaque a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, estabelecido quando este apresentou sua proposta e desta se formalizou o contrato de concessão.

Todo acréscimo de encargos ou mutação das condições de funcionamento do serviço que alterem a equação patrimonial deverá sofrer revisões que lhe restaurem o equilíbrio inicial.

No caso das concessões públicas, o equilíbrio econômico-financeiro é deveras importante diante do fato que estes contratos - normalmente utilizados para empreendimentos que demandam investimentos de grande monta, com a parcialidade ou a totalidade do financiamento obtido perante instituições que exigem garantias provenientes das receitas (tarifas públicas cobradas dos usuários). Dessa forma, tais contratos dependem da correta manutenção deste equilíbrio para a total segurança da financiabilidade do projeto de concessão.

2.2.6. Direitos e Deveres dos Usuários

O contrato de concessão envolve direitos, deveres e obrigações diretamente do poder concedente e do concessionário bem como dos usuários e terceiros, sendo que o usuário é o destinatário do serviço público delegado pelo Estado ao particular.

Este destinatário do serviço público não está individualizado, pois é destinado à coletividade de indivíduos que compõe a sociedade. Portanto, não se trata tão somente do direito do usuário, sendo importante também aqui ser considerado o seu dever fundamental.

Dessa maneira, nas palavras de José Casalta Nabais¹¹⁴, “são os deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos.”

¹¹⁴ In MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público**. p.298.

É preciso, portanto, a colaboração ativa do indivíduo para que os valores sociais sejam atingidos. Assim, a atribuição de direitos e deveres aos usuários visa o respeito recíproco à liberdade de todos, resultando na limitação da liberdade de cada um.

A definição destes direitos e deveres dos usuários se dará sempre na esfera de cada um dos serviços públicos concedidos, observadas suas peculiaridades. É importante que os usuários respeitem os deveres que lhe forem estabelecidos a fim de possibilitar a fruição dos respectivos serviços.

Os deveres podem ser positivos, quando o usuário paga a tarifa, comunica irregularidades do concessionário etc. ou negativos, tais como preservar as instalações, o meio ambiente, não gerar condições prejudiciais ao cumprimento do contrato etc. Estes direitos e deveres estão enumerados no art. 7º da Lei de Concessões.

Dos usuários se espera colaboração ativa para que o interesse público primário seja atingido de modo eficaz. Assim, para Mello, o usuário figura em posição destacada dos demais, assegurando-lhe muito mais direitos do que deveres, pois entende o autor que somente existirá o serviço público sob a justificativa de o Estado oferecer aos administrados as respectivas comodidades e utilidades. Nesse quadro, diante dos direitos dos usuários elencados na Lei de Concessões, o mais importante de todos é a modicidade tarifária, pois caso esta viesse a ser desrespeitada, o próprio serviço terminaria por ser inconstitucionalmente sonegado.¹¹⁵

Na defesa dos direitos dos usuários é aplicável o Código de Defesa do Consumidor.¹¹⁶

2.2.7. Serviço Adequado

¹¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p.760.

¹¹⁶ Lei n.º 8.078/1990, especialmente os artigos 6º, X, art. 22 e art. 59, § 1º - Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm > acesso em: 15 ago. 2012.

A CRFB/88, em seu art. 175, parágrafo único, inciso IV, estabelece que a lei deve dispor sobre a obrigação de manter serviço adequado, o que a Lei de Concessões assim o fez, no seu artigo 6º, não só com a previsão, mas também com seu conceito, estabelecido no § 1º do mesmo artigo, qual seja:

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

O objetivo primário da concessão é a prestação de serviço adequado ao universo dos usuários. Tal objetivo deve ser observado pelo concessionário bem como desenvolvido pelo Poder Público, desde o início da licitação, a fim de estabelecer todas as condições para que efetivamente se atenda ao interesse público, emoldurado na norma constitucional.

Este objetivo primário, que corresponde à concretização do interesse público, tem seu processo de concretização iniciado na previsão geral na CRFB/88; passa pela Lei de Concessões e lei setorial (no caso, a Lei dos Portos); adquire maior nitidez no regulamento administrativo e no edital de licitação; para depois se tornar fático no contrato administrativo e respectiva execução.

Justen Filho afirma que:

A adequação do serviço público consiste, basicamente, na eficiência do ponto de vista técnico-econômico. A atividade deve ser estruturada segundo as regras técnicas a ela pertinentes e de modo a que se constitua em meio causalmente próprio para satisfazer as necessidades dos usuários. A atividade em que se materializa o serviço público é um *meio-cause* que deve conduzir a um *fim-consequência*. Não será adequado o serviço que não for apto a satisfazer, do ponto de vista técnico, a necessidade que motivou sua instituição.¹¹⁷

Assim, o pressuposto existencial da concessão é que a prestação de serviços seja adequada ao universo de usuários e esta adequação terá que satisfazer os requisitos de forma integral.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 305.

Serviço prestado com regularidade é aquele que é estável e que possui regras previamente estabelecidas e de conhecimento público. A continuidade do serviço corresponde à permanência na prestação sem interrupções abruptas.

O serviço que é regular e contínuo não é somente aquele ininterrupto como o fornecimento de água e energia elétrica, mas também aquele onde sua periodicidade estabelecida com antecedência e de conhecimento público, como por exemplo, os serviços portuários, com os seus respectivos quadros de horários de chegada e partida de navios.

Será eficiente a prestação de serviço que cumprir com perfeição o estatuto da concessão e as obrigações contratuais, gerando com efetividade o benefício social que dele se espera.¹¹⁸ Tanto concessionário como concedente devem apresentar postura ativa com vistas ao aprimoramento contínuo na prestação do serviço público.

O prestador deve adotar técnicas capazes de reduzir ao máximo os riscos de danos, pois existem serviços públicos que possuem um alto grau de risco em face de sua natureza, exemplificando, o serviço de transporte de gás por tubulações subterrâneas.

A atualidade do serviço busca atender ao ritmo dinâmico das demandas sociais, sendo necessária a adaptação do serviço na medida em que a evolução tecnológica ocorre, a fim de evitar que sua prestação se torne ultrapassada.

A generalidade visa satisfazer a todos os usuários existentes na sua área de atuação. O serviço deve ser acessível, em todos os sentidos, seja na esfera geográfica, socioeconômica ou personalíssima, de modo a promover a igualdade material traduzida no princípio da igualdade.

O respeito aos princípios da dignidade da pessoa, moralidade, publicidade e impessoalidade por parte do concessionário caracterizará a prestação de serviços com cortesia.

E, finalmente, a modicidade tarifária corresponde ao valor estritamente necessário para que o serviço seja adequado às respectivas necessidades sociais.

¹¹⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. p. 254.

O Decreto nº 6.620/08 trouxe em seus artigos 4º e 5º a preocupação em relação às tarifas que devem ser isonômicas entre todos os usuários de um mesmo seguimento e a modicidade tarifária ao estabelecer que a remuneração dos arrendatários deverá se pautar na prática de preços módicos.

Entre as diretrizes gerais estabelecidas neste Decreto, destacam-se as seguintes:

Art. 7º São as seguintes as diretrizes gerais aplicáveis ao setor portuário marítimo:

I - atendimento ao interesse público;

II - manutenção de serviço adequado e garantia dos direitos dos usuários;
(...)

XI - promoção da sustentabilidade econômico-financeira da atividade portuária e implantação de sistema de preços e tarifas com base em centros de custos e eficiência operacional;¹¹⁹

2.3. Agências Reguladoras

A falência do Estado enquanto agente econômico forçou a redução desse papel que optou por atuar, precipuamente, como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme consta expressamente no art. 174, *caput*, da Constituição Federal¹²⁰.

Essa mudança de paradigma culminou com a institucionalização do Programa Nacional de Desestatização¹²¹, formalizado pela lei 8.031/90, posteriormente revogada pela lei 9.491/97, e que teve como um de seus objetivos reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.

Ressalte-se, outrossim, que não apenas as atividades essencialmente econômicas foram transferidas à iniciativa privada, mas também, serviços de

¹¹⁹ BRASIL. ANTAQ. Disponível em: < <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Decreto6620.pdf> > Acesso em: 29 dez. 2011.

¹²⁰ Art. 174. Como agente normativo e **regulador** da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

¹²¹ **O Programa Nacional de Desestatização** também ficou conhecido como movimento de privatização, em razão da transferência à iniciativa privada de várias empresas até então pertencentes ao Estado, como também, pela abertura ao capital privado de vários outros setores econômicos até então não explorados ou de exploração restrita a poucas empresas.

natureza eminentemente administrativas, como é o caso daqueles que são objeto de concessões e permissões públicas.

A atividade econômica, então, a partir da efetivação do programa de desestatização, passou a se concentrar, principalmente, nas mãos da iniciativa privada.

Com isso, o Estado por afastar-se da exploração de atividades econômicas, não poderia, por outro lado, postar-se totalmente alheio à atividade desses novos agentes econômicos. Era necessário que o Estado permanecesse vigilante em relação a aspectos, como por exemplo, quanto aos direitos do consumidor, risco de formação de monopólios, qualidade dos serviços prestados, dentre outros.

Diante desse quadro, vieram à lume as agências reguladoras, inspiradas em suas congêneres norte-americanas, e conforme explica José dos Santos Carvalho Filho¹²², com a função principal de controlar, em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive, impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização.

2.3.1. Origem e evolução no Direito Comparado

O Direito Regulatório apresenta raízes nos Estados Unidos da América, representando:

uma espécie de corretivo indispensável a dois processos que se entrelaçam. De um lado, trata-se de um corretivo às mazelas e às deformações do regime capitalista. De outro, um corretivo ao modo de funcionamento do aparelho do Estado engendrado por este mesmo capitalismo.¹²³

¹²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 22 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹²³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.50, p.40

Isto pelo fato de que durante até o final do Século XIX, no período denominado *Era Lochner*, em que se defendia a não intervenção do Estado nas relações econômicas privadas, o crescimento industrial acabou trazendo problemas para a esfera governamental, ocasionando assim a intensificação da presença regulatória do Estado.

Conrado Hübner Mendes, citado por Gomes¹²⁴, ao discorrer sobre a trajetória da agências reguladoras, afirma que:

(...) O nascimento desse modelo de regulação deu-se em 1887, quando se verificou a premente necessidade de se conferir uma resposta reguladora às disputas que estavam a ocorrer entre as empresas de transporte ferroviário e os empresários rurais. Caio Tácito mostra tal situação: 'como as companhias de estradas de ferro procurassem obter o lucro máximo nas tarifas que livremente estipulavam – sob o critério do mais alto preço que a clientela pudesse suportar, as *traffic would bear* -, os fazendeiros do Oeste, organizados no movimento conhecido como *National Grange*, atuaram como grupo de pressão sobre as Assembléias estaduais, obtendo que fossem reguladas, legislativamente, as tarifas ferroviárias e os preços de armazenagem de cereais.' Neste ano, criou-se então a ICC¹²⁵ e um pouco mais tarde, a FTC¹²⁶, destinadas a controlar condutas anticompetitivas de empresas e corporações monopolistas.¹²⁷

É importante frisar que este fenômeno de Estado Regulador também se fez presente no continente europeu, eis que os efeitos da Era Industrial ali também se materializaram, pois neste período houve um considerável avanço no campo dos transportes, das comunicações e da produção em massa.

