

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

AUTORIZAÇÃO DE TERMINAL PRIVATIVO DE USO MISTO E A
RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO FEDERAL POR DANO AO
ARRENDATÁRIO

JACKELINE DAROS ABREU DE OLIVEIRA

Itajaí-SC, julho 2009

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA –
CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E ATIVIDADE PORTUÁRIA

AUTORIZAÇÃO DE TERMINAL PRIVATIVO DE USO MISTO E A
RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO FEDERAL POR DANO AO
ARRENDATÁRIO

JACKELINE DAROS ABREU DE OLIVEIRA

Dissertação submetida ao Programa de Mestrado 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

Itajai-SC, julho 2009

AGRADECIMENTO

Agradecimento indispensável a Deus, pois minha fé alimentou o desejo de ver esta dissertação concluída;

Agradecimento sincero ao Professor Doutor Osvaldo Agripino de Castro Júnior, pela valorosa orientação a esta dissertação e pela compreensão de todos os fatores particulares e profissionais que influenciaram no seu desenvolvimento;

Agradecimento especial ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz pelo incentivo profissional desde antes do início do mestrado e bem assim por acreditar neste resultado;

Agradecimento também à Naima Bhana, pois sem o seu apoio e compreensão, esta dissertação não se concluiria;

Agradecimentos aos amigos e familiares que acompanharam solidários cada fase deste mestrado.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a Sílvio Júnior, que foi
fortaleza quando fui frágil e me confortou com a
tradução simples do que entendi ser tão
complexo, encorajando-me a ir adiante;

Dedico, também, e em não menor importância,
aos meus pais, que sempre acreditaram na
realização deste intento, com amor e força
indispensável à minha caminhada;

Dedico ainda em mesmo grau aos que amo
incondicionalmente, Thayana, Gustavo e Laura,
pela tolerância à presença que lhes furtei e por
serem razão dos mais importantes propósitos de
minha vida.

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 Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, Julho de 2009

Jackeline Daros Abreu de Oliveira
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO

**SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO EM
CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.**

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAPO	Administração Aduaneira no Porto Organizado
ABRATEC	Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público
ABTP	Associação Brasileira de Terminais Portuários
ADHOC	Administradora Hidroviária Docas Catarinense
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANAC	Agência Nacional da Aviação Civil
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
AP	Autoridade Portuária
APO	Administração de Porto Organizado
ATP	Administração de Terminais Privativos
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAP	Conselho de Autoridade Portuária
CODESP	Companhia Docas do Estado de São Paulo
CONIT	Conselho Nacional de Integração do Transporte
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
CPCJ	Centro de Pós-Graduação em Ciência Jurídica
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil
DPC	Diretoria de Portos e Costas
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte
DNPRC	Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais
DNPVN	Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis
DNTA	Departamento Nacional do Transporte Aquaviário
DPH	Departamento de Portos e Hidrovias
INPH	Instituto Nacional de Pesquisas Hidroviárias
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
MARPOL	Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios
MINFRA	Ministério da Infraestrutura

MT	Ministério dos Transportes
MTC	Ministério dos Transportes e das Comunicações
MVOP	Ministério da Viação e Obras Públicas
NR	Norma Regulamentadora
OGMO	Órgão Gestor da Mão de Obra
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PADO	Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigação
PAIP	Programa de Arrendamento de Instalações Portuárias
PDZ	Plano de Desenvolvimento e Zoneamento
PGF	Procuradoria Geral Federal
PGO	Plano Geral de Outorgas
PPP	Parcerias Público-Privadas
SEP	Secretaria Especial de Portos
SEPRO	Secretaria de Produção
SPI	Superintendência do Porto de Itajaí
SRF	Secretaria da Receita Federal
SRFB	Secretaria da Receita Federal do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal
UNCTAD	<i>United Nations Conference on Trade and Development</i>

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que a Autora considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Lei de Modernização dos Portos

Lei Federal nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União em 26 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências¹.

Direito Portuário

“Ramo do Direito que tem por objeto o disciplinamento 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”².

Direito Regulatório

O Direito Regulatório é um ramo do Direito Administrativo que cuida da intervenção do Estado nos setores econômicos e sociais para a promoção do interesse público e paz social por meio das agências reguladoras independentes³.

Regulação

“A regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de

¹ Conceito operacional legal, extraído da ementa da seguinte Lei: BRASIL. Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007, pela MP nº 320, de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006, e pela Lei nº 11.314 de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm> Acesso em: 30 out. 2008.

² Conceito operacional por adoção, da autoria de PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 23.

³ Conceito operacional por composição, baseado em SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito Administrativo Regulatório**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.22.

maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis. [...] é um instrumento da realização de fins escolhidos pelo Estado”⁴.

Direito e Desenvolvimento

“Ramo do conhecimento que objetiva, através da pesquisa transdisciplinar, teórica e empírica, e da análise quantitativa e qualitativa, estudar a relação entre o direito e desenvolvimento social, a fim de chegar a este pela via da reforma do direito. Por sua vez, o desenvolvimento que se pleiteia é aquele que proporciona uma efetiva mudança social, ou seja, a transformação para um grau determinado de mudança de atitudes, normas, instituições e comportamentos que estruturam a vida jurídica cotidiana, e que abrange não somente os novos modelos culturais, arranjos institucionais e disposições psicológicas, enfim, que priorize uma revolução ética nas prioridades e melhorias materiais nas condições de existência e dignidade dos seres humanos”⁵.

SEP

Secretaria de Estado integrante do Governo Federal do Brasil, denominada Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, por ser órgão integrante da Presidência da República, conforme disposto na Lei Federal nº 11.314, de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006⁶.

⁴ Conceito operacional por adoção, da autoria de ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2 ed. São Paulo: Forense, 2009, p. 37.

⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento – Estudo Comparado para a Reforma do Sistema Judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004, p. 67.

⁶ Conceito operacional por composição.

ANTAQ

Agência Nacional de Transportes Aquaviários, é a agência reguladora da atividade portuária e do transporte aquaviário, autarquia federal especial vinculada ao Ministério dos Transportes que foi instituída por Lei, a qual dispôs sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, criou o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes⁷.

Autoridade Portuária

Autoridade Portuária é a denominação da Administração Portuária conforme artigo 3º da Lei n. 8.630/93, que assim dispõe: “Exercem suas funções no porto organizado, de forma integrada e harmônica, a Administração do Porto, denominada autoridade portuária, e as autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima”⁸.

Conselho de Autoridade Portuária

“O Conselho de Autoridade Portuária é um órgão colegiado deliberativo, constituído em cada região onde se encontre localizado um porto organizado ou no âmbito de cada concessão, com competência normativa, deliberativa e homologatória”⁹.

⁷ Conceito por composição baseado nas disposições da Lei 10.233 de 6 de junho de 2001: BRASIL, Lei n. 10.233 de 6 de junho de 2001, publicada no DOU de 7 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes.

⁸ BRASIL. Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007, pela MP nº 320 de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006, e pela Lei nº 11.314 de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm> Acesso em: 30 out. 2008.

⁹ Conceito misto, baseado no conceito trazido por: SOUZA JÚNIOR, Suriman Nogueira de Souza. **Regulação Portuária**. A regulação Jurídica dos Serviços Públicos de Infraestrutura Portuária no

Concessão

Concessão é forma de delegação de prestação de serviço público, 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 determinado¹⁰.

Arrendamento Portuário

Arrendamento portuário é a cessão onerosa de instalação portuária dentro da área do porto organizado¹¹.

Autorização

Autorização é “a outorga, por ato unilateral, de exploração de terminal de uso privativo, feita pela União à pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”¹².

Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157. Discorda-se da última parte do conceito do Autor, pois, não há no elenco de competências do CAP a prerrogativa de ser um órgão de reexame das decisões da Administração do Porto.

¹⁰ Conceito por composição com base no artigo 2º da Lei n. 8.987/93: BRASIL. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, publicada no Diário Oficial da União de 14 de fevereiro de 1995 e republicada no Diário Oficial da União de 28 de setembro de 1998. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 30 out. 2008.

¹¹ Conceito legal da Lei de Modernização dos Portos. BRASIL. Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007 pela MP nº 320 de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006, e pela Lei nº 11.314 de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm> Acesso em: 30 out. 2008.

¹² Conceito legal, com base no artigo 2º, VI, do Decreto n. 6.620/2008: BRASIL. Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008, publicado no DOU em 30 de outubro de 2008. Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm>. Acesso em: 30 out. 2008.

Responsabilidade Civil do Estado

De acordo com Marçal Justen Filho, “consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado”¹³.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1073.

SUMÁRIO

RESUMO	XVI
ABSTRACT	XVII
INTRODUÇÃO	18
CAPÍTULO 1	25
TÓPICOS CONCEITUAIS, ESTRUTURA, OUTORGAS E PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE PORTUÁRIA.....	25
1.1 TÓPICOS CONCEITUAIS	25
1.1.1 LEI DE MODERNIZAÇÃO DOS PORTOS.....	25
1.1.2 DIREITO PORTUÁRIO	28
1.1.3 DIREITO E DESENVOLVIMENTO	29
1.1.4 DIREITO REGULATÓRIO	31
1.1.5 REGULAÇÃO	33
1.1.6 REGULAÇÃO ECONÔMICA.....	36
1.1.7 REGULAÇÃO SOCIAL.....	37
1.1.8 PODER NORMATIVO	39
1.1.9 ATO ADMINISTRATIVO E COMPETÊNCIA	41
1.1.10 ATIVIDADE PORTUÁRIA E SUA REGULAÇÃO	43
1.2 ESTRUTURA PORTUÁRIA.....	44
1.2.1 MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES.....	45
1.2.2 SECRETARIA ESPECIAL DE PORTOS	46
1.2.3 CONIT	48
1.2.4 ANTAQ – AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS.....	49
1.2.5 ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA.....	51
1.2.6 CONSELHO DE AUTORIDADE PORTUÁRIA (CAP)	54
1.2.7 AUTORIDADE PORTUÁRIA (AP).....	55
1.2.8 ADMINISTRAÇÃO DOS TERMINAIS PORTUÁRIOS (ATP).....	56
1.2.9 PORTO DE ITAJAÍ	57
1.2.10 AUTORIDADE MARÍTIMA	59
1.3 OUTORGAS	60
1.3.1 CONCESSÃO, ARRENDAMENTO, PERMISSÃO E AUTORIZAÇÃO	61
1.3.2 DELEGAÇÃO DA ATIVIDADE PORTUÁRIA AOS ESTADOS E MUNICÍPIOS	70
1.4 PRINCÍPIOS	71
1.4.1 SEGURANÇA JURÍDICA	72
1.4.2 LEGALIDADE	74

1.4.3 DISCRICIONARIEDADE	76
1.4.4 FINALIDADE.....	77
1.4.5 MOTIVAÇÃO	78
1.4.6 RAZOABILIDADE	78
1.4.7 PROPORCIONALIDADE.....	79
1.4.8 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	81
1.4.9 EFICIÊNCIA.....	82
1.4.10 CONCORRÊNCIA	83