Ainda com relação às agências reguladoras, Castro Júnior aponta o seguinte aspecto histórico:

A regulação do transporte bem como de outros setores da economia é relevante porque se trata de atividade pública. Desde a Idade Média os setores que possuem interesse público têm sido submetidos a controles estatais, dentre os quais a regulação. Nas cidades medievais, a atividade comercial estava subordinada a organizações comerciais chamadas

¹²⁴ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia.** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.50, p.46

¹²⁵ *Interstate Commerce Commission.*

¹²⁶ *Federal Trade Commission.*

¹²⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia.** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.50, p.47

guildas, que possuíam suas regras e eram submetidas aos tribunais.¹²⁸

2.3.2. Origem e evolução no Direito Brasileiro

A atividade regulatória se manifesta de forma pontual em alguns setores da economia brasileira, em meados do século passado. Segundo leciona Wald:

a primeira notícia que se tem de um ente com características de órgão regulador data de 1918, quando foi criado um Comissariado de Alimentação Pública, através do Dec. 13.069, de 12-06-1918, com o objetivo de superar a crise de abastecimento, decorrente do conflito mundial.¹²⁹

Já Castro Júnior ao discorrer sobre a história da regulação brasileira, assim ensina:

A história da regulação brasileira é diferenciada do modelo regulatório norte-americano, que não teve a influência, por exemplo, do Poder Moderador nem do governo de um Imperador. Pode-se sustentar que a regulação brasileira, com poucas semelhanças com a regulação norte-americana, teve início na primeira metade do século XX.¹³⁰

Mas somente a partir da década de 90 é que tomou corpo a utilização de agências regulatórias setoriais, tendo em vista a criação do Programa Nacional de Desestatização. Castro Júnior assim destaca este momento:

(...) o fenômeno da difusão do poder normativo no Estado contemporâneo ainda mais avulta, entre nós, dada a experiência recente do chamado *modelo regulatório* brasileiro, que adota a instituição de agências reguladoras setoriais, com a incumbência de controlar, fiscalizar e, ainda, normatizar a prestação de serviços públicos concedidos na esteira do processo de privatização ocorrido no final dos anos 1990, cujo marco inicial coincide com a promulgação da Lei n. 8.031/90, instituidora do

¹²⁸ CASTRO JÚNIOR. Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e no Brasil.** p.78.

¹²⁹ WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões.** Saraiva: São Paulo, 2ª ed., 2006. p.226

¹³⁰ CASTRO JÚNIOR. Osvaldo de Castro. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e no Brasil.** p.257

*Programa Nacional de Desestatização.*¹³¹

Importante destacar também a visão crítica de Mello, ao afirmar que as agências não desempenham seu papel na medida em que não preservam os interesses do principal destinatário do serviço público – o usuário – ao assim ensinar:

No serviço público – importante ressaltar – a figura estelar não é o titular nem o prestador dele, mas o usuário. Com efeito, é em função dele, para ele, em seu proveito e interesse que o serviço existe.

(...)

As agências reguladoras que na linguagem oficial foram supostamente criadas para assegurar os direitos dos usuários comportam-se como se fossem inteiramente desinteressadas disto e muito mais interessadas nos interesses das concessionárias, ao ponto de se poder supor que foram introduzidas entre nós com este deliberado propósito. A situação calamitosa dos serviços aéreos serve de excelente demonstração da nulidade das agências reguladoras na defesa dos usuários.¹³²

2.3.3. Conceito e Natureza Jurídica

Gomes conceitua agência reguladora como:

uma autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inseridos no campo da atividade econômica que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central.¹³³

Com relação à natureza jurídica das agências reguladoras, elas são autarquias, porém, definidas como especiais por serem dotadas de um grau maior

¹³¹ CASTRO, Carlos Alberto Siqueira. **Função Normativa Regulatória e o Novo Princípio da Legalidade.** In ARAGÃO, Alexandre Santos. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011. pp. 48-49.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** p.693.

¹³³ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia.** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.50, p.44.

de independência com relação ao poder central. Este regime especial, segundo Di Pietro:

vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração Direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente podem perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.¹³⁴

2.3.4. Particularidades com relação à escolha dos dirigentes

A uniformização das normas para determinar o modo de escolha dos dirigentes se deu através da edição da Lei n.º 9.986/2000, que estabeleceu que os mesmos serão escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo, dependendo a escolha, de aprovação pelo Senado Federal. Esta escolha, conforme dispõe o art. 52, inciso III, alínea “f”, ocorre através de voto secreto, após arguição pública.

Segundo Justen Filho:

A figura das agências reguladoras se insere no processo de dissociação entre a prestação dos serviços públicos e sua regulação. Mais ainda, é resultado da proposta de assegurar que a disciplina dos serviços públicos seja norteadada por critérios não exclusivamente políticos.¹³⁵

Mas, conforme se verifica do processo de escolha dos dirigentes, é possível concluir que o fato de ser o dirigente escolhido pelo Chefe do Poder Executivo acaba gerando um conflito com a finalidade concebida na origem, que é dotar a agência de maior independência para, utilizando de critérios técnicos e não políticos, exercer seu mister.

Esta maior independência é percebida no direito francês, onde a competência para nomear os dirigentes é outorgada às três mais importantes autoridades políticas eleitas do Estado: o Presidente da República, o Presidente da

¹³⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.p. 527.

¹³⁵ JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 663.

Assembléia Nacional e o Presidente do Senado. O chefe de fato e de direito, que é o Primeiro-Ministro, não tem poder para nomear os diretores das agências reguladoras independentes.

2.3.5. O papel da ANTAQ

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, foi criada pela Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001. A referida lei dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviários e terrestres, criando além da ANTAQ, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (CONIT), a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT).

É importante salientar que, entre os objetivos estabelecidos para as agências reguladoras, está a função de regular ou supervisionar as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, visando 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.¹³⁶

Chama a atenção o que dispõe respectivamente os artigos 24, inciso VI e 27, inciso VI¹³⁷, visto que tratam sobre as atribuições de cada uma das agências reguladoras criadas e, curiosamente, no caso da ANTT, consta a preocupação com o resguardo do direito das partes e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e

¹³⁶ Objetivo extraído da análise do disposto no art. 21, inciso II, alínea “b”, da Lei n. 10.233/01. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm > Acesso em: 03 out. 2011.

¹³⁷ Art. 24,VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e prestação de serviços de transporte terrestre já celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes e o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos. Art. 27,VI - reunir, sob sua administração, os instrumentos de outorga para exploração de infraestrutura e de prestação de serviços de transporte aquaviário celebrados antes da vigência desta Lei, resguardando os direitos das partes; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm > Acesso em: 03 out. 2011.

já no caso da ANTAQ, tão somente o resguardo do direito das partes.

Segundo Moreira¹³⁸, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem estreita relação com a prestação de serviço adequado e com a modicidade tarifária, fazendo com que a preocupação com o equilíbrio econômico-financeiro represente muito mais do que resguardar o direito das partes, conforme já exposto no tópico referente ao serviço adequado.

Apesar desta omissão contida no inciso VI do artigo 27, da Lei n. 10.233/2001, percebe-se uma forte atuação da ANTAQ no que tange à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tendo inclusive elaborado a Resolução nº. 2.367 com a finalidade de estabelecer os procedimentos para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações nos portos organizados.

Castro Júnior leciona que:

(...) as competências da ANTAQ abrangem duas atividades relevantes e distintas: a) exploração do transporte aquaviário (atividade econômica em sentido estrito) e b) a exploração da atividade portuária (serviço público) que, embora complementares e dependentes entre si, constituem atividades distintas por sua própria natureza, daí resultam diferentes densidades regulatórias a recair sobre cada atividade.¹³⁹

Da análise do conceito acima, bem como do preceito legal supra referenciado, tem-se claramente estabelecido um estreito elo de ligação entre a agência reguladora - ANTAQ - e os portos organizados, instalações portuárias e terminais portuários, evidenciando assim, a importância do reconhecimento da função reguladora da ANTAQ em face dos contratos de arrendamento portuário.

2.3.6. O papel da SEP

A Secretaria Especial de Portos foi criada em 2007, através da Lei n.º

¹³⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. p.262

¹³⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil**. p.321.

11.518¹⁴⁰, com a finalidade de assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas.

A SEP é vinculada diretamente à Presidência da República e possui *status* de Ministério, pois a lei garante ao seu Secretário as mesmas prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes ao Ministro de Estado.

A própria Lei nº 11.518/07 definiu no seu art. 3º, as suas atribuições, que são: I - a formulação, coordenação e supervisão das políticas nacionais; II - a participação no planejamento estratégico, o estabelecimento de diretrizes para sua implementação e a definição das prioridades dos programas de investimentos; III - a aprovação dos planos de outorgas; IV - o estabelecimento de diretrizes para a representação do Brasil nos organismos internacionais e em convenções, acordos e tratados referentes às competências mencionadas no caput deste artigo; e V - o desenvolvimento da infra-estrutura e da superestrutura aquaviária dos portos e terminais portuários sob sua esfera de atuação, visando à segurança e à eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros.

Merece destaque a última das atribuições, porém, não menos importante, a que claramente tem como objetivo a defesa dos princípios da segurança e a eficiência na prestação de serviços públicos, neste caso os serviços de transporte aquaviário de cargas e passageiros.

É possível constatar que a criação da SEP resultou numa melhor atuação do Governo Federal quanto à formulação, coordenação e supervisão das políticas públicas, passando o setor portuário a ter uma atenção especial dada a necessidade de tornar o sistema portuário marítimo e o transporte aquaviário brasileiro competitivos frente ao mercado internacional. Isso se constata pela análise

¹⁴⁰ BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11518.htm > Acesso em: 29 dez. 2011.

do Relatório de Prestação de Contas da Presidenta da República¹⁴¹, que demonstra a existência de vários projetos e obras em todas as regiões.

2.3.7. O papel do CAP

A Lei dos Portos, em seu artigo 30, prevê que em cada um dos portos organizados, no âmbito de cada concessão, deverá existir um Conselho da Autoridade Portuária, o qual tem competência para baixar o regulamento de exploração; homologar o horário de funcionamento do porto; opinar sobre a proposta de orçamento do porto; promover a racionalização e a otimização do uso das instalações portuárias; fomentar a ação industrial e comercial do porto; zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência; desenvolver mecanismos para atração de cargas; homologar os valores das tarifas portuárias; manifestar-se sobre os programas de obras, aquisições e melhoramentos da infra-estrutura portuária e aprovar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto.

Compete também ao CAP promover estudos objetivando compatibilizar o plano de desenvolvimento do porto com os programas federais, estaduais e municipais de transporte em suas diversas modalidades; assegurar o cumprimento das normas de proteção ao meio ambiente; estimular a competitividade; indicar um membro da classe empresarial e outro da classe trabalhadora para compor o conselho de administração ou órgão equivalente da concessionária do porto, se entidade sob controle estatal; baixar seu regimento interno e pronunciar-se sobre outros assuntos de interesse do porto.

Finalizando, o § 2º do artigo 30 da Lei dos Portos dispõe que compete ao Conselho de Autoridade Portuária estabelecer normas visando o aumento da produtividade e a redução dos custos das operações portuárias, especialmente as de contêineres e do sistema *roll-on-roll-off*.

Castro Júnior, em estudo sobre a municipalização do Porto de Itajaí, faz

¹⁴¹ BRASIL. Controladoria Geral da União. Disponível em: < <http://www.cgu.gov.br/publicacoes/prestacaocontaspresidente/2011/Arquivos/PCPR2011.pdf> > p.749-752. Acesso em: 18 jun. 2012.

apontamento sobre a importância do CAP para a atividade portuária, da seguinte forma:

O CAP é soberano e subordinado única e exclusivamente aos interesses do porto, observada a Política Portuária Nacional. Nesse contexto, quando a Administração do Porto Organizada é municipal, ela está mais sensível aos interesses da comunidade, via Câmara de Vereadores e Prefeitura. Há, ainda, maior possibilidade de diálogo quando há conflito entre a lógica da economia e a lógica do urbanismo.¹⁴²

Neste aspecto, dada a proximidade com o real anseio da comunidade ao entorno do complexo portuário, a atuação do CAP é de fundamental importância inclusive no que tange à observância do contrato de arrendamento a fim de que o mesmo mantenha, durante toda a sua longa duração, o seu escopo inicial, que ultrapassa a fronteira de direitos entre poder concedente e concessionária e atinge os interesses públicos que motivar.

Neste capítulo buscou-se elaborar uma teoria geral no qual foram destacadas as particularidades do contrato de arrendamento portuário, concluindo-se que a legislação portuária se socorre nos dispositivos constantes da Lei de Concessões para emoldurar o contrato de arrendamento portuário.

Destacam-se também a importância das agências reguladoras e o papel desempenhado pela ANTAQ, SEP e CAP como agentes indutores da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

Adiante, no Capítulo 3 será abordado o equilíbrio econômico-financeiro e estudo de caso que envolve aspectos inéditos de revisão do contrato de arrendamento portuário.

¹⁴² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Aspectos jurídicos e políticos do Processo de municipalização do Porto de Itajaí: uma experiência de luta pela Cidadania**. Artigo publicado na **Revista Novos Estudos Jurídicos** - NEJ, vol.11, nº01, p.153.164/jan-jun 2006, p. 159.

CAPÍTULO 3

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Neste capítulo serão abordadas as questões conceituais do equilíbrio econômico-financeiro, discorrendo ainda sobre as formas de revisão dos contratos, quais as bases para a aferição do desequilíbrio e as hipóteses de revisão.

Também será analisado o papel da agencia reguladora, ANTAQ, especificamente com relação ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário.

E, finalmente, será apresentado o estudo de caso abordando o processo administrativo de revisão do contrato de arrendamento firmado entre a Superintendência do Porto de Itajaí e a empresa APM Terminals S. A.

3.1. O conceito de equilíbrio econômico-financeiro

Nas relações entre Direito e Economia evidencia-se uma preocupação comum com o equilíbrio. Inolvidável ser o conceito geral de equilíbrio em Economia dotado de uma esperança de eficiência, conferida pelas forças livres de mercado, ou seja, a contraposição dos interesses de oferta e demanda determina o ponto de estabilidade.

Ao Direito, o equilíbrio representa uma perspectiva da justiça econômica, a realização dos objetivos definidos na CRFB/88, a prevenção das desigualdades sociais. Sobre o tema, Meirelles apresenta o seguinte conceito:

Equilíbrio financeiro: o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do

empreendimento. Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro. Trata-se de doutrina universalmente consagrada, hoje extensiva a todos os contratos administrativos.¹⁴³

Na lição acima aparecem como sinônimos o equilíbrio financeiro e o equilíbrio econômico, certamente por conta do corrente emprego como tal. Contudo, são conceitos distintos. Para o equilíbrio financeiro basta a observância de uma equivalência dada por uma equação matemática.

Já o equilíbrio econômico requer que os parâmetros econômicos inseridos na equação sejam justos, conforme destacado no próprio texto. A referência à “justa remuneração do objeto do ajuste” deixa claro se tratar de um equilíbrio econômico-financeiro, tal qual define a Lei de Concessões no seu artigo 9º.¹⁴⁴

Este equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como deveres jurídicos propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, execução, recebimento provisório e definitivo previsto no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para a entrega dos bens, o prazo de pagamento etc.

O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também as épocas previstas para sua liquidação.

É possível figurar os encargos como contrabalanceados pela

¹⁴³ MEIRELES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. 18 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 197.

¹⁴⁴ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato.

(...)

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. Lei n.º 8.987/95. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm > Acesso em: 25 abr. 2012.

remuneração. Por isso se alude a “equilíbrio”. Os encargos equivalem à remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista. Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais às vantagens. Daí a utilização da expressão “equação econômico-financeira”.

Em atividades empresariais, as recompensas estão indissociavelmente ligadas aos riscos e às incertezas. Visando, pois, assegurar a modicidade, assim como o próprio equilíbrio, a administração e o particular, ao firmarem contrato, devem analisar as condições de insegurança, maiores no longo prazo, buscando estabelecer mecanismos capazes de alcançar a relação desejada.

Há garantias para viabilizar o empreendimento para o concessionário, a exemplo da política tarifária definida na Lei nº 8.987/1995, que preserva a tarifa aos usuários e ao contratado, não a subordinando, conforme disposto no seu art. 9º, §1º, à legislação específica anterior.

Trata-se de uma realidade que impõe o contraponto e o equilíbrio de interesses opostos: sob o ponto de vista da administração pública, vislumbra-se a prestação dos serviços públicos, respeitando-se os princípios que definem serviço adequado; no enfoque empresarial privado, importa ser lucrativo e seguro o investimento.

O direito do contratado em ter justa remuneração é protegido por princípio, em outras palavras, ele deve ser compensado pelo custo do seu capital investido no empreendimento e pela sua eficiência na prestação dos serviços.

Entretanto, pelo mesmo princípio, mostram-se indefensáveis direitos do particular de obter lucros exorbitantes da administração pública, tampouco de onerar os usuários com tarifas desproporcionais, sendo nulas as cláusulas ou mecanismos provocadores de tal distorção.

Quando se trata de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, está claro no art. 6º, §1º, da Lei nº 8.987/1995, o objetivo de assegurar a adequação do serviço público, em especial, mediante tarifas módicas. Embora a simples leitura desse artigo já seja suficiente para não se admitir lucros exorbitantes

em um contrato de concessão, à interpretação teleológica dos dispositivos da Lei de Concessões face ao ordenamento jurídico brasileiro corrobora tal entendimento.

Com efeito, à luz dos princípios que regem os contratos administrativos, sob os quais devem manter-se os ajustes, sob pena de nulidade, fica evidente que a equação econômico-financeira tem o propósito de evitar prejuízos tanto ao contratado quanto aos usuários, no extenso período de execução.

3.1.2. Das formas de revisão do contrato de arrendamento portuário para o re-equilíbrio econômico-financeiro

Desde a edição da Lei nº 8.666/1993, que instituiu as normas para as licitações e os contratos administrativos, regulamentando o art. 37, inciso XXI da CRFB/88, várias outras leis referendaram a preocupação do legislador pátrio em criar mecanismos para garantir o equilíbrio da equação econômico-financeira dos contratos administrativos.

Assim, iniciando-se pela Lei de Licitações e Contratos, ficou definido no art. 65, II, “d” que os contratos da administração pública podem ser alterados, mediante justificativa, por acordo entre as partes, para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Isso se dá na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis, porém, de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Já a Lei de Concessões, no seu artigo 9º, §§ 2.º e 4º, facultou a inclusão no contrato, de mecanismos voltados a possibilitar a revisão das tarifas, a fim de manter o equilíbrio econômico-financeiro, impondo a obrigação da administração pública em restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos casos em que a mesma altere o contrato de forma unilateral.

Num aprimoramento contínuo, a Lei n.º 10.233/2001, dispôs que os contratos de concessão regulados pela ANTT e pela ANTAQ, devem possuir entre as cláusulas essenciais, uma que defina regras sobre a solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive, possibilitando o uso da conciliação e a arbitragem para a resolução de conflitos.

Em 2005, foi editada a Lei n.º 11.196/2005 que incluiu na Lei n.º 8.987/1995, o artigo 23-A, que assim dispõe:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Assim, é possível perceber que houve uma franca evolução na legislação quanto à forma de solucionar os conflitos relacionados ao contrato de arrendamento portuário, inclusive estendendo-se tais procedimentos aos demais contratos de concessão de serviço público, apesar de ainda pouco conhecidos dos operadores a utilização de tais instrumentos.

3.1.3. Base de aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário

É necessário estabelecer as bases referenciais para aferir precisamente se houve alteração no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento, ou se os fatos ocorridos representam apenas riscos decorrentes da atividade empresarial, denominados de álea empresarial.

O contrato de arrendamento portuário somente pode ser formalizado após licitação, na modalidade concorrência, e serão os termos e condições previstos na proposta e no respectivo contrato pactuado entre o poder concedente e a concessionária, que fornecerão os subsídios necessários para confrontar com os fatos supervenientes.

Neste sentido, Moreira afirma que:

(...) a formalização do contrato deve obedecer aos termos da proposta do vencedor da licitação (tal como aceita pela Administração), a implicar vinculação recíproca entre o concedente (que a examinou, aprovou e declarou que, dentre todas, era a que melhor atendia ao objeto e ao fim público daquele edital) e o concessionário (que, valendo-se de sua expertise técnica, logrou apresentar oferta que atende primariamente aos interesses privados e, por derivação, dá cumprimento ao interesse público primário tutelado pela Administração). Não há como se compreender a relação concessionária sem o adequado respeito à proposta vencedora. Enfim, é por meio da proposta que o modelo de contrato que acompanha o edital se formaliza, tornando-se uma verdadeira concessão de serviço público.¹⁴⁵

Mais do que isso, tendo em vista que a delegação do serviço público ao particular deverá sempre buscar satisfazer todos os princípios relacionados ao serviço público, a configuração da equação econômico-financeira tem início em atos anteriores praticados pela administração pública. Nesse sentido, para Justen Filho:

A equação econômico-financeira é um atributo do contrato administrativo. Isso não significa, porém, que o conteúdo do equilíbrio econômico-financeiro seja reportável à data da formalização do contrato. É que os encargos e as vantagens, consagrados no contrato, foram definidos em momento anterior, no curso da licitação (ou dos atos que conduziram à contratação direta).

(...)

Logo, a configuração da equação econômico-financeira inicia-se quando a Administração edita o ato convocatório, definindo quantitativa e qualitativamente os encargos que recairão sobre o particular que vier a ser contratado. A definição das retribuições se faz com a apresentação das propostas (que podem reportar-se a outros dados anteriores, inclusive). Portanto, aperfeiçoa-se a equação econômico-financeira quando, após a Administração selecionar uma proposta como vencedora, o contrato é firmado. No entanto, o conteúdo dos ângulos ativo e passivo da relação reporta-se a momentos anteriores, especialmente ao da apresentação das propostas. Por isso, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro pode conduzir a que, já no momento da contratação, haja necessidade de adequar o conteúdo do instrumento às

¹⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. p. 229.

variações ocorridas.¹⁴⁶

Esta confrontação entre os termos da proposta, o instrumento contratual e os fatos ocorridos, terão como norte balizador para a revisão o que dispõe no art. 65, II, “d”, da Lei nº. 8.666/93.

3.1.4. Hipóteses de revisão do equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo

Entre as normas que regulamentam o tema, a que possui o melhor delineamento das hipóteses legais para a revisão do contrato administrativo é a Lei nº 8.666/93. No caso do contrato de arrendamento portuário, sua aplicação se dá de forma supletiva à Lei nº 8.987/93 e as demais leis específicas do Direito Portuário.

O artigo 65 da Lei nº 8.666/93 faz a abertura da seção III, que trata sobre a alteração dos contratos, deixando claro em seu *caput* que os contratos poderão ser alterados, mediante devida justificativa, nas hipóteses por ele elencados.

Este dispositivo legal divide as hipóteses de alteração em duas formas distintas. A primeira, caracterizada pelo ato unilateral da administração pública e a segunda, mediante acordo entre as partes.

Assim, haverá circunstâncias que, em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a administração poderá alterar unilateralmente o contrato, prevendo a norma, o dever do contratado em aceitar tais modificações de acréscimo ou supressão até os limites percentuais estabelecidos em lei.