CAPÍTULO 2	86
-------------------------	-----------

ARRENDAMENTO PORTUÁRIO E AUTORIZAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS DESTACADOS	86
2.1 SERVIÇO PÚBLICO, A ORDEM CONSTITUCIONAL E LEGAL.....	88
2.1.1 SOBRE AS OUTORGAS.....	91
2.1.2 A ANÁLISE DO TEMA PELO STF.....	94
2.1.3 SERVIÇO PÚBLICO	105
2.2 ARRENDAMENTO PORTUÁRIO	108
2.2.1 OBJETO	112
2.2.2 COMPETÊNCIA REGULATÓRIA	114
2.2.3 COMPETÊNCIA PROCEDIMENTAL	116
2.2.4 FISCALIZAÇÃO	123
2.2.5 PRINCIPAIS ASPECTOS	124
2.3 AUTORIZAÇÃO.....	126
2.3.1 OBJETO	129
2.3.2 COMPETÊNCIA REGULATÓRIA	129
2.3.3 COMPETÊNCIA PROCEDIMENTAL	130
2.3.4 FISCALIZAÇÃO	133
2.3.5 PRINCIPAIS ASPECTOS	134
2.4 COMPARAÇÃO ENTRE OS DOIS MODELOS.....	137
2.4.1 CONCORRÊNCIA E A COMPETIÇÃO IMPERFEITA.....	139
2.4.1.1 Custos para a exploração do serviço.....	141
2.4.1.2 Valores investidos no arrendamento	142
2.4.1.3 Remuneração fixa e variável mensal até o final do contrato	143
2.4.1.4 Mão de obra	143
2.4.1.5 Determinação dos preços	144
2.4.1.6 Prazos das outorgas	145
2.4.1.7 Direitos dos Usuários	145
2.4.1.8 Seletividade da carga.....	146
2.4.1.9 Fiscalização	146

CAPÍTULO 3	151
-------------------------	------------

RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO POR ATOS PRATICADOS PELA ANTAQ

151

3.1 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.....	153
--	------------

3.1.1 TEORIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO	160
---	------------

3.1.1.1 Nexo de Causalidade	168
--	------------

3.1.2 RESPONSABILIDADE CONTRATUAL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO	171
--	------------

3.2 DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	178
--	------------

3.3 DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO EM FACE DA CONCORRÊNCIA DIRETA COM OS TERMINAIS PRIVATIVOS DE USO MISTO.....	180
--	------------

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO POR ATO OMISSIVO NA REGULAÇÃO	183
--	------------

3.4.1 PREJUÍZOS MENSURÁVEIS	187
--	------------

3.4.2 ANTAQ E UNIÃO FEDERAL	188
--	------------

3.4.3 JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DAS AGÊNCIAS.....	189
--	------------

3.4.4 REFLEXÕES SOBRE O CENÁRIO ATUAL.....	191
---	------------

3.4.5 DESTINO DO SISTEMA PORTUÁRIO NACIONAL.....	193
---	------------

3.4.5.1 Autorizações anteriores à vigência do Decreto Federal n. 6.620.....	193
--	------------

3.4.5.2 Projeto de Lei n. 118/2009	198
---	------------

3.4.5.3 Postura da ANTAQ e atuação do CONIT	201
--	------------

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	203
----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	209
--	------------

RESUMO

A presente Dissertação é decorrente de estudos da linha de pesquisa Produção e Aplicação do Direito e do Grupo de Pesquisa Regulação da Infraestrutura e Juridicidade da Atividade Portuária. Refere-se a atos administrativos da ANTAQ em relação aos terminais portuários de uso misto e aos impactos negativos no ambiente concorrencial disputado entre esses terminais e os terminais públicos representados pelos arrendatários. A análise é feita com vistas à responsabilização da União pelos prejuízos ou danos causados aos administrados atingidos. A discussão dessa assimetria das condições entre o regime jurídico dos contratos administrativos de arrendamento portuário e o regime jurídico das autorizações requer a participação dos segmentos envolvidos e dos aplicadores do Direito para a equalização dos interesses dos investidores. Fez-se uma análise comparativa entre pontos destacados com relação aos dois tipos de outorga que demonstram a assimetria das condições de cada modelo para a disputa do mesmo mercado relevante de cargas. Após o confronto de características, através do qual ficou patente a discrepância das condições dos envolvidos, houve o enfoque da responsabilidade civil da União decorrente dos efeitos negativos dos atos da ANTAQ no ambiente da competição, com prejuízos diretos dos segmentos regulados (os terminais públicos outorgados por contratos de arrendamento), considerando o desequilíbrio das condições de concorrência do mercado.

ABSTRACT

This Dissertation is a result of the research in the line of research of Production and Application of the Law and of the Group of Research of Regulation of the Infrastructure and Legality of the Port Activity and is concerned about the administrative acts of the ANTAQ (National Agency for Waterways Transportation) in relation to port terminals of mixed use and the negative impacts in the competition environment in which these terminals and the public terminals represented by the lessees compete. The analysis is conducted in view of holding the Union responsible for the losses or damages caused to the affected private parties. The discussion of this asymmetry of conditions between the legal regime of government contracts of port lease and the legal regime of authorizations requires the participation of the involved segments and of law enforcers for the equalization of the investors' interests. A comparative analysis among distinguished points in relation to the two types of grant demonstrating the asymmetry of the conditions of each model for competing in the same relevant cargoes market was made. After the confrontation of characteristics in which the discrepancy of the conditions of the involved parties became evident, an approach to the civil liability of the Union arising out of the negative effects of the acts of the ANTAQ in the competition environment with direct losses to the regulated segments (public terminals granted by means of lease contracts) was made, taking into account the imbalance of the market competition conditions.

INTRODUÇÃO

Sob a influência da globalização e principalmente pela evolução tecnológica e dinamização dos setores de produção, desde a edição da Lei de Modernização dos Portos – Lei Federal n. 8630/93, verificou-se uma mudança na concepção da prestação de serviços públicos, tendo o setor brasileiro aberto mais espaço para os investimentos privados.

Na institucionalização dos modelos portuários como serviço de interesse público, os atos administrativos do Estado vêm alterando de fato a atividade desenvolvida nos portos sem o amparo de uma eficiente fiscalização e com produção normativa regulatória incompatível com as necessidades do setor. Essa conduta administrativa tem gerado um ambiente de competição imperfeita, que prejudica o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento portuário e os investidores.

A Lei de Modernização dos Portos¹⁴ foi resultado da idealização de um novo modelo portuário que pudesse melhor corresponder às necessidades do setor, tendo em vista que o modelo em vigor até 1993 já não mais atendia aos anseios deste segmento, o qual representa um dos alicerces da economia nacional.

Assim, a Lei Federal n. 8.630/93 deu novas feições à atividade portuária, criando a figura do Operador Portuário, institucionalizando o CAP – Conselho da Autoridade Portuária e o OGMO – Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária. Houve um redirecionamento das ações para uma maior descentralização administrativa, iniciadas em 1990, quando o Governo Federal deu o primeiro passo nesse sentido, com a extinção da Portobrás, que se efetivou

¹⁴ BRASIL. Lei Federal nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007; pela MP nº 320 de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006, e pela Lei nº 11.314 de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm> Acesso em: 30 out. 2008.

em meados de 1991, por força da Medida Provisória nº 151, de 15 de março de 1990, posteriormente convertida em lei, a Lei Federal nº 8.029, de 12 de abril de 1990¹⁵.

A Lei dos Portos ainda instituiu os terminais privativos de uso misto (além dos privativos já concebidos). Todos os portos, terminais portuários e companhias docas, sem exceção, se reportavam diretamente ao Ministério dos Transportes.

Quase uma década depois, na tentativa de fortalecer a estrutura dos transportes, a Lei Federal n. 10.233¹⁶, de 05 de junho de 2001, reestruturou os transportes aquaviário e terrestre, criando o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transporte Terrestre, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, além de dispor sobre outras providências.

Essa estrutura não parou de ser renovada, com a inserção de novas iniciativas do Governo Federal voltadas para a atividade portuária, como a relativamente recente criação da Secretaria Especial de Portos. Essa nova secretaria, competente para 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, é responsável por, 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.

¹⁵ BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um Compêndio Básico de Direito Portuário**. Brasília: Gráfica Aplha, 2005, p. 57.

¹⁶ BRASIL. Lei Federal nº 10.233 de 5 de junho de 2001, publicada no Diário Oficial da União em 6 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm> Acesso em: 30 Out. 2008

A instituição da SEP trouxe significativas alterações nas competências da Administração Pública com relação ao segmento portuário, além de intensificar o foco das diretrizes do Governo Federal para o setor.

Apesar das alterações advindas da criação da SEP, a ANTAQ continua com a sua função de regulação e com o misto de poderes atribuídos às Agências Reguladoras Independentes que, além de sua atividade eminentemente administrativa, exercem função legislativa através de suas Resoluções, atuação que precisa ser bem compreendida para que a agência seja, efetivamente, legitimada dentro do sistema jurídico brasileiro.

Desde as primeiras ações decorrentes das diretrizes nacionais de privatização da atividade portuária, dentro dos limites constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro, o Plano Nacional de Outorgas no Setor Portuário é importante instrumento na expansão da estrutura portuária dentro do Sistema Viário Nacional.

Não obstante, os atos regulatórios e de fiscalização da ANTAQ têm sido alvo de polêmicas ao argumento de estarem se afastando das diretrizes e princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro no que se refere aos limites entre o que é atividade privada e o que é atividade pública na prestação de serviços portuários.

Assim, o problema dessa pesquisa é o dano causado aos investidores em arrendamentos portuários, provocado pelas autorizações outorgadas pela ANTAQ para exploração de terminais privativos de uso misto, em flagrante competição imperfeita, contribuindo para aumento da insegurança jurídica e prejudicando a atração de investimento para o setor, cujos danos podem ensejar a responsabilização civil da União Federal.

Essa política regulatória efetuada pela ANTAQ é criticada por possibilitar a dispersão dos recursos públicos, a inibição dos investimentos privados e a instabilidade do setor, cuja insegurança gera externalidade negativa, influenciando de modo inadequado o comportamento dos agentes do referido

setor e, como consequência, resulta em desempenho ineficaz da atividade, em prejuízo ao contexto econômico, com graves reflexos ao contexto social.

Nesse cenário de instabilidade regulatória, a hipótese da pesquisa é de que o estudo dos principais aspectos jurídicos que envolvem (a) a regulação setorial de terminais privativos de uso misto e seus reflexos aos contratos de arrendamento portuário e (b) a responsabilidade civil da União por atos decorrentes das autorizações e da fiscalização dessas outorgas, contribui para diminuir os danos causados e aumentar a segurança jurídica do setor.

Dessa forma, a análise de cada uma das outorgas, seus requisitos, seus respectivos atos administrativos, e os efeitos desses atos no contexto portuário de abrangência, são de grande importância na medida em que a garantia dos direitos e obrigações das partes envolvidas depende da definição desse cenário, o que lhes garantirá maior segurança jurídica no decorrer da execução dos seus contratos de arrendamento ou do cumprimento dos requisitos das autorizações.

Assim sendo, o objetivo científico dessa pesquisa é contribuir para melhorar a segurança jurídica da atividade portuária no Brasil, por meio do estudo dos principais aspectos da regulação do setor, com ênfase na concorrência imperfeita entre as outorgas de autorização para terminais privativos de uso misto e as de arrendamento para terminais públicos, bem como acerca da responsabilidade civil da União Federal em caso de danos decorrentes dos atos omissivos (fiscalização) ou comissivos (edição de ato ilegal) da ANTAQ.

Pretende-se, assim, identificar conflitos ou lacunas na análise sistemática da legislação pertinente, bem como dos atos de outorga de arrendamento e de autorização, utilizando dentre os elementos de análise o foco conferido pela ADPF n. 139, em trâmite no STF¹⁷, a fim de contribuir com discussões já desencadeadas pelo tema que se desdobra dentro de novo cenário da atividade, após a concepção dos terminais privativos de uso misto (sob a ótica da ANTAQ) em competição no mesmo mercado relevante com os arrendatários,

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139. Disponível em: <www.sft.jus.br>. Acesso em: 1º mar. 2009.

para a garantia da segurança jurídica dos investidores privados e, principalmente, a proteção ao interesse público.