É importante salientar que, apesar desta hipótese autorizar a administração realizar alteração unilateral no contrato, caso a alteração venha a causar desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, deverá ser realizada revisão a fim de restabelecer o equilíbrio inicial.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 96.

Este equilíbrio inicial, como dito, decorre da análise conjunta dos termos do edital com a proposta vencedora, traduzindo-se no contrato administrativo. Ou seja, o contrato administrativo deve ser uma fiel tradução da soma dos elementos existentes no edital e na proposta vencedora.

A respeito desta autorização legal para a administração alterar unilateralmente o contrato, Justen Filho assim leciona:

A alteração legal para a modificação unilateral não significa ausência de proteção à equação econômico-financeira do contrato. (...) Não autoriza a imposição de solução unilateral relativamente à relação entre os encargos e vantagens pactuadas entre as partes.

(...)

O particular deve submeter-se à determinação. Mas as alterações no tocante à remuneração deverão ser analisadas de comum acordo entre as partes. Se o particular reputar que as novas condições de remuneração violam a equação econômico-financeira original, cabe-lhe a faculdade de se opor à alteração – não sob o fundamento de discordância quanto às alterações técnicas, mas em virtude da disputa relativamente às cláusulas econômico-financeiras.¹⁴⁷

A alteração contratual através de acordo entre as partes abrange quatro hipóteses, descritas nas alíneas a, b, c e d, do inciso II do art. 65 da Lei nº. 8.666/93, quais sejam:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
- d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a atribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. p. 884.

ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.¹⁴⁸

O desequilíbrio econômico-financeiro é um fenômeno essencialmente econômico e consiste na alteração do resultado econômico decorrente da contratação administrativa e somente pode ser reconhecido mediante uma comparação entre as condições formuladas na proposta e as condições efetivas da execução do serviço, o que ocorre em momento posterior.

Justen Filho¹⁴⁹ estabelece que a quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição, depende da presença de dois pressupostos, a) a ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis e b) a ampliação dos encargos (ou) a redução das vantagens previstas.

A alteração se legitima como um meio de melhor realizar os interesses coletivos. Mas essa competência reconhecida à administração pública se insere num regime jurídico democrático, em que a invocação ao bem comum não autoriza a supressão dos direitos constitucionalmente assegurados aos particulares.

Em face da CRFB/88, o Estado não pode confiscar a propriedade privada. É antijurídico apropriar-se dos bens alheios, destruir interesses protegidos pela ordem jurídica. Essa antijuricidade se verifica inclusive nos casos em que a administração persegue a realização do interesse coletivo ou invoca um interesse público.

O contrato de arrendamento portuário, conforme já analisado, possui a sua complexidade envolta principalmente nos princípios relacionados ao serviço público, pois, além de envolver o arrendamento de bens públicos, abrange também a exploração de tais bens, de onde se tem como fruto a prestação de serviço público.

A legislação portuária assim consagra ao deixar claro a obediência às diretrizes traçadas na Lei de Concessões, ao utilizar termos como concessão,

¹⁴⁸ (Redação dada pela Lei n° 8.883/94). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm > Acesso em: 29 dez. 2011.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 521.

concessionário etc.¹⁵⁰ Portanto, as regras especiais relacionadas à alteração contratual e equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário, estão incertas na análise doutrinária da Lei nº. 8.987/95, a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos.

E assim, é importante destacar a lição de Moreira, quando analisa as particularidades do contrato de concessão, opondo-se expressamente a aceitar que as alterações do contrato de concessão tenham como limites os mesmos termos contidos no artigo 65 da Lei nº. 8.666/93, que regula a alteração do contrato administrativo, da seguinte forma:

(...) nas concessões a competência para alterações vai muito além da Lei 8.666/93 (máxime no art. 65, a delimitar *numerus clausus* as modificações ditas quantitativas e qualitativas). As normas da Lei de Licitações que circunscrevem as alterações não se aplicam ao regime concessionário (restrições interpretam-se restritivamente). Não se está diante de singela balança de encargos e receitas, nem tampouco frente a desembolso de verbas do erário, mas sim de fluxos de caixa projetados para mais de 10 anos. Ao contrário da Lei 8.666/93, a Lei Geral de Concessões ampliou as hipóteses de modificação contratual e respectivos limites, não se submetendo as amarras dos contratos administrativos ordinários. O mesmo se diga quanto às consequências.¹⁵¹

Para Moreira, as condições para a alteração unilateral nos contratos de concessão, devem preencher ao menos quatro requisitos: i) a competência do agente; (ii) o respeito à natureza da cláusula a ser modificada; (iii) a motivação e; (iv) o simultâneo reequilíbrio do contrato.¹⁵²

A competência do agente possui destacada relevância quando se está diante de um contrato celebrado em decorrência de convênio entre duas pessoas políticas, de forma que será necessário definir qual das autoridades públicas poderá praticar atos de alteração unilateral, se apenas uma ou mais de uma.

Não é qualquer cláusula que pode ser modificada unilateralmente, mas somente aquelas cujo conteúdo diga respeito ao objeto do contrato e a forma de sua

¹⁵⁰ Exemplificando, tem-se o art. 1º da Lei nº 8.630/93 (Lei dos Portos). Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Lei8630.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2011.

¹⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões do Serviço Público**. pp. 379-380.

¹⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões do Serviço Público**. pp. 380-384.

execução, podendo ser passíveis de modificação as cláusulas que disciplinem as prestações atribuídas ao concessionário: o objeto do contrato, assim considerado como a materialização da obra, a gestão do serviço concedido e a sua prestação aos usuários.

Este objeto pode ser diminuído, modificado ou incrementado, desde que preserve a essência da contratação. Estas variações terão que estar compreendidas dentro do objeto moldado pelo edital, proposta e contrato.

Isto implica ser totalmente impossível alterar a substância do contrato, substituindo-o ou extinguindo-o. Não se pode alterar o objeto, por exemplo, de concessão de serviço para outro de obra pública.

Assim, a alteração contratual deve primar sempre em manter o serviço adequado visando a satisfação do interesse público.

Estas possibilidades de alteração contratual caracterizam as denominadas cláusulas contratuais regulamentares, que disciplinam a execução do objeto.

Quanto à *motivação* do ato que altera o contrato, esta modificação tem que ser necessária e suficiente, na forma preconizada no art. 50 da Lei nº 9.784/99. Esta motivação implica na demonstração dos fatos que deram origem ao ato e nos dispositivos legais que autorizaram sua concretização.

Entre os motivos de fato, deverá sempre ser apresentado, de forma detalhada e legível, o impacto econômico-financeiro trazido pelo projeto concessionário e o correspondente reequilíbrio, com relação a sua forma técnica e o momento de efetivação.

E, finalmente, quanto ao respeito ao simultâneo reequilíbrio econômico-financeiro, é sabido que nos contratos de concessão se exige o exame de projeções de longo prazo, envolvendo projeções estatísticas que ultrapassem dez anos, sendo que prazos contratuais desta magnitude sofrem alterações nas situações socioeconômicas que moldaram o contrato inicial.

Somente com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é que se pode alterar unilateralmente o contrato de concessão, pois, do contrário, tal

modificação poderá resultar na extinção da concessão. Desta forma, é necessária a realização de estudos comprobatórios de que a alteração efetivamente irá preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A Lei Geral de Concessões celebra o dever de adimplemento contratual por meio da prestação de serviço adequado. Desta maneira, qualquer hipótese de alteração contratual deve primar pela celeridade quanto ao seu respectivo reequilíbrio por se tratar de um contrato dinâmico e exigente.

Por menor que seja o desequilíbrio do contrato, toda a cadeia de projetos de investimentos é prejudicada. Assim, deve-se destacar o seguinte:

O desequilíbrio produz asfixia do contrato de concessão: impede-o de respirar e, assim, proíbe que os esforços necessários sejam desenvolvidos – o adequado fluxo de receitas e despesas é o oxigênio do projeto. Ausente o equilíbrio, haverá o dever de prestar serviços e executar obras sem receita que permita financiamento endógeno do projeto. Não se supõe (e nem se espera) que os acionistas de concessionária façam aportes com o intuito de financiar a custo perdido, obras e serviços públicos. Contratos de concessão não são projetos altruísticos ou filantrópicos, mas sim de geração de desenvolvimento e distribuição de riqueza.¹⁵³

Nesse cenário, o desequilíbrio ocasiona a impossibilidade do concessionário em prestar o serviço adequado, tornando-se impossível a observância do princípio expresso no art. 22, *caput*, do CDC, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários.

Assim sendo, qualquer déficit, por menor que seja, representa um prejuízo de grandes somas, tendo em vista se tratar de operações financeiras calculadas para prazos de 15 a 20 anos, nas quais os cálculos são minuciosos e não podem ser comparados com apurações menos complexas, baseadas em cálculos anuais, modelo este mais adequado aos contratos administrativos ordinários, regulados pela Lei nº. 8.666/93.

Estes contratos de concessão envolvem investimentos significativos por

¹⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões do Serviço Público**. pp. 384-385.

parte do concessionário, de forma que os aportes de recursos são minuciosamente distribuídos no longo prazo de duração dos referidos contratos.

Em face disso, a prestação do serviço público deverá obedecer ao princípio de serviço adequado, consagrado no artigo 175, inciso IV, da CRFB/88 e, para que isto ocorra é vital que os esforços de todos os envolvidos sejam para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

As condições do contrato deverão ser sempre mantidas, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo. É isto que preconiza o artigo 10, da Lei Geral de Concessões.¹⁵⁴ Mas é certo que, o longo prazo de duração deste pacto, coloca-o numa constante confrontação com fatos que lhe causarão oscilações, para exemplificar - a evolução tecnologia e as novas demandas sociais – o que demonstra que o contrato de concessão se qualifica por sua incompletude.

Para Moreira, as “condições do contrato”, contidas na letra da lei, representam:

a boa-fé objetiva e a confiança recíproca, o seu estatuto, a sua natureza e respectivas qualidades. As circunstâncias institucionais que determinam a existência daquele específico negócio jurídico (e de nenhum outro) e a respectiva natureza funcional do pacto.¹⁵⁵

Serão as escolhas primárias de política pública, condensadas na legislação e na regulação que se concretizarão nas condições do contrato, o principal elemento garantidor do equilíbrio econômico-financeiro do mesmo.

3.2. A ANTAQ e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário

Cumprindo com as atribuições que lhe foram impostas¹⁵⁶, no que tange à

¹⁵⁴ Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm > Acesso em: 25 abr. 2012.

¹⁵⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. p. 389.

¹⁵⁶ Lei nº. 10.233/01, art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: (...) IV - elaborar e editar

elaboração de regulamentos, a ANTAQ editou a Resolução nº. 2367¹⁵⁷, publicada no Diário Oficial da União, em 02 de fevereiro de 2012, que dispõe sobre dois assuntos específicos: a) procedimentos para a elaboração de projetos de arrendamentos e b) procedimentos para a revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de áreas e instalações nos portos organizados.

Ao iniciar pelas noções gerais, estabelecidas no início do regulamento, a ANTAQ, coincidentemente, alocou no mesmo artigo 10, os mesmos termos daquele contido no mesmo dispositivo da já vista Lei nº. 8.987/95, partindo-se do pressuposto de que o equilíbrio econômico-financeiro possui estreita ligação com as condições do contrato, sendo a mesma diretriz estabelecida para os contratos de concessão de serviço público.

Como hipótese para o reequilíbrio econômico-financeiro, a resolução estabeleceu a existência de externalidades que afetem, de forma contínua e substancial, o empreendimento arrendado.

Para emoldurar esta hipótese, descreveu o que vem a considerar como externalidades, no seu artigo 15. Todavia, ficou uma lacuna, tendo em vista que o termo “substancial” possui forte carga subjetiva e não lhe foram estabelecidos parâmetros para sua aferição.

As externalidades arroladas no artigo 15 da citada resolução são as seguintes:

- I – alteração da área do arrendamento;
- II – prorrogação do prazo contratual;
- III – alteração nos investimentos previstos no arrendamento, de forma a excluir, incluir ou alterar obras, equipamentos ou serviços;
- IV – alteração do objeto de exploração do arrendamento, observada a regulamentação específica a ser expedida pela ANTAQ;
- V – prestação de serviços não previstos originalmente no contrato de

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 operadores; (...) Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm > Acesso em: 03 out. 2011.

¹⁵⁷ BRASIL. ANTAQ. Resolução nº 2367. Disponível em: < <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000004883.pdf> > Acesso em 25 abr. 2012.

arrendamento;

VI – fato imprevisível, ou previsível, porém de consequência incalculável, retardador ou impeditivo da consecução do ajustado ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito, fato da administração ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Nesta definição das hipóteses é possível perceber que elas não possuem caráter restritivo, uma vez que não estabelecem limites, de onde se conclui que o objetivo maior é assegurar que haja o reequilíbrio econômico-financeiro, seguindo assim, as mesmas diretrizes existentes na Lei de Concessões.

Apenas na parte final do dispositivo supra é que se fez a aplicação supletiva, conforme preconizado no artigo 29 do Decreto nº 6.620/08, dos preceitos estabelecidos na Lei nº. 8.666/93, especificamente no que dispõe o art. 65, II, d.

A preocupação é restabelecer a viabilidade econômica do contrato, e apesar de existirem os tais eventos ditos externalidades, elencados no artigo 15, a resolução é clara ao afirmar que basta que se caracterize qualquer situação que afete de forma continuada e substancial o empreendimento arrendado, para que as partes promovam o equilíbrio econômico-financeiro.

Há exceção feita aos eventos que decorram da álea empresarial (riscos inerentes a atividade empresarial sujeita a flutuações econômicas, sejam eles acarretadores de prejuízos ou de ganhos).

Como os contratos de arrendamento portuário possuem previsão legal de duração de até 25 anos, e podem ser prorrogados uma vez por prazo máximo igual ao período inicialmente contratado¹⁵⁸, a resolução acima estabeleceu a obrigação de realização de uma revisão a cada 5 anos, denominada revisão ordinária.

A citada norma também oportunizou a realização de revisão extraordinária, quando ocorrer algum fato que afete, de forma continuada e substancial o contrato, mediante solicitação do arrendatário ou por iniciativa da administração.

¹⁵⁸ Decreto n.º 6620/2008, art. 13, parágrafo único. Disponível em: < <http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Decreto6620.pdf> > Acesso em: 29 dez. 2011.

Assim, resta claramente demonstrada a preocupação da agência reguladora em oportunizar o imediato reequilíbrio contratual a fim de não causar prejuízos à arrendatária, o que traria como consequência o comprometimento da prestação de serviço adequado.

Esta preocupação também está aparente ao se estabelecer o dever da administração de criar as novas obrigações e valores decorrentes da revisão, bem como fundamentar e considerar a adequação do contrato de arrendamento ao interesse público (art. 14, §§ 2º).

As hipóteses de revisão decorrentes de aumento de área ou prorrogação do prazo, somente ocorrerão após envio da solicitação à ANTAQ que somente se manifestará após ouvida a SEP. A ampliação da área somente será possível se forem áreas contíguas e mediante a comprovação da inviabilidade técnica, operacional e econômica da realização de licitação para novo arrendamento.

Caso a ampliação da área implique em alteração do Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ), deverá existir a anuência do Conselho da Autoridade Portuária (CAP).

No caso de prorrogação de prazo, a resolução estabeleceu os mesmos limites elencados no Decreto nº. 6.620/2008, ou seja: desde que haja previsão no edital de licitação, que a arrendatária esteja adimplente com suas obrigações contratuais e que referida prorrogação venha a melhorar a qualidade dos serviços e sua oferta, e que haja novos investimentos por parte da arrendatária.

Na hipótese de revisão decorrente de proposta de projetos e investimentos não previstos no contrato de arrendamento, tal proposta deverá ser elaborada pela Autoridade Portuária e submetida à aprovação da ANTAQ que, neste caso, não precisará ouvir a SEP.

Caso seja aprovada a proposta pela ANTAQ, deverá ser realizada a revisão extraordinária do contrato, seguindo os procedimentos descritos na Resolução n.º 2367.

Nos demais casos previstos na resolução, é desnecessária a prévia anuência da ANTAQ ou da SEP, sendo que apenas deverá a Autoridade Portuária

seguir os procedimentos previstos na resolução, e o equilíbrio em face da alteração do objeto e de prestação de serviços não previstos será calculado com base nos ganhos advindos.

Já os casos de revisão em face de fato imprevisível, ou previsível, porém de consequência incalculável, retardador ou impeditivo da consecução do ajustado ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito, fato da administração ou fato do príncipe, configurando álea extraordinária e extracontratual, a apuração será feita de acordo com o impacto que dito fato venha a trazer ao contrato de arrendamento.

E, por fim, caso ocorra impasse entre a arrendatária e a administração, qualquer uma das partes poderá solicitar a mediação da ANTAQ, por meio de requerimento fundamentado que deverá expor quais são as posições divergentes.

A citada resolução é o mais importante instrumento elaborado pela ANTAQ visando contribuir para que se obtenha o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário, se ocorrerem fatos que não sejam atribuídos ao risco empresarial, demonstrando assim, uma clara preocupação para que o serviço prestado não cause prejuízo ao prestador e muito menos ao usuário.

3.3. Estudo de Caso: Revisão do Equilíbrio Econômico-financeiro do Contrato n.º 30/2001 entre a Superintendência do Porto de Itajaí e *APM Terminals S.A.*

3.3.1. Introdução

O estudo de caso abordando o processo de revisão do contrato n.º 030/2001 firmando entre a SPI e a empresa TECONVI S.A. (posteriormente, *APM Terminals S.A.*) foi incluído na presente dissertação, tendo em vista que se trata do primeiro caso de revisão de contrato de arrendamento portuário para equilíbrio econômico-financeiro na região Sul e com repercussão nacional, uma vez que representa um marco na análise de todo o arcabouço jurídico criado após a edição da Lei n.º 8.630/93, denominada Lei dos Portos e do surgimento da ANTAQ.

Evidencia-se, assim, na prática, a complexidade das relações jurídicas

que envolvem a atividade de exploração dos portos.

3.3.2. Do Contrato de Arrendamento Portuário n.º 030/2001

Em 26 de abril de 2001, foi realizada licitação, na modalidade concorrência, a qual teve por base o edital n.º 005/2001, de onde constou no seu preâmbulo que a finalidade era de “contratar, mediante arrendamento, a administração e a exploração de instalações portuárias localizadas dentro do Porto de Itajaí, destinadas a implantação do Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí – TECONVI, (...)”¹⁵⁹

A proposta vencedora foi da empresa Andraus – Engenharia e Construções Ltda., no valor de R\$ 57.759.773,35 (cinquenta e sete milhões setecentos e cinquenta e nove mil setecentos e setenta e três reais e trinta e cinco centavos) – fls. 1196, vol. III.

Desta proposta resultou o Contrato n.º 030/2001, composto por 68 (sessenta e oito) cláusulas e anexos, sendo que serão abordados apenas as cláusulas mais importantes, em especial, as que tenham estreita relação com o processo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista o objetivo geral da pesquisa.

Cabe destacar, inicialmente, que apesar da proposta vencedora ter sido da empresa Andraus – Engenharia e Construções Ltda., constou como arrendatária, a empresa TECONVI S.A., sociedade comercial de fim específico, e que posteriormente foi substituída pela empresa *APM Terminals* S.A., não tendo sido possível averiguar de que forma ocorreu a criação da Sociedade de Propósito Específico (SPE) e também quanto à alteração da arrendatária de TECONVI S. A. para *APM Terminals*.

O objeto do contrato faz menção às instalações portuárias descritas no anexo II, todavia, não se tem conhecimento de quais são estas instalações, visto que as mesmas não foram incluídas no processo administrativo.

¹⁵⁹ Anexo I.

O contrato atribui a modalidade de uso privativo misto ao modo de exploração das instalações, o que o faz de forma equivocada, pois consta claramente no edital que o arrendamento é de instalações localizadas dentro do Porto de Itajaí, o que na verdade, estão inseridas dentro do porto organizado, implicando assim no arrendamento de bem público e, conseqüentemente, na prestação de serviço público, concedido ao particular mediante concessão.

As cláusulas essenciais para a análise e revisão do equilíbrio econômico-financeiro são as que definem o regime jurídico do contrato e que prevêm a legislação aplicável e a forma de interpretação do contrato.

Quanto ao regime jurídico, ficou estabelecido que o contrato regula-se pelas disposições e preceitos de Direito Público, nas quais constam que serão aplicáveis as normas erigidas nas Leis nº. 8.630/93 (Lei dos Portos), 8.666/93 (Licitações e Contratos), 8.987/95 (Concessões), regulamentos e demais normas legais e regulamentares aplicáveis.

Quanto à interpretação, o contrato prevê que deverão prevalecer sobre as demais, as regras contidas na Lei n.º 8.630/93, seguidas das Leis nº 8.666/93, 8.987/95 e a respectivas alterações. A seguir, as cláusulas contratuais, nos termos das condições contidas no edital. Em quinto lugar, a metodologia de execução e, finalmente, a proposta comercial vencedora.

À arrendatária cabe a integral responsabilidade pelos riscos inerentes ao arrendamento, exceto nos casos em que o contrário resulte do contrato. Como o edital possui o Anexo IV – Modelo de Carta de Participação e Assunção de Responsabilidades, presume-se que esta carta foi elaborada pela arrendatária e consta da sua proposta, o que seria um dos instrumentos importantes de análise para fins de revisão do equilíbrio econômico-financeiro, contudo, referido documento não está presente no processo de revisão n. 50/2010.

Vários prazos foram fixados para a implantação do terminal, entre 3 meses a 18 meses. Destes prazos, é importante destacar o prazo para que a arrendatária realizasse a re-estruturação da cortina de estacas-prancha do Berço 1 e 2 (250m), necessárias para uma profundidade do rio de no mínimo 12 (doze) metros, o que foi fixado na cláusula décima oitava, inciso II, em 6 (seis) meses, contados da

liberação da respectiva área.

Houve preocupação com a prestação de serviço adequado, pois na cláusula vigésima-oitava ficou consignado o dever de serem observadas as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, cortesia na sua prestação e modicidade dos preços, inclusive, constando como um dos direitos dos usuários, tal como se verifica na cláusula trigésima-segunda, que estabelece os direitos e deveres dos usuários.

Entre os direitos e obrigações da arrendatária (cláusula trigésima-quarta), destacam-se a prestação de serviço adequado (inc. I), o zelo pela integridade dos bens que integram o arrendamento (inc. IX) e a adoção de todas as providências necessárias, inclusive judiciais, para garantia do patrimônio do arrendamento (inc. 2.V).

Quanto aos seguros, a arrendatária obrigou-se, conforme consta da cláusula trigésima-quinta, a firmar apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva cobertura dos riscos inerentes à execução das operações portuárias relativas ao arrendamento. Entre os seguros que deverá manter em vigor, está o seguro por danos materiais, cobrindo a perda, destruição ou dano em ou de bens que integram o arrendamento (6.I).