Nesse quadro, a pesquisa visa contribuir não somente para o aumento da segurança jurídica no setor, mas também para a eficácia da regulação da atividade portuária nos tipos de outorgas abordados, e bem assim, identificar situações em que ao Estado é imputado o dever de reparar danos ou recompor prejuízos causados aos administrados ou contratados, rever seus atos ou atuar com poder regulador no intuito de propor soluções para o (re-)equilíbrio da economia do setor com adequada aplicação da lei e dos princípios constitucionais vigentes.

O objetivo institucional da pesquisa é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali.

Para tanto, o Capítulo 1 foi delineado em tópicos conceituais necessários à compreensão do tema, numa explanação da estrutura portuária atual, com a identificação dos tipos de outorgas e da possibilidade de delegação da atividade. No citado capítulo também são tratados os princípios relevantes dessa regulação, considerando as outorgas atualmente em prática pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários com relação aos portos organizados e aos terminais de uso privativo misto.

O Capítulo 2 é dedicado à abordagem das duas formas de outorgas tratadas nesta Dissertação: o Arrendamento Portuário e a Autorização de Terminais Privativos de uso misto. Utilizou-se o destaque de alguns aspectos de cada tipo de outorga, com ênfase na competência regulatória (que, no caso, é atribuída à ANTAQ), a competência procedimental dos entes envolvidos no processo de obtenção dessa outorga, a quem cabe a fiscalização, bem como, em alguns dos principais aspectos que implicam na convivência desses dois modelos, de características, direitos e deveres diferenciados, subordinados a regimes jurídicos diversos.

O desfecho desse Capítulo se dedica ao levantamento de características através de um paralelo entre os modelos quanto aos aspectos operacionais e contratuais, aos principais reflexos na atuação de cada um dos outorgados no mercado, à possibilidade da ocorrência da competição imperfeita, à existência de desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de arrendamento e aos reflexos sociais da atuação dos outorgados que disputam o mesmo mercado.

Já o Capítulo 3 é voltado para a abordagem da Teoria Geral da Responsabilidade Civil do Estado, no tratamento em casos de desequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos e, mais especificamente, àquele que se dá nos contratos de arrendamento portuário em face da concorrência direta com os terminais privativos de uso misto.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados destaques de pontos específicos do tema abordado, com justificativa sobre a hipótese da pesquisa, seguidos do estímulo à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o tema pesquisado.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação¹⁸ e na Fase de Tratamento de Dados, foi utilizado o Método Indutivo¹⁹, e o Relatório dos Resultados expresso na presente Monografia é composto a partir da base lógica Indutiva.

As teorias de base são: Teoria da Regulação Econômica, com fundamento em Alexandre dos Santos Aragão²⁰ e Marçal Justen Filho, dentre outros;²¹ Defesa da Concorrência, com fundamento em Gesner de Oliveira²²; bem

¹⁸ “[...] 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.

¹⁹ “[...] 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.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A necessidade da Preponderância de Carga Própria nos Terminais Portuários Privativos de Uso Misto**, fl. 142-218.

²¹ Dentre os quais, na perspectiva comparada, com ênfase na regulação de transporte aquaviário

como Teoria da Responsabilidade Civil do Estado, com base nos ensinamentos de Juarez Freitas²³, Yussef Said Cahali, Rui Stoco, Lucia Valle Figueiredo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho e Marçal Justen Filho.²⁴

O estudo discorre sobre a evolução do direito do setor portuário desde a extinção da Portobrás, passando pelo momento histórico da edição da Lei de Modernização dos Portos, até o momento atual, no qual o setor portuário recebeu novas diretrizes com a criação da SEP e a edição do Decreto n. 6.620/2008.

Os conceitos são baseados na legislação e na própria doutrina sobre a Regulação, o Direito Administrativo, o Direito Portuário, o Direito Constitucional, o Direito Civil, na doutrina e nos princípios gerais do Direito.

Os fatos e atos trazidos à análise foram extraídos das informações disponíveis nos sítios institucionais do Governo Federal e Municipal de Itajaí, bem como do conteúdo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, de n. 139, em trâmite no STF.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente²⁵, da Categoria²⁶, do Conceito Operacional²⁷ e da Pesquisa Bibliográfica²⁸.

e portos: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil**. Prefácio do Prof. Ashley Brown. Harvard University. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

²² PEREIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários**. São Paulo: Março de 2008, *in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139, fl. 97-140

²³ FREITAS, Juarez. **Parecer**. Porto Alegre: Março, 2008 *in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139, fl. 275-344

²⁴ FREITAS, Juarez. (org.) **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁵ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**, p. 62.

²⁶ “[...] 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.

²⁷ “[...] 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.

CAPÍTULO 1

TÓPICOS CONCEITUAIS, ESTRUTURA, OUTORGAS E PRINCÍPIOS DA ATIVIDADE PORTUÁRIA

A contextualização do cenário da atividade portuária e sua regulação são importantes para o estudo dos problemas decorrentes de atos de outorgas praticados a partir da edição da Lei dos Portos. Essa atenção voltada aos dois tipos de outorgas²⁹ se dá pelos problemas e discrepâncias criadas não pelo mercado, mas pela aplicação da própria legislação, em face do ato comissivo da ANTAQ na outorga de autorização e na fiscalização dos terminais privativos de uso misto.

A atuação da ANTAQ tem responsabilidade sobre a matéria, já que reflete a forma de tratamento dissonante entre os que prestam serviços públicos em lugar da administração pública e os que empreenderam sob o argumento de explorar uma atividade voltada ao atendimento de sua própria necessidade de movimentação de cargas e, também, da de terceiros, mas que acabam se voltando essencialmente à prestação de serviço público. Nesse quadro, é importante discorrer sobre os tópicos conceituais utilizados no presente estudo.

1.1 TÓPICOS CONCEITUAIS

1.1.1 Lei de Modernização dos Portos

Há um consenso geral de que a Lei Federal n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, é um marco legal na história da atividade portuária no

²⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**, p. 239.

²⁹ Arrendamento de instalações portuárias (Terminal de Uso Público) e Autorização para Terminal Privativo de Uso Misto.

Brasil. É chamada de Lei de Modernização dos Portos porque foi concebida tendo como função principal instrumentalizar juridicamente o sistema para um novo modelo portuário, mais adequado ao atendimento dos diversos segmentos que se inserem nessa atividade.

No momento da edição da citada Lei, a atividade portuária vivia dias de reorganização de sua estruturação jurídico-legal. Poucos anos antes fora decretada a extinção da Portobrás³⁰ e, não obstante o ato ter sido editado em 1990, foi nos anos seguintes que esse processo de extinção pôde ser concluído e seus efeitos efetivamente absorvidos. Partia-se, aos poucos, para a necessidade de administrações descentralizadas a fim de que as decisões se dessem tendo em vista o problema local.

Além disso, havia urgente necessidade de investimentos no setor, que carecia de recursos para as suas necessidades mais básicas, como a manutenção das dragagens, até as mais complexas, como a ampliação de áreas de armazenagem e de vias de acesso ao porto, e a aquisição de equipamentos mais modernos.

Assim, com a edição da Lei n. 8.630, em 25 de fevereiro de 1993, as administrações portuárias passaram a se estruturar muito mais próximas às suas próprias realidades e a contar com a própria comunidade portuária para a resolução das questões de interesse comum (através dos CAPs).

Alex Sandro Stein³¹, que em sua obra traz um esboço histórico da referida Lei, afirma que a Lei n. 8.630/93 – Lei de Modernização dos Portos, originária do Projeto de Lei n. 8/91, teria se tornado, a partir de sua edição – e complementada pela Convenção n. 137 da OIT, Decreto n. 1572/95, Decreto n. 1.886/96 e Lei n. 9.719/98 – instrumento legal regulamentador da relação capital-trabalho, entre a categoria dos obreiros (trabalhadores portuários avulsos) e a categoria patronal (operadores portuários, tomadores de serviços).

³⁰ Extinção da Portobrás, em meados de 1991, por força da Medida Provisória nº 151, de 15 de março de 1990, posteriormente convertida na Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, conforme BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um Compêndio Básico de Direito Portuário**, p. 57.

³¹ STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário: Lei 8.630/93**. São Paulo: LTr, 2002, p. 42.

Segundo observa Wesley Collyer³²:

Breve análise do texto do PL mostra que o mesmo era demasiadamente simples e seus comandos legais insuficientes para provocar as mudanças pretendidas pelo governo. Compunha-se de apenas nove artigos, mais os dois últimos, que tratavam de vigência e revogação de normas legais, totalizando 11 artigos.[...] O mérito maior do PL foi, em um momento em que as velhas estruturas eram criticadas pelo próprio governo, proporcionar à sociedade, através do Congresso Nacional, discutir um novo modelo para os portos brasileiros.

Cesar Luiz Pasold sustenta que o Direito Portuário³³ é um ramo autônomo do Direito e classifica a Lei Federal n. 8.630/93 como a Lei Básica Nuclear do Direito Portuário, qual seja, “aquela que trata exclusivamente de matéria de Direito Portuário, isto é, dos temas pertinentes às pessoas (físicas ou jurídicas) e às atividades sujeitas ao regime específico instituído pela Lei 8630/93”.³⁴

O autor considera como Lei Básica Nuclear aquela que é a essência da disciplina de determinado ramo do Direito, em torno do qual gravitam os demais textos normativos.³⁵

É com base no ensinamento de César Luiz Pasold, no conceito apresentado para a Lei Básica Nuclear do Direito Portuário³⁶, que se adota, como conceito de Lei de Modernização dos Portos, a Lei Federal n. 8.630, de 15 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências, incluindo as de ordem administrativa, trabalhista e ambiental, e que trata

³² COLLYER, Wesley O. **Lei dos Portos. O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência**, p. 41-43.

³³ Sobre a disciplina, por meio do estudo de vários temas relevantes relacionados com a regulação e o desenvolvimento, publicados em catorze artigos de especialistas: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. (orgs.). **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

³⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**, p. 36-37.

³⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**, p. 36.

³⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**, p. 36-37.

exclusivamente de matéria de Direito Portuário, isto é, dos temas pertinentes às pessoas (físicas ou jurídicas) e às atividades sujeitas ao regime específico por ela instituído.

Mas, afinal, como se estrutura o Direito Portuário?

1.1.2 Direito Portuário

Pela consistência jurídica da conceituação para Direito Portuário apresentada na obra *Lições Preliminares de Direito Portuário*, de Cesar Luiz Pasold, é importante o conceito do Autor, o qual demonstra a convicção de o Direito Portuário se constituir ramo autônomo do Direito³⁷.

Assim, Direito Portuário é, pois:

[...] o ramo do Direito que tem por objeto o disciplinamento 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 Organizado³⁸.

Segundo o Autor, a existência de um ramo do Direito se consagra quando ele cumpre, no mínimo, quatro requisitos essenciais: 1º) possuir uma unidade epistemológica (exploração dos portos, operações portuárias, operadores portuários, instalações portuárias, gestão da Mão-de-obra de Trabalho Portuário Avulso, Trabalho Portuário e Administração do Porto Organizado); 2º) esta unidade ter uma legislação que lhe é básica (Lei Federal 8.630 de 25 de fevereiro de 1993); 3º) tal unidade, que tem sua legislação própria, relacionar-se com outros ramos do Direito, em relacionamentos visíveis e demonstráveis (o autor aponta quatorze ramos do Direito); e 4º) que esta unidade se nutra permanentemente nas fontes do direito sob pena de perecer (baseado na lição de Miguel Reale¹, o Autor enfatiza que as fontes do Direito possuem os seus próprios pressupostos e trâmites, e o Direito Portuário preenche integralmente este requisito).