A não realização dos seguros previstos ou a realização em valores ínfimos ou insuficientes para a reposição dos bens que integram o arrendamento, não exclui, atenua ou diminui a responsabilidade da arrendatária pela integral reposição dos mesmos (item 11).

Outra cláusula importante é a que estabelece a responsabilidade da arrendatária pelos danos causados aos bens que integram o arrendamento, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização da SPI (cláusula quadragésima-sétima).

3.3.2.1. Da solução de divergências contratuais

O contrato nº 030/2001 possui em sua cláusula quinquagésima-terceira, um rol de 13 (treze) parágrafos que estabelecem diretrizes para a solução amigável de divergências contratuais.

Esta forma de solução não exime as partes ao fiel cumprimento das obrigações existentes no contrato, não podendo prejudicar o regular poder de fiscalização e intervenção das autoridades portuárias, marítimas, aduaneira, de polícia marítima, de sanidade e de meio ambiente.

A parte interessada em solucionar eventual conflito, comunicará a outra parte, solicitando uma audiência a ser realizada perante uma comissão, denominada de “Comissão de Peritos Independentes”.

A parte que receber a comunicação da outra, terá o prazo de 15 dias para deduzir sua defesa, remetendo cópia da mesma para a parte demandante e para a Comissão. A Comissão analisará os termos da comunicação e da defesa da outra parte e emitirá parecer no prazo de 30 (trinta) dias contados do recebimento da defesa da demandada.

As despesas com as custas, incluindo os honorários dos peritos da Comissão, serão rateadas entre as partes, podendo as partes acordar outra forma de pagamento.

As partes poderão, na celebração do contrato ou ao longo de sua execução, constituir uma Comissão de Peritos destinada a solução de controvérsias entre as partes. Essa comissão será competente para emitir parecer fundamentado sobre todas as questões que lhe forem submetidas pela SPI e pela arrendatária, aplicando, interpretando ou integrando as normas que regem o arrendamento e a legislação aplicável.

A composição da Comissão será de 3 (três) membros efetivos e 3 (três) membros suplentes, sendo que os membros serão designados mutuamente pela SPI e arrendatária. Os pareceres emitidos pela comissão não são vinculativos, podendo as partes aceitá-los ou não.

Esta hipótese de resolução de conflitos entre as partes contratantes vem ao encontro com o que prevê o disposto no art. 23-A, da Lei nº 8.987/95, que assim

dispõe:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Assim, quando o contrato admite a nomeação dos denominados peritos independentes, possibilita que a solução da controvérsia se faça valer dos dispositivos legais expressos na Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96), que possui procedimento próprio, podendo inclusive, as partes escolherem o procedimento e a legislação a ser aplicada.

Para tanto, basta que as partes formulem um compromisso arbitral, baseando-se no que dispõe o art. 6º, da Lei nº 9.307/96, que assim dispõe:

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

3.3.3. O Processo Administrativo nº. 50/2010 para a revisão do contrato de arrendamento portuário

3.3.3.1. Os motivos da abertura do processo administrativo nº 050/2010

Em 20 de agosto de 2010 foi editada a Portaria n.º 33 pela Superintendência do Porto de Itajaí, a qual determinou a abertura do processo administrativo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato n.º 030/2001.

Os motivos elencados na portaria para a abertura do processo foram o fato de que até então nunca havia sido aferida a situação do equilíbrio econômico-

financeiro do contrato, as determinações contidas no Relatório de Fiscalização da ANTAQ, adiante mencionadas, e do Relatório Anual de Auditoria Operacional do TCU, e a ocorrência de diversos eventos que alteraram as condições originais do contrato, com destaque para a enchente do Rio Itajaí, no ano de 2008.

No relatório de fiscalização da ANTAQ – FIPO nº 000008-2009-UARFL, basicamente são dois os itens que levaram a agência a recomendar a revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato: a) os descontos progressivos, em função da movimentação de contêineres, comprovando que a arrendatária atingiu já em 2004 a meta que havia sido projetada para 2022, obtendo assim vantagens expressivas e causando prejuízos de receita para a SPI; e b) a responsabilidade da arrendatária pelos prejuízos materiais ocorridos nos berços 1 e 2, decorrente da enchente de 2008, tendo em vista que não incluiu os berços no rol de bens que constavam como segurados em sua apólice de seguro contra danos materiais, fazendo-o apenas após o sinistro.

O Relatório de Auditoria do TCU se consolida no Acórdão nº 2896/2009, proferido nos autos nº 021.253/2008-2 – Tema de Maior Significância (TMS) nº 7 de 2008, que tratou dos portos, modelo de arrendamento de áreas e instalações portuárias, diagnóstico de deficiências do setor, concluindo com determinações e recomendações.

Neste relatório do TCU foi mencionado o caso do Porto de Itajaí, nos seguintes termos:

No caso do Porto de Itajaí (SC), o contrato de arrendamento do Terminal de Contêineres previa 80% de desconto sobre a tarifa devida ao porto quando uma determinada movimentação fosse alcançada. Essa meta materializou-se rapidamente em razão da expansão do comércio internacional e o contrato dispõe, na cláusula décima quarta, que são inalteráveis pelas partes as cláusulas econômico-financeiras, assim como as pertinentes à oferta na concorrência da qual se originou esse contrato (fl. 10 do Anexo 8).¹⁶⁰

¹⁶⁰ Acórdão nº 2896/2009 – Plenário. Processo n.º 021.253/2008-2 – Termo de Maior Significância nº 7/2008, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, TCU, p. 21. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Processos.faces?numero=021253&ano=2008>> Acesso em: 03 nov. 2011.

Entre os fundamentos existentes no acórdão do TCU, ficou evidenciado que a auditoria concluiu que a maioria das autoridades portuárias no Brasil, encontra dificuldades para desenvolver processos de arrendamento e gerenciá-los na vigência do contrato. Entre todos os termos contidos no acórdão, talvez este seja o que mais traduz o entendimento do TCU quanto ao problema:

135. As situações narradas demonstram que as autoridades portuárias não se utilizam do mecanismo de revisão tarifária previsto nos normativos que regem a matéria ou, em outros termos, para reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento firmados. Isso significa que, firmado o ajuste, todo ganho excedente é apropriado exclusivamente pelo arrendatário, sem qualquer repasse às autoridades portuárias, detentoras do bem público, ou aos usuários. Na prática, o que se verifica é que, além de não possuírem previsão para reequilíbrio econômico-financeiro, os contratos de arrendamento não especificam o parâmetro a ser observado para tanto.¹⁶¹

Assim, ao final, entre as determinações estabelecidas no referido acórdão foi fixado prazo para que a ANTAQ, SEP e o Ministério dos Transportes, regulamentem os procedimentos destinados a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento (item V), determinação esta que acabou sendo incluída na portaria da SPI, como um dos motivos para a abertura do processo de revisão do contrato de arrendamento portuário - Contrato n.º 030/2001.

A Portaria n.º 050/2010 da SPI, estabeleceu que a condução do processo administrativo é de competência da SPI e que a aferição da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro será feita com base em estudos técnicos, econômicos e jurídicos preparados pela SPI ou por terceiros por ela contratados, que deverão fornecer respostas objetivas e precisas acerca:

a. Das responsabilidades e riscos correspondentes a cada evento ocorrido;

¹⁶¹ Acórdão n.º 2896/2009 – Plenário. Processo n.º 021.253/2008-2 – Termo de Maior Significância n.º 7/2008, relator Min. Walton Alencar Rodrigues, TCU, p. 23. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Processos.faces?numero=021253&ano=2008>> Acesso em: 03 nov. 2011.

- b. Dos custos incorridos pelas partes para o cumprimento de suas obrigações;
- c. Da exigibilidade da respectiva parte do cumprimento de suas obrigações à luz do Contrato nº.30/2001 e da legislação aplicável;
- d. Dos impactos de cada um dos eventos relacionados direta ou indiretamente ao terminal arrendado sobre os custos e a capacidade de cada uma das partes no cumprimento de suas respectivas obrigações contidas no Contrato nº.30/2001, conforme aditado;
- e. Da possibilidade jurídica e dos limites da revisão do Contrato nº.30/2001 nos termos da legislação aplicável; e
- f. Dos valores que devem ser considerados na recomposição do equilíbrio econômico-financeiros, caso venha a se concluir que tal recomposição é devida.¹⁶²

3.3.3.2. Do procedimento de revisão

O processo administrativo nº 050/2010 possui aproximadamente 2.000 páginas, distribuídas em 5 (cinco) volumes, nos quais constam ofícios, pareceres, perícias, petições diversas, documentos, e dado ao extenso volume do processo, será feita menção apenas aos principais.

Logo após a abertura do processo de revisão, a arrendatária apresentou defesa, elaborada pelo escritório Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados, no qual atribui o desequilíbrio econômico-financeiro aos seguintes fatores: a) indevida responsabilização da arrendatária por encargos financeiros; b) pagamento em duplicidade por parcela de área arrendada; c) reflexos da ausência de disponibilização integral da área (sobre os pagamentos mensais fixos); d) atrasos na disponibilização das áreas do arrendamento; e) retomada indevida de área de 10.000m²; f) assunção de obrigações adicionais pela arrendatária; g) prejuízos em função das enchentes de 2008; e g) concorrência desleal com terminais privativos de uso misto (PORTONAVE).

A SPI contratou o escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques Sociedade de Advogados para elaboração de parecer jurídico sobre os fatos que originaram o processo de revisão bem como os termos apresentados pela

¹⁶² Porto de Itajaí. Portaria nº 050/2010. Disponível em: <
<http://www.portoitajai.com.br/novo/legislacao/4/Portarias> > Acesso em: 29 dez. 2011.

arrendatária. O parecer concluiu o seguinte:

- a) Os pagamentos adicionais mencionados pela Arrendatária, caso comprovadamente indevidos, gerarão em favor dessa um crédito contra a SPI, reduzindo suas obrigações de pagamento de valores de arrendamento, nos termos do contrato;
- b) A não liberação de áreas do terminal poderá ter gerado perdas à arrendatária, pois poderia aumentar seus custos de operação de forma imprevisível; ao mesmo tempo, a liberação de áreas adicionais não prevista originalmente poderá ter tido efeito contrário: o aumento de seus benefícios nos termos do contrato; sendo assim, deverão os estudos financeiros verificar quais os custos efetivamente incorridos, cotejá-los com as estimativas constantes da avença original e verifica se há um crédito da arrendatária ou uma obrigação desta perante a SPI;
- c) A obtenção, pela arrendatária, das receitas ancilares não previstas no contrato deverá ser considerada nos estudos econômicos, pois aumentam o plexo de direitos da arrendatária nos termos do contrato;
- d) A construção e a operação da Portonave não geram, de *per se* e *a priori*, um direito de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro em favor da arrendatária. Embora seja verdade que tal terminal não poderia ter sido considerado quando da elaboração da proposta na licitação que deu origem ao contrato, bem como que compete em condições desiguais com a arrendatária, o desequilíbrio apenas se configurará se a arrendatária lograr êxito em comprovar que sua demanda foi diminuída para patamares inferiores àqueles constantes dos estudos de demandas originais contemplados na sua proposta;
- e) Os eventos naturais não se configuram, nos termos do contrato, um elemento gerador de revisão do equilíbrio econômico-financeiro da avença. Isto ocorre, pois é um evento cujo risco é expressamente alocado à arrendatária nos termos do contrato, na medida em que deveria contratar os seguros necessários para se proteger dos efeitos da potencial ocorrência do evento. A justificativa de que o bem seria insegurável não seria suficiente para afastar da arrendatária o ônus de suportar as consequências da ocorrência do evento, pois houve mais de 7 anos para se constatar a impossibilidade de contratação de seguro e se procurar alterar as obrigações contidas no contrato;
- f) A arrendatária fará jus a um reequilíbrio em razão da indisponibilidade do terminal durante o período de reconstrução, caso reste configurada a existência de um atraso excepcional, incompreensível para obras do mesmo jaez. Conquanto Estevam as obras dentro de um ritmo aceitável, não há como pleitear a revisão contratual;
- g) No caso de extinção da prioridade de atracação da arrendatária no berço 4 do Porto, tal como pretende a ANTAQ, a arrendatária poderá ter o direito a uma revisão contratual, caso restem comprovados os efeitos da cessão dessa prioridade sobre seus custos operacionais. Contudo, a base

de comparação que deve ser utilizada é a relação entre direitos e encargos do contrato, tal como originalmente celebrado e não conforme alterado posteriormente;

h) Sem qualquer prejuízo das questões expostas acima, deverá haver recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da SPI com relação aos investimentos não realizados pela arrendatária no reforço dos berços 1 e 2, na medida em que ela assumiu a obrigação de realizar referidos investimentos e, com o adiamento constante do 2º aditamento ao contrato e a destruição proveniente das catástrofes naturais, deixou de fazê-lo, obtendo significativa diminuição de seu plexo de obrigações;

i) O contrato poderá ser revisto em favor da arrendatária por meio de pagamento a ela direto de valores, ou da redução dos valores de arrendamento, visto que a prorrogação do prazo contratual e o aumento de suas tarifas não são aplicáveis de acordo com os termos e condições do contrato; de outro bordo, eventual recomposição em favor da SPI deverá ser feito por meio de aumento dos valores de arrendamento ou aumento dos investimentos demandados da arrendatária, eis que são os modos de recomposição compatíveis com o disposto no contrato.

Tanto a arrendatária como a SPI contrataram empresas para elaboração de pareceres técnicos, sendo que a todos os documentos produzidos pelas partes, sempre foi dada oportunidade de manifestação à parte contrária.

Em 12 de dezembro de 2011 a SPI emitiu ofício à SEP apresentando uma síntese do processo de revisão do contrato n.º 030/2001, no qual informa que o processo está em fase final de elaboração e em razão de divergências quanto aos riscos alocados a cada uma das partes, seria possível, a submissão do mesmo a um júízo arbitral, o qual terá como tarefa a definição do regime de alocação de riscos do contrato.

3.3.3.3. Algumas considerações sobre a revisão

A apresentação do caso se resume à exposição dos elementos que motivaram a abertura do processo de revisão bem como a indicação dos itens apontados pela arrendatária, em sua defesa.

Evita-se, assim, adentrar no mérito da demanda, eis que ainda não houve

decisão e seria inoportuno qualquer valoração de juízo a este respeito, visto que, como já exposto, não foi possível acessar todos os elementos necessários para confrontação com os argumentos apresentados pelo poder concedente, pela arrendatária e com a legislação aplicável ao caso.

Para uma boa análise do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de arrendamento portuário, é necessário o acesso ao processo licitatório, edital, proposta vencedora, anexos de edital, contrato de arrendamento e anexos, elementos indispensáveis para o estudo a fim de confrontá-los com o arcabouço jurídico que regula a matéria.

Ao final, visa-se identificar se houve o desequilíbrio da equação, quais foram os seus fatores causadores, a quem podem ser atribuídos e quais as formas para restabelecer o equilíbrio inicial do contrato.

Apesar do extenso volume de páginas do processo de revisão, não foram inseridos no processo, vários documentos essenciais, tais como a proposta comercial vencedora, os anexos que integram o edital, dentre eles o anexo II do edital, onde está descrito o objeto do contrato, e o contrato de arrendamento, possuidores de informações importantes e essenciais para o estudo jurídico.

Ou seja, nem o poder concedente e muito menos a concessionária apresentaram os documentos essenciais para análise da equação econômico-financeira inicial. Tão somente no curso do processo é que se verifica a inclusão de alguns destes documentos, como o contrato, o edital e parte da proposta vencedora. Documentos estes importantes, mas insuficientes para a efetiva verificação dos elementos que compõem o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

A revisão depende de uma análise comparativa entre a equação econômico-financeira inicial e a existente após os eventos apontados pelas partes como ensejadores da revisão. Será este comparativo que demonstrará se houve desequilíbrio ou não. Constatado o desequilíbrio econômico-financeiro, a outra parte da revisão corresponde na análise do grau de responsabilidade de cada um dos envolvidos nos eventos que ocasionaram tal desequilíbrio.

Sobre o assunto, Moreira afirma que um dos elementos mais importantes

para a formalização do contrato é a proposta do licitante vencedor, pois será ela que tornará a oferta pública, explicitada no edital de licitação, um negócio jurídico. Assim afirma o autor:

Afinal, o negócio jurídico firmado entre concedente e concessionária advém da integração entre as previsões abstratas da lei e do edital com os termos concretos da proposta vencedora. Está é que confere determinação e certeza ao contrato – inclusive definindo seu equilíbrio econômico-financeiro. (...) é este ato de direito privado que transforma o documento convocatório genérico, abstrato e despido de qualquer individualidade num contrato de concessão de serviço público.¹⁶³

Assim, somente a análise profunda de todos os documentos que compõem o processo de formalização do contrato de arrendamento portuário é que possibilitará aferir qual foi a equação econômico-financeira inicial.

Por exemplo, se falta no processo de revisão o anexo do edital com as informações relacionadas ao objeto do contrato, ou seja, a descrição detalhada dos bens públicos que serão arrendados para o particular explorar economicamente, com informações de áreas de imóveis, construções, equipamentos e suas quantidades e qualidades etc. (o que inexistente no processo de revisão), não é possível mensurar os argumentos apresentados pelas partes, como atraso na entrega de determinada área, não formalização de seguro de determinado bem etc.

Sem a precisão da equação inicial, todos os demais esforços são em vão, pois mesmo com a apuração da existência de eventos não previstos no contrato, não se poderá compará-los com aquela, por ser a mesma totalmente imprecisa.

A análise tão somente dos eventos apresentados pelas partes bem como os documentos constantes do processo de revisão, nos permite tirar algumas conclusões baseadas nos elementos da doutrina até então abordados.

É inquestionável que o motivo da abertura do processo de revisão do contrato de arrendamento portuário foi a alocação de recursos pelo Governo Federal, através da Secretaria Especial dos Portos, para em caráter emergencial, reconstruir os berços 1 e 2 do Porto de Itajaí, tendo em vista a destruição dos

¹⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público**. p. 229.

mesmos por força da enchente ocorrida no mês de agosto de 2008. O TCU constatou em auditoria que haveria um compromisso contratual da arrendatária em reforçar as estruturas dos referidos berços e não o fez como também deixou-os descobertos de seguro.

Quanto a esta situação, é importante destacar o seguinte dispositivo contratual:

Cláusula Décima-Oitava
Da Implantação do Terminal

1. A implantação do TECONVI deve ser executada pela ARRENDATÁRIA de acordo com as seguintes regras:

(...)

II – demolição do Armazém 1, re-estruturação da cortina de estacas-pranchas do Berço 1 e 2 (250m), que foram necessárias para uma profundidade do rio de no mínimo 12 (doze) metros, e execução das demais obras e serviços de engenharia de pavimentação, urbanização, iluminação e acabamento do Pátio da Área “A”, de acordo com projetos a serem elaborados e executados pela ARRENDATÁRIA no prazo máximo de 6 (seis) meses contados da liberação da respectiva Área pela SUPERINTENDÊNCIA DO PORTO DE ITAJAÍ.¹⁶⁴

Este dispositivo contratual é claro com relação a uma das primeiras e principais obrigações da arrendatária, fixando o prazo de 6 (seis) meses para a realização. Mesmo não sabendo ao certo quanto efetivamente foi liberada a referida área pela SPI, por ser uma das principais obrigações de investimentos da arrendatária, deveria a mesma ter em seus estudos orçamentários realizados antes de formalizar a proposta, previsto a realização de tal obra, não podendo alegar aumento de movimentação, demora em entrega de outras áreas, etc. Sua estrutura de capital teria que suportar os custos de tal serviço, e seu planejamento teria que prever que referidos berços, quando em obras, estariam indisponíveis (ou não) para utilização.

Em face da incompletude dos documentos necessários à uma análise mais aprofundada, apenas sob a ótica dos que constam do processo de revisão, é possível afirmar que a decisão de alteração do local da Capitania dos Portos bem

¹⁶⁴ Anexo II

como a inclusão no arrendamento de uma área de 7.318,12 m² (sete mil trezentos e dezoito vírgula doze metros quadrados), decorrentes do 2º Termo Aditivo¹⁶⁵, firmado em novembro de 2005, podem estar eivados de ilegalidade.

Isto se dá pelo fato de que, por exemplo, se o objeto original do contrato de arrendamento, constante do edital, possuir uma área cujo percentual de 25% (vinte e cinco por cento) seja menor do que a área constante do aditivo contratual supra mencionado, referido aditivo estaria em confronto com o disposto no art. 65, § 1º, da Lei n.º 8.666/93.¹⁶⁶

Neste caso, deveria ter a SPI constatado antecipadamente a necessidade de mudança do local da Capitania, a fim de que tal evento constasse explicitamente no edital de licitação do contrato de arrendamento portuário. As projeções de investimentos devem constar do edital e devem considerar o desenvolvimento econômico da região em um período de mais de 20 anos, para com base nestes dados formular os interesses públicos a serem perseguidos pelo arrendatário na exploração dos bens públicos, objetos do contrato.

Outro evento que merece destaque, caracterizando-se como um Fato da Administração, é a autorização para a PORTONAVE, um terminal privativo de uso misto, instalar-se e operar serviços, exatamente de frente aos terminais arrendados pela SPI para a *APM Terminals*, ocasionando aí uma concorrência, que no mínimo, merece estudo detalhado a fim de verificar se ela efetivamente foi capaz de causar descompasso na arrecadação da arrendatária, o que implicaria num desequilíbrio econômico-financeiro em favor da arrendatária.

Mas para isso, como já dito, documentos e informações não podem ser sonegadas. A constatação de tal situação somente é possível através da perícia minuciosa dos balanços da arrendatária, visando aferir se houve ou não impacto a implantação da PORTONAVE.

Ou seja, claramente existem eventos supervenientes à formalização do contrato de arrendamento portuário que possuem potencial para efetivamente terem

¹⁶⁵ Anexo III.

¹⁶⁶ Lei nº 8.666/93. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm > Acesso em: 29 dez. 2011.

causando um desequilíbrio econômico-financeiro no referido contrato.

Porém, tem-se a impressão de que os documentos e dados essenciais para tal aferição, aparentemente, são estratégicos para a atividade econômica da arrendatária, e por isso, não estariam totalmente disponíveis para análise e estudos.

Assim, somente através da arbitragem é que se conseguirá analisar cada um destes eventos, com o estudo de todos os documentos necessários, sem que isso venha a expor as estruturas de gestão da arrendatária, tornando a resolução do conflito segura, do ponto de vista jurídico, e proporcionando a realização dos princípios da eficiência e continuidade na prestação dos serviços.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha deste tema foi motivada pela inédita abertura de processo administrativo, em 2010, para a revisão do contrato de arrendamento portuário entre a SPI e o TECONVI S.A. (posteriormente *APM Terminals S.A.*), no município de Itajaí, em face do desequilíbrio econômico-financeiro, já que desde a assinatura do referido contrato não tinha ocorrido nenhuma revisão e o decurso do tempo apresentou fatos capazes de causar o desequilíbrio da equação inicial.