³⁷ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**, p. 24-34.

³⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições Preliminares de Direito Portuário**, p. 23.

Considerando que o Direito Portuário dispõe sobre atividade econômica que proporciona o desenvolvimento do setor, é importante abordar a disciplina Direito e Desenvolvimento, conforme a seguir.

1.1.3 Direito e Desenvolvimento

Não é possível abordar Direito e Desenvolvimento sem tratar dos princípios fundamentais instituídos pela Constituição da República Federativa do Brasil³⁹ da dignidade da pessoa humana⁴⁰ e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa⁴¹.

Tais princípios sustentam os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles, o de garantir o desenvolvimento nacional e o de promover o bem de todos, conforme o artigo 3º da CRFB/1988⁴².

Contudo, a conceituação desse par não tem início simplesmente na norma positivada, porque o desenvolvimento caminha no ritmo ditado pela Sociedade e tem suas próprias regras, as quais, muitas vezes, não estão conglomeradas e estruturadas no arcabouço jurídico-legal.

Oswaldo Agripino de Castro Júnior⁴³ enfatiza que Direito e Desenvolvimento é uma ferramenta essencial para a reforma do sistema judicial brasileiro, sendo importante a introdução ao assunto com base na “mudança social”. O autor sustenta ainda que:

O desenvolvimento, dentro do contexto direito e desenvolvimento, é um eufemismo para o progresso. Mas, qual progresso? O

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), de 05 de outubro de 1988, e alterações feitas pelas 57 Emendas Constitucionais, sendo a 57ª de 18 de dezembro de 2008, publicada no Diário Oficial da União em edição extra de 18/12/2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2009.

⁴⁰ BRASIL. CRFB/1988, artigo 1º, inciso III.

⁴¹ BRASIL. CRFB/1988, artigo 1º, inciso IV.

⁴² BRASIL. CRFB/1988, artigo 3º, incisos II e IV.

⁴³ CASTRO JÚNIOR, Oswaldo Agripino de. **Introdução do Direito e Desenvolvimento: Estudo comparado para a reforma do sistema judicial**, p. 65.

progresso social, onde a função do desenvolvimento possa haver melhorias nos índices de educação, habitação e trabalho [...]. O direito e desenvolvimento é um ramo do direito e sociedade, que estuda a lei em relação à sociedade e possui o principal foco na relação entre lei e mudança social⁴⁴.

Nesse aspecto, pode-se admitir que a mudança social sofre os efeitos da chamada globalização, que se desdobra em diferentes modos de produção e que, para Boaventura de Sousa Santos⁴⁵:

[...] é um conjunto de trocas desiguais pelo qual um determinado artefacto, condição, entidade ou identidade local estende a sua influência para além das fronteiras nacionais e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outro artefacto, condição, entidade ou identidade rival.

Assim, pode-se afirmar que no conceito de Direito e Desenvolvimento, o direito é uma estrutura existente em par com o desenvolvimento, cujas regras alinham os interesses sociais e individuais para proporcionar mudança social no sentido de se mover para situação melhor.

Para Osvaldo Agripino,⁴⁶ Direito e Desenvolvimento é:

[...] ramo do conhecimento que objetiva, através da pesquisa transdisciplinar teórica e empírica, e da análise quantitativa e qualitativa, estudar a relação entre o direito e desenvolvimento social, a fim de chegar a este pela via da reforma do direito. Por sua vez, o desenvolvimento que se pleiteia é aquele que proporciona uma efetiva mudança social, ou seja, a transformação para um grau determinado de mudança de atitudes, normas, instituições e comportamentos que estruturam a vida jurídica cotidiana, e que abrange não somente os novos modelos culturais, arranjos institucionais e disposições psicológicas, enfim, que priorize uma revolução ética nas prioridades e melhorias

⁴⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução do Direito e Desenvolvimento: Estudo comparado para a reforma do sistema judicial**, p. 65.

⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa et. al. **Os processos da globalização**. In SANTOS, Boaventura de Sousa. [org.] **A Globalização e as Ciências Sociais**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 62-63.

⁴⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Introdução do Direito e Desenvolvimento: Estudo comparado para a reforma do sistema judicial**, p. 67.

materiais nas condições de existência e dignidade dos seres humanos.

Tendo em conta que Direito e Desenvolvimento estão ligados a uma estrutura jurídica com base também no direito positivado, é importante que os regulamentos e a regulação das atividades pertinentes sejam estabelecidos de forma harmônica e complementar, sem ferir normas superiores, sem exceder os poderes conferidos aos agentes para o desdobramento dessa normatização, e sem comprometer o desenvolvimento, de forma a garantir o Estado Democrático de Direito.

Essa é tarefa relevante da Regulação a ser seguida pelos agentes reguladores que são balizados pelo Direito Regulatório na consecução das suas funções. A não observância dessas disposições pode implicar na ocorrência de prejuízos ao Estado, à Sociedade e, em alguns casos específicos, ao investidor privado que assume o papel de executor de serviço público. Muitas dessas situações sujeitam o Estado à responsabilização civil.

Os atos de Regulação são baseados em normas especiais cujo conjunto é considerado o Direito Regulatório, sendo sua abordagem relevante para o tema desta Dissertação.

1.1.4 Direito Regulatório

Para a existência de um Direito Regulatório, um longo caminho teve que ser percorrido. As crises econômicas do século XIX e XX⁴⁷, com destaques para a Segunda Revolução Industrial e para a Grande Depressão de 1929, provocaram condições de vida instáveis. Tais condições não eram protegidas somente pelas Leis do Mercado, mas também pela intervenção do Estado, o que aconteceu principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Para Paulo Márcio Cruz⁴⁸:

A intervenção do Estado na vida econômica e social passou a se configurar como um elemento necessário para impedir crises

⁴⁷ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 142.

⁴⁸ CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**, p. 142.

cíclicas e para garantir um mínimo de bem-estar a grande parte da população. O Estado passou a ser configurado, paulatinamente – principalmente após a Segunda Guerra Mundial – como intervencionista ou, numa fórmula mais ampliada, como um Estado Social e com função social decidido a promover – ou a impedir – determinadas ações sociais, culturais e econômicas.

Diferente do que clara e didaticamente sustenta Cesar Luiz Pasold ao defender o Direito Portuário como ramo autônomo do Direito, quanto ao Direito Regulatório, não há unanimidade sobre sua autonomia.

Para Marcos Juruena Villela Souto⁴⁹, trata-se do surgimento de novas estruturas e categorias de normas pela necessidade de regular as atividades nas quais o setor privado passou a atuar em lugar do setor público, ou daquelas de interesse econômico geral, e não se trata de um novo sistema que justifique o entendimento de existência de um novo ramo do Direito.

Segundo o autor, “trata-se, pois, de uma mera evolução do Direito Administrativo, de modo a adequar-se ao estudo do exercício da função pública destinada ao atendimento dos interesses dos administrados (enquanto indivíduos, sociedade ou integrantes de um grupamento social)”⁵⁰.

Não há uma Lei Nuclear Básica⁵¹ que trate do Direito Regulatório. A denominação “Direito Regulatório” é genérica para o conjunto de normas que objetivam a regulação social ou econômica como intervenção do Estado nesses setores.

O Direito Regulatório na atividade portuária visa corrigir distorções de mercado, preservar o interesse público, combater a competição imperfeita e, enfim, garantir que o usuário receba um serviço de qualidade, com preços módicos, sem enriquecimento indevido de qualquer dos segmentos integrantes da cadeia da referida atividade.

⁴⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

⁵⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**, p. 22.

⁵¹ Conforme tratado no item 1.1.2.

Mesmo que não haja um Direito Regulatório individualizado e dissociado do Direito Administrativo, a regulação integra esse ramo do Direito e forma um arcabouço normativo que objetiva regular a intervenção do Estado, seja no Social ou na Economia, regulação essa que se aborda no tópico seguinte.

1.1.5 Regulação

A Regulação é forma de intervenção do Estado.

Em relação à essa intervenção na economia, com crítica ao excesso de regulação, Ronaldo Busnello⁵² assevera que:

Do ponto de vista da crítica neoliberal, a intervenção do Estado na gestão pública e econômica teria sido a responsável pela crescente perda de dinamismo da economia brasileira, especialmente no que diz respeito à incapacidade de manter o ritmo de incorporação do progresso técnico e do aumento da produtividade. A razão essencial para isso foi a falta de concorrência, decorrente da elevada proteção tarifária e do excesso de regulação ou presença estatal.

Assinala André-Jean Arnaud⁵³ que a introdução do termo “regulação” no discurso dos juristas é relativamente nova. Dentro de uma visão sociológica, diz que a regulação não é decorrente da estrutura piramidal das normas jurídicas e do princípio de exclusivismo do direito estatal, considerando que o indivíduo está exposto a uma pluralidade jurídica.

Antes da incursão ao termo Regulação, não é demais esclarecer que este não se confunde com o termo Regulamentação, conforme adverte Marçal Justen Filho⁵⁴, posto que “*Regulation* é muito mais amplo e qualitativamente distinto, conduzindo à utilização da expressão ‘regulação’ ao invés de ‘regulamentação’”.

⁵² BUSNELLO, Ronaldo. **Processo de Produção e Regulação Social**. Ijuí: Unijuí, 2005, p. 290.

⁵³ ARNAUD, André-Jean. **O Direito Contemporâneo entre Regulamentação e Regulação: O Exemplo do Pluralismo Jurídico**. in ARAGÃO, Alexandre Santos (coord.). **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 16.

Regulamentação até pode ser uma manifestação de *regulation*. Na terminologia consagrada entre nós, a expressão ‘regulamentação’ corresponde ao desempenho de função normativa infra-ordenada, pela qual se detalham as condições de aplicação de uma norma de cunho abstrato e geral. A ‘regulamentação’ corresponde à especificação das condições necessárias a ampliar a eficácia de certos dispositivos cuja amplitude de abrangência propicia dificuldades na aplicação a casos concretos⁵⁵.

Para Marçal Justen Filho “a regulação é o conjunto ordenado de políticas públicas, que busca a realização de valores econômicos e não econômicos, reputados como essenciais para determinados grupos ou para a coletividade em seu conjunto”⁵⁶. Para o autor “as finalidades regulatórias relacionam-se à realização dos valores fundamentais da Nação, sejam eles de natureza econômica ou não”⁵⁷.

O modelo de regulação estabelecido na estrutura jurídica brasileira apresenta-se de forma ordenada e racional, proporcionando a produção da regulação de forma realmente ampla e uma significativa via de realização do interesse público. Reconhece-se a intervenção regulatória como um instrumento político para a intervenção estatal indireta ainda mais relevante, não se restringindo a intervir para impedir práticas indesejáveis como parâmetros gerais de conduta, mas também assumindo contornos promocionais, ao invés da postura repressiva anteriormente adotada.

Sobre eventual inconstitucionalidade no exercício da regulação pelas Agências que editam normas sem o crivo do Poder Legislativo, é importante observar que o ordenamento jurídico vigente não permite que se inove com relação à lei. Os regulamentos estão adstritos à observância da legalidade e sua inovação com relação à lei não poderá recair sobre matérias que o ordenamento reserva à existência de lei.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 15.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 40.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 40.

Segundo Alexandre Santos de Aragão⁵⁸, a característica principal dessas normas é a baixa densidade normativa, própria das matérias de grande complexidade técnica ou que sejam suscetíveis a constantes mudanças.

Aragão acentua que a norma deve obedecer aos procedimentos da lei e fundamentar-se nas necessidades públicas. Para o Autor, do conceito de regulação está excluída a atividade direta do Estado como produtor de bens e serviços e fomentador das atividades econômicas privadas. Tais atividades e a regulação constituem espécies do 'gênero' da intervenção do Estado na economia.⁵⁹

Para Marcos Juruena Villela Souto⁶⁰, a norma regulatória traça contornos técnicos, despidos de valoração política (que deve estar contida na norma a ser implementada); deve ser eqüidistante dos interesses em jogo, resultando de uma ponderação entre os custos e os benefícios envolvidos (daí deve necessariamente ser motivada e editada por agente "independente", i.e. protegido contra pressões políticas).

Na atividade portuária, essa regulação é exercida pela ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, através de suas resoluções, portarias e demais atos que decorrem de estudos técnicos e jurídicos e da aplicação de políticas públicas, visando principalmente corrigir distorções, superar omissões, e evitar abuso de poder econômico e a concorrência imperfeita. Há quem entenda⁶¹ que o CAP seja um órgão regulador local da atividade portuária e isso se infere através das Normas para Tráfego e Uso da Infraestrutura Portuária e Norma de Pré-qualificação de Operador Portuário.

⁵⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Legalidade e Regulamentos Administrativos no Direito Contemporâneo. Revista de Direito Constitucional e Internacional IDC**, Rio de Janeiro: ano 10, nº 41, 2002, p. 298.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 23.

⁶⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**, p. 28-29.

⁶¹ Sobre o tema: COLLYER, Wesley O. **Lei dos Portos. O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência**, p. 95-98.

A primeira onda de regulação ocorreu por meio da Regulação Econômica.

1.1.6 Regulação Econômica

A Regulação Econômica teve lugar nos Estados Unidos com o *New Deal*, em face da grave crise de 1929, decorrente da depressão econômica, que nos anos 30 e 40 resultou no surgimento de inúmeras agências federais para atuar nos mais variados e diversos setores da vida econômica norte-americana⁶² a fim de corrigir as falhas e deficiências do mercado.

Originalmente, a concepção teórica de regulação econômica se restringia a um instrumento apto a corrigir falhas do mercado. Contudo, esta concepção adotou contornos muito mais amplos.

Segundo Marçal Justen Filho:

A regulação se caracterizou como uma marcante interferência estatal destinada a suprir as deficiências e as influências do mercado. A regulação estatal se torna necessária (e legítima) naqueles aspectos em que o próprio mercado não lograr atuar de modo satisfatório⁶³.

A regulação, portanto, surge no intuito de corrigir: (a) deficiência na concorrência, (b) bens coletivos, (c) externalidades, (d) deficiências (assimetrias) de informação, e (e) desemprego, inflação e desequilíbrio.

É certo que muitas dessas deficiências acabam ensejando um novo comportamento do mercado e conduzem a uma nova perspectiva com relação ao mesmo, enfim, a uma nova situação. Isso não significaria dizer que a regulação, nesse caso, é totalmente desnecessária. O comportamento natural decorrente da reação do mercado diante de certa deficiência pode ocorrer à custa de sacrifícios realmente penosos para certo segmento ou grupo, o chamado “custo social”.

⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 78.

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 32.

A intervenção da regulação vem de forma a proteger valores sociais que não integram diretamente os interesses econômicos, dinamizando sua implantação de maneira mais equilibrada e menos danosa⁶⁴.

O artigo 174 da Constituição da República Federativa do Brasil⁶⁵ estabelece que “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”.

De acordo com Alexandre Santos de Aragão:

A regulação da economia é um fenômeno multifacetário e complexo (é um complexo de funções), dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que empregam distintas estratégias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia⁶⁶.

Alexandre Santos Aragão adverte que há três poderes inerentes à regulação: “*aquele de editar a regra, o de assegurar a sua aplicação e o de reprimir as infrações*”.⁶⁷ Afirma o Autor que o Estado tem à sua disposição muitas possibilidades de regulação, podendo fazê-la do modo tradicional ou não. Esses poderes inerentes à regulação podem tanto se referir à regulação econômica quanto à regulação social. Com relação a esta última, dedica-se o tópico seguinte.

1.1.7 Regulação Social

É considerada a “segunda onda regulatória”, decorrente da atividade econômica. Verificou-se que as atividades não-econômicas também

⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 36-40.

⁶⁵ BRASIL. CRFB/1988, art. 174, *caput*.

⁶⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 23.

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 23.

ensejavam a satisfação de seus interesses e a proteção de seus direitos, concebidos como sociais, porque são ações do Estado que visam proporcionar a satisfação dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos.

Dalmo de Abreu Dallari assinala que o advento da Segunda Guerra Mundial estimulou ainda mais a atitude intervencionista do Estado, momento em que este assumiu o encargo de prestar serviços fundamentais aos indivíduos com o máximo controle e proveito sobre recursos sociais e mínimo desperdício.⁶⁸

Após a Segunda Guerra Mundial, os esforços do Estado teriam se voltado para a restauração dos meios de produção, reconstrução das cidades e readaptação das pessoas à vida social. Hoje o Estado é o grande apoiador dos grupos econômicos⁶⁹. Dentro do cenário atual, o Estado tem um campo de atuação sob visão muito mais abrangente:

A intervenção estatal de natureza regulatória não poderia restringir-se a preocupações meramente econômicas. O Estado não poderia ser concebido como um simples 'corretor de defeitos econômicos' do mercado, mas lhe incumbiria promover a satisfação de inúmeros outros interesses, relacionados a valores não-econômicos.[...] É necessário proteger o meio ambiente e os direitos de minorias, por exemplo. A racionalidade econômica poderia induzir a práticas ecologicamente reprováveis. Reconhece-se que o patrimônio do ser humano não se reduz aos bens econômicos, mas abrange inúmeros bens imateriais⁷⁰.

Marçal Justen Filho afirma que modelos teóricos não correspondem com precisão aos fatos sociais e, por tal, devem ser adotados com temperança, razão pela qual o autor assume ser:

[...] partidário da concepção regulatória social de mercado, mas com forte influência da idéia da boa governança. Isso significa reconhecer que a regulação é uma atividade administrativa que se

⁶⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 283-284.

⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, p. 283-284.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 38.

legítima por seus fins, mas também por seus meios. Não se pode admitir a atividade estatal de natureza regulatória desvinculada da realização dos valores (econômicos e não econômicos) consagrados constitucionalmente, mas também não se pode olvidar a disciplina jurídica da atuação estatal ⁷¹.

A intervenção estatal decorre do poder-dever da Administração de garantir os direitos dos cidadãos, protegendo-se os valores consagrados constitucionalmente. Essa intervenção é concebida através do exercício das funções normativa, hierárquica, sancionatória e discricionária⁷². Por sua vez, a função regulatória é intervenção que não se confunde com o poder normativo do Estado, assunto exposto no item a seguir.

1.1.8 Poder Normativo

Para Dalmo de Abreu Dallari ⁷³, o Estado é uno e indivisível e, por tal motivo, os vários órgãos de sua estrutura exercem o seu poder sem que esta unidade se quebre. Por sua vez, segundo Marcos Juruena Villela Souto, este tema é:

[...] tradicionalmente estudado sob o nome de 'poder regulamentar', entretanto, a expressão 'poder', como dito, não reflete necessariamente, a idéia de divisão de 'funções' do Estado, já que o 'poder' é do povo; já a idéia de 'regulamentar', em países como o Brasil, restringe tal função à chefia do Executivo, quando outras autoridades também expedem comandos genéricos e abstratos; daí a preferência pela expressão 'função normativa'.

Seja poder normativo ou função normativa, esta envolve a regulamentação das leis e a edição de atos normativos inferiores⁷⁴. Miguel

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 40.

⁷² SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**, p. 25-34.

⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**, p.81.

⁷⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**, p. 26.

Reale⁷⁵ leciona que o poder normativo pode se dividir em atos normativos originários e derivados.

Originários se dizem os emanados de um órgão estatal em virtude de competência própria, outorgada imediata e diretamente pela Constituição, para edição de regras instituidoras de direito novo. Os atos normativos derivados objetivam a explicitação ou especificação de um conteúdo normativo pré-existente, visando à sua execução no plano da prática. Os atos legislativos não diferem dos regulamentos ou de certas sentenças por sua natureza normativa, mas sim pela originariedade com que instauram situações jurídicas novas, pondo o direito e, ao mesmo tempo, os limites de sua vigência e eficácia, ao passo que os demais atos normativos explicitam ou complementam as leis, sem ultrapassar os horizontes da legalidade.

O artigo 84, IV da Constituição Federal estabelece o exercício privativo do Presidente da República na expedição de decretos regulamentadores das leis. Mas estes não se equiparam às normas regulatórias, as quais são mais amplas.

Através dos demais agentes investidos nas respectivas funções, a Administração ainda pode expedir resoluções, portarias, deliberações, instruções, editadas por outras autoridades que não o Chefe do Executivo, conforme artigo 87, parágrafo único, inciso II da Constituição Federal. Em qualquer das hipóteses, os atos devem estar em consonância com a lei, não podendo criar direitos ou impor obrigações ou proibições, nem criar hipóteses de penalidades sem que haja previsão legal. Do contrário, haverá ofensa ao princípio da legalidade.

Sendo assim, a distinção entre a função regulatória e a função normativa é clara, sendo a origem do ato determinante para a sua legitimação. A tecnicidade da regulação é característica que a difere do que se denomina poder normativo, cuja compreensão é necessária para a correta identificação ou não desse poder frente aos atos de regulação.

⁷⁵ REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 12-14 in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 89-90.

Enfim, os atos normativos ou regulatórios são espécies de atos administrativos, por isso a competência para a sua prática é de fundamental importância para a validade do ato. Sobre este tema faz-se os comentários do tópico seguinte.

1.1.9 Ato Administrativo e Competência

Dentre os atos da Administração⁷⁶, encontram-se os atos normativos, os quais abrangem decretos, portarias, resoluções e regimentos, de efeitos gerais e abstratos.

A competência para a prática do ato é conferida por lei. Para essa prática não basta, portanto, que o sujeito tenha capacidade. É necessário que a lei lhe atribua a competência em praticá-lo, sob pena de nulidade. Assim, na administração pública somente praticam atos administrativos os entes com personalidade jurídica. Os aspectos dos atos administrativos são: sujeito⁷⁷, conteúdo⁷⁸, forma⁷⁹, motivo⁸⁰ e finalidade⁸¹.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸² define competência como “o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”. Para José Afonso da Silva⁸³ competência é a:

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.190. A autora cita como atos da Administração: atos de direito privado, atos materiais, atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, atos políticos, contratos, atos normativos e atos administrativos propriamente ditos.

⁷⁷ Sujeito: É quem o produz e que pode ser identificado como agente do ato. Deve não só ser capaz, mas, estar investido de competência para a prática do ato.

⁷⁸ Conteúdo ou objeto: Aquilo que por ele é determinado ou estabelecido. É o efeito jurídico imediato que o ato produz (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 206)

⁷⁹ Forma: É a exteriorização do ato e suas respectivas formalidades.

⁸⁰ Motivo: É o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 206)

⁸¹ Finalidade: É o resultado ou o interesse que se busca satisfazer por meio do ato. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p.195.)

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 203.

⁸³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo:

[...] faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões [...] são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções.

O Autor ainda faz a seguinte classificação das espécies de competência segundo sua natureza, sua vinculação cumulativa a mais de uma entidade e seu vínculo à função de governo: competência material e competência legislativa. A primeira, o Autor subdivide em: (a) exclusiva e (b) comum, cumulativa ou paralela. A segunda, o Autor classifica como (a) exclusiva, (b) privativa, (c) concorrente e (d) suplementar. Afirma, ainda, que podem se classificar também quanto à forma, conteúdo, extensão e origem⁸⁴.