Diz-se inédita, pois somente após a abertura deste processo é que surgiram as edições de normas mais específicas, elaboradas pela ANTAQ, visando contribuir com a segurança jurídica no setor, criando meios para a realização de revisões periódicas e extraordinárias dos contratos de arrendamento portuários.

O estudo demonstrou que os contratos de arrendamento portuário são contratos que envolvem grandes aportes financeiros e por isso requerem sejam firmados com longos prazos de duração a fim de viabilizar o retorno de tais investimentos ao concessionário.

Ressalta-se que houve a edição da Medida Provisória n. 595, em 7 de dezembro de 2012, portanto, após a defesa da presente dissertação, e ainda não convertida em lei. Nesse quadro, tendo em vista que os principais fundamentos jurídicos do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento estão na norma constitucional e nas Leis n. 8.987/93 e 8.666/93, optou-se por não analisar a citada medida provisória.

No Capítulo 1, os princípios analisados demonstraram que o contrato de arrendamento portuário deve estar pautado no ordenamento jurídico e que sua finalidade sempre deverá ser a busca da eficiência na prestação dos serviços a serem explorados pela arrendatária, a qual deverá ter como objetivo principal a prestação de serviço adequado aos usuários.

Por conta disto, também é possível a alteração unilateral do contrato pelo Poder concedente, desde que sempre tenha por objetivo atender ao interesse público, porém, deverá fazê-lo respeitando o equilíbrio econômico-financeiro, em obediência ao princípio da segurança jurídica.

No Capítulo 2 demonstrou-se que o contrato de arrendamento portuário possui seu regramento jurídico embasado na Lei de Concessões de Serviço Público, e assim, na teoria geral apresentada no segundo capítulo, foram priorizadas as principais características do contrato de concessão de serviço público.

Neste mesmo capítulo foi destacada a importância dos órgãos: ANTAQ, SEP e CAP no que tange o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

No Capítulo 3 foram analisados especificamente os preceitos legais e doutrinários relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário, onde se constatou que somente é possível se aferir o equilíbrio contratual após a análise conjunta de todos os elementos que envolvem o processo licitatório até a formalização do contrato. Ou seja, o edital, a proposta e o contrato, acompanhados de seus respectivos anexos.

Serão estes elementos que possibilitarão determinar se os eventos considerados como motivadores do desequilíbrio econômico-financeiro, são eventos não inclusos na álea empresarial, ou seja, no risco do negócio, o qual não enseja revisão contratual.

Foi apresentada também a importante atuação da ANTAQ ao regulamentar especificamente o processo de revisão do contrato de arrendamento, criando diretrizes para os contratantes utilizarem a fim de regularmente averiguar se o contrato mantém seu equilíbrio inicial, diminuindo o grau de risco e aumentando a segurança jurídica.

Finalmente, foi realizado o estudo de caso envolvendo o processo administrativo que busca a revisão do contrato de arrendamento portuário, firmado entre a SPI e a *APM Terminals*, possibilitando vislumbrar na prática, o grau de complexidade do contrato de arrendamento portuário bem como dos eventos capazes de gerar o seu desequilíbrio.

Isto vem a confirmar a hipótese apresentada, pois inquestionavelmente trata-se de uma modalidade de contrato administrativo *sui generis* e de alta complexidade pela sua relação com outros campos do direito. O estudo aprofundado

dos temas de Direito Administrativo e de Direito Portuário possibilitou identificar na doutrina e também na legislação portuária, quais os princípios fundamentais no estudo do equilíbrio econômico-financeiro.

Esta complexidade é relacionada aos investimentos e ao prazo de duração, e demandam o máximo de segurança jurídica a fim de tornar atrativo o setor aumentando a demanda entre os concorrentes nos processos de licitação para exploração dos portos o que repercute em máxima eficiência com menor custo aos usuários e, indiretamente, aumentando a competitividade do país no cenário internacional.

O contrato de arrendamento portuário somente existe em face de uma delegação do poder concedente para o particular explorar um serviço público mediante o uso de um bem público. Esta é a essência a ser perseguida e seus princípios devem estar presentes ao analisar referido contrato.

Ou seja, independentemente dos conflitos que causaram o desequilíbrio na equação econômico-financeira, o reequilíbrio sempre deverá considerar a prestação de serviço adequado ao usuário sob pena de perder totalmente seu objeto.

Estes princípios norteadores do serviço público autorizam o Poder Concedente a alterar de forma unilateral o contrato em busca de melhor atingir o interesse público, porém, jamais poderá fazê-lo em prejuízo financeiro do arrendatário.

A ANTAQ possui papel relevante na regulação setorial, porém, apresenta-se de forma não proativa, ficando mais para uma autarquia do que para uma agência independente capaz de transmitir para as partes: concedente, concessionário, usuários e terceiros - a segurança jurídica que se faz necessária, apesar de todos os esforços em editar resoluções que atendam as necessidades de regulamentação de problemas como o da revisão do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário.

Um exemplo da atuação positiva da ANTAQ, foi a edição da Resolução n. 2367 que ao apresentar a obrigatoriedade da revisão ordinária do equilíbrio

econômico-financeiro, a cada 5 (cinco) anos, trouxe significativa contribuição para equacionar o problemas e diminuir os riscos do setor, o que resulta numa maior eficiência dos serviços prestados aos usuários.

A complexidade do contrato de arrendamento portuário, envolvendo grandes valores de investimentos e inúmeras relações jurídicas com terceiros, o inter-relacionamento com diversas instituições e agentes políticos e, ainda, a execução do contrato em período longo, a chegar até meio século de duração, implica em dificuldade enorme de prever os eventos capazes de causar desequilíbrio na equação econômico-financeira.

Isto pode ser visualizado no estudo do caso do processo administrativo que está em curso, envolvendo a revisão do contrato n.º 030/2001, firmado entre a SPI e a *APM Terminals S.A.*

Porém, o profundo conhecimento dos princípios norteadores do serviço público, a não lesão patrimonial do arrendatário, a maior independência da ANTAQ e, em especial, o profundo conhecimento por parte dos envolvidos, da legislação que compõe o Direito Portuário, são fatores que contribuem para a segurança jurídica desta modalidade de exploração de serviço público.

Desta forma, é possível afirmar que a hipótese apresentada foi confirmada. Assim, através da pesquisa e dos estudos da legislação portuária e disseminação deste conhecimento para toda a cadeia de agentes envolvidos no processo, reduzir-se-á a insegurança jurídica e ter-se-á uma maior eficiência na prestação do serviço portuário e na exploração dos bens a ele vinculados.

Assim, poder-se-á atingir o interesse público do qual se originou e satisfazendo integralmente as necessidades não só dos usuários, mas do país como um todo, pois a eficiência no setor portuário repercute diretamente no desenvolvimento econômico e social do Brasil, pois causa a diminuição de custos e aumento de competitividade no cenário internacional.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAGÃO, Alexandre Santos. O Poder Normativo das Agências Reguladoras. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto de. Contrato Administrativo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BRASIL. Lei nº 8.078/90. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm > acesso em: 15 ago. 2012.

_____. Lei nº 8.666/93. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm > Acesso em: 29 dez. 2011.

_____. Lei nº 8.987/95. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm > Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Lei nº 9.794/99. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm > Acesso em 25 abr. 2012.

_____. Lei nº 10.233/01. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm > Acesso em: 03 out. 2011.

_____. Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ). Lei nº 8.630/93. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Lei8630.pdf> >. Acesso em: 29 dez. 2011.

_____. Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ). Resolução nº 2367. Disponível em: <
<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/0000004883.pdf> > Acesso em 25 abr. 2012.

_____. CC/02. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > Acesso em: 29 dez. 2011.

_____. CRFB/88. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 dez. 2011.

____ Lei nº 11.518/07. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/L11518.htm > Acesso
em: 29 dez. 2011.

____ Controladoria Geral da União. Prestação de Contas Presidente
2011. Disponível em: <
<http://www.cgu.gov.br/publicacoes/prestacaocontaspresidente/2011/Arquivos/PCPR2011.pdf> > p.749-752. Acesso em: 18 jun. 2012.

____ Decreto nº 6.620/09. ANTAQ. Disponível em: <
[http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Decreto 6620.pdf](http://www.antaq.gov.br/Portal/pdf/Decreto%206620.pdf) > Acesso em: 29 dez. 2011.

____ TCU. Acórdão nº 2896/2009 – Plenário. Processo nº
021.253/2008-2 – Termo de Maior Significância nº 7/2008, relator Min. Walton
Alencar Rodrigues, TCU, p. 21. Disponível em: Tribunal de Contas da União
<<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Processos.faces?numero=021253&ano=2008>> Acesso em: 03 nov. 2011.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Aspectos jurídicos e políticos do Processo de municipalização do Porto de Itajaí: uma experiência de luta pela Cidadania.** Artigo publicado na Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ, vol.11, nº01, p.153.164/jan-jun 2006. Disponível em: <
<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/428>> Acesso em 29 dez 2011.

____ **Direito Marítimo *Made in Brasil.*** São Paulo:Lex, 2007.

CASTRO JÚNIOR. Osvaldo de Castro. PASOLD, Cesar Luiz (coord). **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

____ **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e no Brasil.** Florianópolis: Conceito, 2009.

____. **Temas Atuais de Direito e Comércio Internacional.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

CRETELLA JUNIOR, J. **Primeiras lições de direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COLLYER. Marco Antonio. **Dicionário de Comércio Marítimo**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lutécia, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FURTADO. Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 4 ed. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia** in Revista de Direito Constitucional e Internacional, v.50.

IPSEN, Jörn. **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 3 ed. Carl Heymanns, Colônia, 2003.

JABIR, Gilberto Haddad, e PEREIRA JUNIOR, Antônio Jorge (coords.) **Direito dos Contratos II**, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____ **O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro**. Biblioteca Digital Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 4, n.16, 2006.

_____ **Curso de Direito Administrativo**. 8 ed, Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____ **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIMA. Cristiana Maria Melhado Araújo. **Regime Jurídico dos Portos Marítimos**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MATEO, Ramón Martín, SANCHEZ, Juan José Díez. **Manual de Derecho Administrativo**. Pamplona, Spain: Editorial Aranzadi, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11 ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29 ed. ver. e atualiz. São Paulo: Malheiros, 2012.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**, São Paulo, 2010, Editora Malheiros.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Concessões, Permissões e Parcerias**. 2 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público. Inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)**. Malheiros Editores: São Paulo, 2010.

NETO, Floriano de Azevedo Marques e LEITE, Fábio Barbalho, RDA n. 231, janeiro a março de 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

_____ A Configuração do Direito Portuário Brasileiro: exercício de percepção jurídica e institucional. in CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino; PASOLD, Cesar Luiz (coord.). **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Porto de Itajaí. Portaria nº 050/2010. Disponível em: <<http://www.portoitajai.com.br/novo/legislacao/4/Portarias> > Acesso em: 29 Dez. 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/contrato.pdf> > Acesso em: 29 Dez 2010.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010 (Coleção Direito Civil, v. 2).

_____ **Direito Civil: Contratos em Espécie.** 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010 (Coleção Direito Civil, v. 3).

WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O Direito de Parceria e a Lei de Concessões.** Saraiva: São Paulo, 2 ed., 2006.

Anexo I – EDITAL N.º 005/2010

Anexo II - CONTRATO DE ARRENDAMENTO Nº 030/2001

Anexo III – ADITIVOS DO CONTRATO Nº 030/2001

Anexo IV – PORTARIA Nº 050/2010 SPI