Sobre as definições que tendem a dizer que competências são uma demarcação de poder, Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁵ observa que “antes que sejam poderes as competências são deveres, o que é particularmente visível no caso das competências ‘administrativas’.”

Refere-se aos “deveres-poderes” no lugar de “poder-dever”. Acrescenta que, considerando que as competências são conferidas para que se possa atingir uma determinada finalidade, o sujeito titular da competência passa a ter a obrigação, o dever de atingi-la. Por isso, têm caráter meramente instrumental. Não é conferido ao sujeito titular da competência qualquer poder, mas, sim, um dever de envidar seus esforços em prol da finalidade proposta. E arremata: o poder, na competência, é a vicissitude de um dever⁸⁶.

Com a ressalva de que o ‘poder’ expressado nas competências não é senão a face reversa do dever de bem satisfazer interesses públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello define competência como “o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o

Malheiros, 2009, p. 479.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 479-482.

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 142-143.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, p. 143.

exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos”.⁸⁷

Por fim, Marçal Justen Filho assevera que a competência e capacidade do sujeito apto à produção do ato administrativo é estabelecida pelo Direito Administrativo, e que competência administrativa é a atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo⁸⁸.

Nesse contexto é que se desdobrou a análise dos atos administrativos praticados pela Agência Reguladora de Transportes Aquaviários – ANTAQ com relação aos terminais privativos de uso misto e aos arrendatários, meios de desenvolvimento da atividade portuária, a qual é submetida a regulação própria.

1.1.10 Atividade Portuária e sua Regulação

Atividade portuária é a desenvolvida em portos e terminais portuários para a movimentação de passageiros ou para a movimentação e armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário.

Pode-se dizer que dentro da atividade portuária está a operação portuária, cuja definição é trazida pela própria Lei Federal n. 8.630, em seu artigo 1º, § 1º, inciso II:

Operação portuária: a de movimentação de passageiros ou a de movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários.

Dentro da atividade portuária estão os serviços de praticagem, os de administração do terminal ou porto organizado, os de guarda de bens, a dragagem dos rios e vias navegáveis, a manutenção da sinalização náutica, a amarração e atracação dos navios, as atividades de controle,

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 144.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 291.

prevenção e emergência ambientais, as atividades de combate a atos terroristas e de segurança internacional, as atividades de prevenção da saúde, de controle das condições sanitárias e de polícia marítima nos portos e instalações portuárias.

Desde 2001, a regulação da atividade portuária é atribuição da ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que, sob os princípios e diretrizes da política nacional, estabelece as respectivas normas. Essa regulação visa especialmente implementar as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte e também pela SEP, responsável pelo estabelecimento de políticas nacionais para os portos marítimos.

A regulação da atividade portuária pretende a integração do porto como parte da via de transporte nacional, bem como a manutenção de padrões de eficiência, segurança, conforto, agilidade, regularidade, pontualidade e modicidade de preços nos fretes e tarifas. Além disso, visa a conciliação dos interesses dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizatárias e arrendatárias, bem como dos entes públicos delegatários, sendo que a respectiva Agência atua como mediador ou árbitro em conflitos de interesses, com vistas a impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.

Não somente a ANTAQ, mas, ainda, os Conselhos de Autoridade Portuária, têm papel relevante na regulação da atividade portuária. Nessa esfera e dentro de suas atribuições, a regulação é ainda mais individualizada, pois considera particularidades e circunstâncias da situação nos portos.

1.2 ESTRUTURA PORTUÁRIA

A estrutura portuária brasileira sofreu significativas alterações desde 1993, com o advento da Lei de Modernização dos Portos, sendo importantes alguns comentários pontuais sobre cada um de seus integrantes, conforme a seguir.

1.2.1 Ministério dos Transportes

O Ministério dos Transportes é órgão da estrutura da União e, ao tempo da edição da Lei de Modernização dos Portos, era o responsável pela fiscalização dos portos em geral (marítimos, fluviais ou lacustres), e pela aprovação de projetos de investimentos, ampliações e dragagens, bem como era competente para os processos de outorga da atividade portuária.

Desde 19 de novembro de 1992 é denominado Ministério dos Transportes, e tem origem na Secretaria de Estado da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, criada pelo Regime Imperial em 1860⁸⁹. Após todas as alterações, desde a Lei de Modernização dos Portos até a criação da SEP, ficou o Ministério dos Transportes com as atribuições previstas na Lei Federal n. 10.683⁹⁰ de 2003, artigo 27, XII.

Na singeleza da atual redação da norma que estabelece as atribuições e competências do Ministério dos Transportes, verifica-se o esvaziamento das suas funções, não obstante a “política nacional de transporte aquaviário” ainda ser função deste.

Agregam-se a essas as funções sobre a Marinha Mercante, as vias navegáveis e os portos fluviais e lacustres. Nesses, a Lei excetua os outorgados às Companhias Docas, já que tais Companhias ficaram sob a competência da Secretaria Especial de Portos. Também cabe ao Ministério dos Transportes a participação na coordenação dos serviços portuários.

Comparando tais atribuições com as anteriores, verifica-se que a maioria delas passou a ser incumbência da Secretaria Especial de Portos.

Nesse quadro, não somente o Ministério dos Transportes, mas também o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – DNIT,

⁸⁹ BRASIL. Ministério dos Transportes. Breve histórico. Disponível em: <www.transportes.gov.br>. Acesso em: 08 jul. 2008.

⁹⁰ BRASIL. Lei n. 10.683, de 25 de maio de 2003, publicada no DOU em 26 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2003/L10.683.htm> Acesso em: 30 out. 2008

sofreu o esvaziamento de suas atribuições. Não será abordado o DNIT tendo em vista que a autarquia, também vinculada ao Ministério dos Transportes, não possui mais qualquer atribuição ligada diretamente aos portos, após a criação da SEP, Secretaria com status de Ministério, a qual é comentada no tópico seguinte.

1.2.2 Secretaria Especial de Portos

A Secretaria Especial de Portos da Presidência da República – SEP integra a estrutura da Presidência da República como órgão de consultoria e assessoria direta do Presidente da República e é competente para assessorá-lo direta e imediatamente na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos.

Além disso, compete à SEP, 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 e daqueles outorgados às companhias docas⁹¹.

À primeira vista, pareceria caber à SEP a função de assessoramento do Presidente da República na “formulação” de políticas e diretrizes. Não se revelaria, nesse momento da disposição legal, todo o “poderio” político e administrativo realmente assumido pela SEP em seu papel na estrutura da Presidência da República.

O objetivo da SEP é, portanto, o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais marítimos. Nesse aspecto é importante dizer que há terminais e portos localizados à beira de rios, porém, considerados

⁹¹ BRASIL. Lei n. 11.518, de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário da União no dia 6 de setembro de 2007. Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.893, de 13 de julho de 2004, 5.917, de 10 de setembro de 1973, 11.457, de 16 de março de 2007, e 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, para criar a Secretaria Especial de Portos, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11518.htm> Acesso em: 30 out. 2008. Seu art. 3º que acrescentou o artigo 24-A à Seção II do Capítulo I da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003.

“marítimos” por sofrerem diretamente a influência do mar ou por parte de sua estrutura estar localizada no mar, tal como o Porto de Itajaí.⁹²

Com tal delimitação, o Governo Federal estabeleceu tratamento diferenciado entre os portos marítimos e os portos fluviais, mantendo estes últimos sob a responsabilidade do Ministério dos Transportes. A leitura que se faz dessa disposição não exprime entendimento de que a SEP executaria medidas e programas ou projetos diretamente, através de seus próprios departamentos ou contratados diretos. Porém, verifica-se a atuação direta da SEP em diversos assuntos relacionados aos portos, inclusive com obras contratadas diretamente pela Secretaria e em execução em portos concedidos⁹³.

A Secretaria Especial de Portos tem como estrutura básica o Gabinete, o Instituto Nacional de Pesquisas Hidroviárias – INPH e até 2 (duas) Subsecretarias. O INPH faz parte do Governo Federal há mais de 45 anos⁹⁴ e estava ligado ao Ministério dos Transportes. Com a criação da SEP, sua estrutura, bens e acervo se deslocaram para esta Secretaria, mantendo o Instituto os mesmos objetivos e especialidade.

Da mesma forma que o INPH, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT já integrava a estrutura federal no momento de criação da SEP. Este importante Conselho é tratado no tópico a seguir.

⁹² Este é o exemplo do Porto de Itajaí, que tem sua estrutura aquaviária de acesso formada por dois molhes (Norte e Sul) os quais adentram ao mar na Barra do Rio Itajaí-Açu – local de encontro entre o rio e o mar, razão pela qual é considerado porto marítimo.

⁹³ Contrato de dragagem emergencial do Porto de Itajaí, Contrato 001/2009; Contrato emergencial para reconstrução do berço 1 e 2, Contrato 004/2009; Contrato emergencial para reconstrução do berço 3, Contrato 005/2009 e Contrato para reconstrução de pátio do Porto de Itajaí, Contrato 006/2009. Disponível em: <www.portosdobrasil.com.br>. Acesso em: 31 maio 2009.

⁹⁴ BRASIL. Secretaria Especial de Portos. Disponível em: <www.portosdobrasil.gov.br/inph/quem-somos/>. Acesso em: 7 abr. 2009. O INPH, órgão subordinado à Secretaria Especial de Portos, é uma instituição de pesquisas e de consultoria especializada nas áreas de engenharia portuária costeira, ambiental e serviços de dragagens. A equipe técnica do instituto é formada de profissionais de nível superior com larga experiência e capacitação, obtida através de cursos de especialização realizados no Brasil e exterior. Ao longo desses anos de existência, é depositário do mais importante acervo técnico-documental bibliográfico em sua especialidade do país.

1.2.3 CONIT

Criado pela Lei Federal n. 10.233, de 5 de junho de 2001, o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT é integrante da estrutura da Presidência da República como órgão de consultoria e assessoria direta do Presidente da República. Entretanto, o CONIT não tem efetivamente agido no exercício de suas funções, tanto que, somente em 2008, ou seja, após sete anos da sua criação, houve por parte do Governo regulamentação dispondo sobre sua estrutura e funcionamento e apenas no final de 2009 foi realizada sua primeira reunião.

Essa importante estrutura, que é presidida pelo Ministro de Estado dos Transportes, tem como demais membros os Ministros de Estado da Justiça, da Defesa, da Fazenda, do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, das Cidades e o Secretário Especial de Portos da Presidência da República⁹⁵.

De acordo com a estrutura e funcionamento dispostos no Decreto Federal n. 6.550⁹⁶, entre suas atribuições está a de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens, em todos os níveis de Governo (harmonizar a política nacional dos transportes), em conformidade com diversos aspectos que buscam uma harmonização nacional e regional, e considerando as peculiaridades de cada segmento de transporte, sua contextualização nos segmentos de serviços públicos e atividades econômicas desenvolvidas no país.

O CONIT tem sua atuação voltada às políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo, pelas diretrizes para a integração física e de objetivos dos sistemas

⁹⁵ BRASIL. Decreto 6.550, de 27 de agosto de 2008, publicado no Diário Oficial da União em 28 de agosto de 2008. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6550.htm>. Acesso em: 30 nov. 2008.

⁹⁶ BRASIL. Decreto 6.550, artigo 1º, incisos.

viários e das operações de transporte sob jurisdição da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios⁹⁷.

A proposição de políticas de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens pelo CONIT deverá estar em conformidade com *a promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes, e da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados* e das políticas de *apoio à expansão e ao desenvolvimento tecnológico da indústria de equipamentos e veículos de transporte*⁹⁸. Como tarefa precípua cabe-lhe a integração das atividades pertinentes ao Sistema Federal de Viação, atribuídas aos Ministérios dos Transportes, da Defesa, da Justiça, das Cidades e à SEP⁹⁹.

Essa formação favorece a identificação de medidas que propiciem a integração dos vários modais dos transportes e a harmonização das respectivas políticas setoriais, cabendo-lhe a proposição de tais medidas, a serem implementadas pelos órgãos reguladores dos transportes terrestre e aquaviário, respectivamente, ANTT e ANTAQ, ambos vinculados ao Ministério dos Transportes, e bem assim pela Secretaria Especial de Portos e pela Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

1.2.4 ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

A ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários é autarquia independente vinculada (não subordinada) ao Ministério dos Transportes. Criada também pela Lei Federal n. 10.233, de 5 de junho de 2001, recebeu a tarefa de preservar os princípios e diretrizes para o transporte aquaviário, conforme o seu artigo 11.

É uma autarquia especial, cujos dirigentes são nomeados pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, como garantia em prol

⁹⁷ BRASIL. Decreto 6.550, artigo 1º, incisos I e II.

⁹⁸ BRASIL. Decreto 6.550, artigo 1º, incisos III e IV.

⁹⁹ BRASIL. Decreto 6.550, artigo 1º, inciso V.

desses dirigentes, de mandato e prazo certo. Para Bandeira de Mello esta garantia não pode ser entendida como capaz de ultrapassar o período de governo da autoridade que procedeu às nomeações, pois isto violaria prerrogativas constitucionais de seu sucessor.¹⁰⁰

Dentro das diretrizes gerais, a ANTAQ recebeu objetivos claros e delimitação objetiva da sua esfera de atuação que, igualmente, sofreu alterações pela Lei n. 11.518/2007, a qual criou a SEP.

Por sua vez, a redação utilizada na delimitação da esfera de atuação da ANTAQ não faz diferenciação entre portos marítimos e portos fluviais ou lacustres. Criada com a finalidade de disciplinar e controlar as atividades portuárias e do transporte aquaviário, a ANTAQ é classificada por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰¹ como reguladora de serviços públicos propriamente ditos e não como reguladora de atividade econômica.

Para alguns, seria a fragmentação das competências administrativas e decisórias do Estado¹⁰². Nesse quadro, ao referir-se às agências reguladoras em geral, Marcos Juruena Villela Souto afirma que:

São destinadas ao acompanhamento e intervenção em segmentos específicos, sob execução do setor privado, regulando a relação entre a oferta, com qualidade e preço acessível, e demanda. Não formulam políticas ou exercem o planejamento do setor regulado (embora colaborem com opiniões sobre metas e propostas do setor, tarefa também atribuída a conselhos consultivos, integrados por representantes indicados pelo Legislativo, pelo Executivo e por entidades representativas da sociedade)¹⁰³

Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que as autarquias com funções reguladoras não são novidade no Brasil, fazendo clara crítica à chamada Reforma Administrativa, que segundo o autor, serviu para dar sabor de

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2003, p. 156.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2003, p. 157.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 464.

¹⁰³ SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. **Direito Administrativo Regulatório**, p. 242.

novidade ao que é muito antigo, atribuindo-lhes, ademais, o suposto prestígio de ostentar uma terminologia norte-americana (“agência”)¹⁰⁴.

Assinala o Autor que as leis que criaram as Agências se propuseram a esclarecer o que significaria “regime especial” e, no caso da ANTAQ, a Lei Federal n. 10.233, no seu artigo 21, § 2º, estaria justificado que o regime autárquico especial é caracterizado pela “independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes”.

Ora, ‘independência administrativa’ ou ‘autonomia administrativa’, ‘autonomia financeira’, ‘autonomia funcional’ e ‘patrimonial’ e da ‘gestão de recursos humanos’ ou de quaisquer outros que lhes pertençam, ‘autonomia nas suas decisões técnicas’, ‘ausência de subordinação hierárquica’, são elementos intrínsecos à natureza de ‘toda e qualquer autarquia’, nada acrescentando ao que lhe é inerente.[...] o único ponto realmente peculiar em relação à generalidade¹⁰⁵.

Na estrutura portuária, além da ANTAQ, as administrações portuárias também são importantes por sua atuação no cumprimento das diretrizes da política nacional, considerando sua proximidade com a realidade vivida pelos usuários e administradores em cada porto.

1.2.5 Administração Portuária

Pode-se dizer que os portos e terminais portuários são elos do contexto do transporte de pessoas e bens entre os respectivos modais. É, indubitavelmente, fator de extrema influência no desenvolvimento econômico.

Em sua obra mais famosa, *A Riqueza das Nações*, publicada em 1776, em Edimburgo, Adam Smith¹⁰⁶ já abordava com notável clareza seu entendimento sobre a dimensão do mercado a ser atingida pela

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2003, p. 159.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 2003, p. 159.

¹⁰⁶ SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations**. Livro I, Capítulo III, Edimburgo: 1776. Disponível em: <www.adamsmith.org/smith/won-bl-c3.htm>. Acesso em: 9 abr. 2009.

divisão do trabalho, a qual representaria o ponto mais forte da economia numa sociedade capitalista, além de vislumbrar o transporte marítimo como o caminho mais adequado para o crescimento e o desenvolvimento econômico, considerando as grandes vantagens operacionais, o baixo custo e sua capacidade de alcance.

A visão contextual da importância do transporte marítimo tida por Smith já no Século XVIII continua atual. Assim considerando, sem dúvida, as administrações portuárias têm papel preponderante, com vistas à promoção das melhores condições operacionais à prestação de um serviço público de qualidade, agilidade, com infraestrutura compatível e preços adequados.

Na estrutura formal da Lei de Modernização dos Portos, é possível encontrar reunidos no Capítulo VI, sob o título “Administração do Porto Organizado”, três entes: Conselho de Autoridade Portuária (“CAP”), Administração do Porto Organizado (“APO”) e “Administração Aduaneira nos Portos Organizados” (“AAPO”), o que causa certa confusão.

O artigo 33 é taxativo ao estabelecer que “A Administração do Porto é exercida diretamente pela União ou pela entidade concessionária do porto organizado”. Não está aí incluído nem o CAP, que não é órgão da União e tampouco concessionário, nem o Ministério da Fazenda, responsável por cumprir e fazer cumprir, nas áreas alfandegadas dos portos organizados, toda a legislação aduaneira.

Da leitura do próprio artigo 3º da Lei Federal n. 8.630¹⁰⁷ vê-se que a Administração do Porto, ali denominada Autoridade Portuária, não se confunde com as Autoridades Aduaneira, Marítima, Sanitária, de Saúde ou de Polícia Marítima.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007, pela MP nº 320, de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006 e pela Lei nº 11.314 de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

O artigo 33 da mesma Lei¹⁰⁸ estabeleceu atribuições da Administração do Porto, sob coordenação das Autoridades Marítima¹⁰⁹ e Aduaneira¹¹⁰, nas questões do arrendamento e controle aduaneiro, autoridades essas que, assim como as demais nominadas na Lei dos Portos, intervêm de forma relevante nas atividades portuárias.

Entende-se como Administração Portuária, assim, a administração exercida pela União ou por concessionário do serviço público no porto organizado, sendo que tal administração observará as diretrizes estabelecidas pelo CAP, dentro de sua competência. Além disso, a entidade administradora deve seguir as diretrizes definidas pela Autoridade Aduaneira para o devido cumprimento das normas relativas ao controle aduaneiro de entrada e saída de pessoas, mercadorias ou bens do país e pela Autoridade Marítima, nas questões que demandam a sua coordenação e, bem assim, das normais gerais emanadas pelas demais autoridades intervenientes.

A Administração Portuária, na concepção jurídica da Lei de Modernização dos Portos é, portanto, a que administra o porto organizado, conforme seu artigo 3º. No Porto de Itajaí, a Administração Portuária está a cargo da Superintendência do Porto de Itajaí, uma autarquia do Município de Itajaí

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007, pela MP nº 320, de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006 e pela Lei nº 11.314 de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

¹⁰⁹ Cabe à Administração do Porto, sob a Coordenação: I – da autoridade marítima: a) estabelecer, manter e operar o balizamento do canal de acesso e da bacia de evolução do porto; b) delimitar as áreas de fundeadouro, de fundeio para carga e descarga, de inspeção sanitária e de polícia marítima, bem assim as destinadas a plataformas e demais embarcações especiais, navios de guerra e submarinos, navios em reparo ou aguardando atracação e navios com cargas inflamáveis ou explosivas; c) estabelecer e divulgar o calado máximo de operação dos navios, em função dos levantamentos batimétricos efetuados sob sua responsabilidade; d) estabelecer e divulgar o porte bruto máximo e as dimensões máximas dos navios que irão trafegar, em função das limitações e características físicas do cais do porto (artigo 33, § 5º, inciso I, a, b, c, d da Lei Federal n. 8.630).

¹¹⁰ Cabe à Administração do Porto, sob a Coordenação: II – da autoridade aduaneira: a) delimitar a área de alfandegamento do porto; b) organizar e sinalizar os fluxos de mercadorias, veículos, unidades de cargas e de pessoas, na área do porto (artigo 33, § 5º, inciso II, a, b da Lei Federal n. 8.630).

criada especialmente para fins de administração e exploração do referido Porto. Foi também ali instituído o Conselho de Autoridade Portuária (CAP), colegiado que é objeto da abordagem do tópico seguinte.

1.2.6 Conselho de Autoridade Portuária (CAP)

O Conselho de Autoridade Portuária é instituído em cada porto organizado ou no âmbito de cada concessão. Assim, em concessões que não estejam localizadas em porto organizado, também haverá um Conselho de Autoridade Portuária ('CAP'). Sua constituição se dá por representantes de diversos segmentos da comunidade portuária, aos quais a Lei se referiu como "Blocos", sendo que cada titular indicado (num total de 16) terá seu respectivo suplente. Os Blocos a que se refere a Lei Federal n. 8.630 constam no seu artigo 31¹¹¹.

Ainda que indicados pelos respectivos segmentos, a designação dos membros é feita, conforme a letra da Lei, pelo Ministério competente¹¹², e para um mandato de dois anos, podendo ser reconduzidos por igual ou iguais períodos.

Uma característica deste Conselho é a não remuneração de seus membros, sendo os serviços prestados pelo CAP considerados de relevante interesse público. O Conselho tem funções deliberativas, normativas e

111 (1) Bloco do poder público: um representante do Governo Federal, que será o Presidente do Conselho; um representante do Estado onde se localiza o porto; um representante dos Municípios onde se localiza o porto ou os portos organizados abrangidos pela concessão. Os membros são indicados pelo ministério competente, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais, respectivamente. (2) Bloco dos operadores portuários: um representante da Administração do Porto; um representante dos armadores; um representante dos titulares de instalações portuárias privadas localizadas dentro dos limites da área do porto; um representante dos demais operadores portuários. Neste Bloco os membros são indicados pelas entidades de classe das respectivas categorias profissionais e econômicas. (3) Bloco da classe dos trabalhadores portuários, sendo: dois representantes dos trabalhadores portuários avulsos; dois representantes dos demais trabalhadores portuários. Neste Bloco os membros são indicados pelas entidades de classe das respectivas categorias profissionais. (4) Bloco dos usuários dos serviços portuários e afins: dois representantes dos exportadores e importadores de mercadorias, estes indicados pela Associação de Comércio Exterior (AEB); dois representantes dos proprietários e consignatários de mercadorias; um representante dos terminais retroportuários, estes indicados pelas associações comerciais locais.

¹¹² Nesse caso encaminha-se à SEP – Secretaria Especial de Portos, já que os portos marítimos atualmente se subordinam à referida Secretaria e não mais ao Ministério dos Transportes.

homologatórias e suas posições são tomadas pelo valor eqüitativo dos votos de cada bloco, ou seja, cada bloco terá direito a um voto e o presidente do conselho terá voto de qualidade. As deliberações do conselho serão baixadas em ato do seu presidente. Sobre a importância da atuação do CAP, Osvaldo Agripino de Castro Júnior¹¹³ observa que:

Os conselheiros que integram o CAP possuem, para todos os efeitos legais, função pública honorária (LIMA Apud FREITAS, 2005, p. 14) e sofrem a mesma pressão da comunidade local e dos interesses regionais, embora atuem no mais importante instrumento de participação democrática e de desenvolvimento na atividade portuária, porque 'em síntese, no modelo da Lei 8.630, a principal autoridade responsável pela gestão dos portos é, sim, sem espaço para hesitação, o CAP' (FREITAS, 2005, p. 29).

No Porto de Itajaí, o CAP se reúne ordinariamente uma vez por mês, mas sempre que necessário, o CAP reúne-se extraordinariamente. É bem atuante, não obstante críticas que lhe são feitas¹¹⁴.

Breves considerações sobre a autoridade portuária são feitas no tópico seguinte.

1.2.7 Autoridade Portuária (AP)

Autoridade Portuária é a denominação da Administração Portuária, conforme se depreende da leitura do artigo 3º da Lei Federal n. 8.630.

A mesma definição traz a Resolução nº. 55¹¹⁵ da ANTAQ, ao estabelecer regras para o arrendamento de instalações portuárias, quando

¹¹³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A Descentralização da Atividade Portuária: Um debate necessário.** Disponível em: <www.advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/artigo_sobre_descentralizacao_da_atividade_portuaria__prof._osvaldo_agripino.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2009.

¹¹⁴ COLLYER, Wesley O. **Lei dos Portos: O Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência**, p. 123-153.

¹¹⁵ BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n. 55-ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002. Dispõe sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros. Alterada pela Resolução n. 126-ANTAQ, de 13 de outubro de 2003, pela Resolução n. 238-ANTAQ, de 30 de junho de 2004 e pela Resolução n. 265, de 5 de julho de 2004.

dispõe em seu artigo 2º que: “Para efeitos desta Norma, considera-se: I – Autoridade Portuária: a Administração do Porto Organizado”.

A Autoridade Portuária envolve-se com todos os assuntos do porto, mormente, com relação às outorgas sob sua fiscalização direta. E é sobre os tipos de outorgas que se trata no item seguinte.

1.2.8 Administração de Terminais Portuários (ATP)

Como Administração de Terminais Portuários (“ATP”) se entende as pessoas que estiverem na titularidade da administração desses terminais, sendo eles públicos ou privativos. Nesse contexto, para Surinam Nogueira:

A conceituação legal dada à área do porto organizado afastou as noções de hinterlândia e de zona de jurisdição do porto, vindo a delimitar o espaço físico no qual os serviços de natureza portuária devem ser prestados, de fato, ou seja, restringindo a área onde a concessionária exerce os poderes e deveres relativos à concessão. É a partir da fixação dessa área e paralelamente à atuação dos portos organizados que são delimitados os espaços destinados à iniciativa privada para a implantação e exploração de instalações portuárias, entre as quais os terminais portuários de uso público e privado, cujos regimes jurídicos são definidos de acordo com a sua localização, dentro ou fora da área do porto organizado. [...] na modalidade privada dos terminais é possível o uso das instalações com a finalidade exclusiva ou mista.¹¹⁶

Dentro do atual modelo de gestão de terminais portuários, pode-se dizer que os administradores dos Terminais Portuários podem ser os: (I) arrendatários, (II) autorizados de terminais privativos, independentemente de estarem ou não dentro do porto organizado.

Os Arrendatários são titulares da cessão onerosa de instalação portuária em local dentro da área do porto organizado. Submetem-se

Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/publicacao/0000000603.pdf>> Acesso em 30 out. 2008

¹¹⁶ SOUZA JÚNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação Portuária. A regulação Jurídica dos Serviços Públicos de Infraestrutura Portuária no Brasil**, 2008, p. 23-24.

às regras locais emanadas pelo Conselho de Autoridade Portuária e pela Autoridade Portuária, além das demais normas que recaem sobre instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros.

Os Autorizados são titulares de outorga concedida por ato unilateral e diretamente pela União. São pessoas jurídicas com capacidade para desempenhar por sua conta e risco a atividade objeto da outorga de exploração de terminal de uso privativo. Submetem-se às regras locais emanadas pelo Conselho de Autoridade Portuária e pela Autoridade Portuária, se localizados dentro da área do Porto Organizado.

Por estarem fora da área do Porto Organizado, a rigor não estariam sujeitos ao CAP e à Autoridade Portuária, desde que sua atividade não interfira operacionalmente na área do porto organizado. Obedecem às demais normas que recaem sobre instalações portuárias privativas.

1.2.9 Porto de Itajaí

Localiza-se na margem direita do Rio Itajaí-Açu e é especializado na movimentação de contêineres. Através de um Convênio de Delegação de n. 008/1997, entre a União, representada pelo Ministro dos Transportes e o Município de Itajaí, a Superintendência do Porto de Itajaí, então Administradora Hidroviária Docas Catarinense – ADHOC, autarquia municipal, assumiu a função de exploração e administração do Porto de Itajaí, pelo prazo de 25 anos, renováveis por mais 25 anos, após delegação provisória concedida em 1995.

Parte das instalações portuárias foi arrendada em 2001, através da Concorrência Pública n. 005/2001. A licitante vencedora assumiu os compromissos do arrendamento por 22 anos, dentre eles o de instituir uma Sociedade de Propósito Específico – SPE para a administração do arrendamento e o de expandir a área portuária em mais 54.000 m² com a construção de mais 250 metros de cais.

Essa expansão, a cargo da Arrendatária, sofreu seríssimos atrasos, considerando que a entrega das áreas do arrendamento não se deu em tempo razoável ao início e conclusão das obras de expansão.

A Arrendatária administra e opera a área arrendada, mas submete-se às determinações institucionais da Administração Portuária, a qual cumpre sua função administrativa no lugar da União, por força de um Convênio de Delegação de n. 008/1997, firmado entre a União, através do Ministério dos Transportes e o Município de Itajaí, Convênio este firmado por 25 (vinte e cinco) anos, renováveis por mais 25 (vinte e cinco) anos.

A empresa Arrendatária também opera na área do Porto Público na qualidade de Operadora Portuária, por força de cláusula do Contrato de Arrendamento e, na mesma condição de outros operadores portuários, submete-se às regras e determinações da Administração do Porto.

Em novembro de 2008, na iminência da conclusão da parte principal do novo berço de atracação, Itajaí e toda a região foram atingidas pelos efeitos de fortes e intensas chuvas, que culminaram num aumento nunca registrado da correnteza do Rio Itajaí-Açu, bem como, no desmoronamento de quatrocentos metros de cais do Porto de Itajaí, além da perda de estrutura de armazém e pátio. O Rio Itajaí-Açu assoreou drasticamente.

Com recursos do Governo Federal, a SEP – Secretaria Especial de Portos contratou diretamente a dragagem emergencial para a reposição da profundidade do Rio Itajaí-Açu no patamar de -11,3 (menos onze vírgula três) metros (ou – 11,3 DHN), bem como, para a reconstrução do cais e pátio danificados. A dragagem não alcançou o resultado esperado até o momento. A obra de reconstrução está paralisada desde junho de 2009 por discussões sobre o projeto.

De acordo com a administração do Porto de Itajaí:

O Porto de Itajaí passou a ser considerado 'porto organizado' em 28 de junho de 1966, quando foi instalada a Junta Administrativa do Porto de Itajaí, subordinada ao Departamento Nacional de Porto e Vias Navegáveis. Em 1976, com a criação da Empresa de

Portos do Brasil S.A. - PORTOBRÁS, o gerenciamento do terminal itajaense passou a ser exercido pela Administração do Porto de Itajaí, diretamente vinculada àquela estatal. A partir desse período verificou-se um crescimento acentuado da sua movimentação e, com a melhoria na sua organização administrativa, a Administração do Porto passou a ser um órgão respeitado pela comunidade portuária. Com a Lei n. 8.029, de 1990, a Portobrás foi extinta, e após [...] a Administração do Porto de Itajaí passou a ser subordinada à Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP, situação que perdurou até 1º de junho de 1995, quando o Ministério dos Transportes descentralizou a gestão do porto ao Município de Itajaí, através da Administradora Hidroviária Docas Catarinense. Em dezembro de 1997, o Porto de Itajaí foi delegado ao município pelo prazo de 25 anos. Passou a ser chamado de Superintendência do Porto de Itajaí em 6 de junho de 2000, através da Lei Municipal n. 3.513.¹¹⁷

1.2.10 Autoridade Marítima

A Autoridade Marítima é representada pelo Órgão da Marinha com jurisdição sobre o local onde se situa o porto ou instalação portuária e é responsável por coordenar atribuições da Administração do Porto, conforme se verifica no artigo 33 da Lei Federal n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.

As incumbências da Administração do Porto coordenadas pela Autoridade Marítima são as relativas ao estabelecimento, manutenção e operação do balizamento do canal de acesso e da bacia de evolução do porto, e as relativas à delimitação das áreas de fundeadoiro, de fundeio para carga e descarga, de inspeção sanitária e de polícia marítima, bem assim daquelas destinadas a plataformas e demais embarcações especiais, navios de guerra e submarinos, navios em reparo ou aguardando atracação e navios com cargas inflamáveis ou explosivas.

¹¹⁷ SUPERINTENDÊNCIA DO PORTO DE ITAJAÍ. História. Disponível em:<www.portoitajai.com.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

Além disso, a Autoridade Marítima homologa o calado máximo de operação dos navios, em função dos levantamentos batimétricos efetuados sob sua responsabilidade, o estabelecimento e divulgação do porte bruto máximo e as dimensões máximas dos navios que irão trafegar, em função das limitações e características físicas do cais do porto.

Ainda, segundo a Lei Federal n. 8.630, a Autoridade Marítima é responsável pela segurança do tráfego de navios e embarcações na área do porto e pode intervir para assegurar ou garantir aos navios da Marinha do Brasil a prioridade para atracação.

Sobre a Autoridade Marítima brasileira, Osvaldo Agripino de Castro Júnior¹¹⁸ ensina:

A Diretoria de Portos e Costas (DPC), órgão da administração pública federal direta, também chamada de Autoridade Marítima Brasileira, é uma das mais relevantes entidades governamentais que atuam na atividade marítima. Dirigida por um Vice-Almirante, a DPC é uma divisão administrativa do Comando da Marinha, subordinada à Diretoria Geral de Navegação que, por sua vez, subordina-se ao Comandante da Marinha, que faz parte do Ministério da Defesa.

Portanto, a Autoridade Marítima desempenha relevante papel na estrutura portuária, vez que sua atividade está intimamente ligada à questão da navegabilidade e segurança da navegação e do acesso principal aos portos e terminais portuários.

1.3 OUTORGAS

Diferenciar os tipos de outorgas da atividade portuária é uma questão importante no tratamento do tema das outorgas de autorização de terminais privativos de uso misto e dos reflexos nas outorgas de arrendamentos portuários.

¹¹⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito Marítimo: Aspectos Introdutórios. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (org.). **Direito Marítimo Made in Brasil**. São Paulo: Lex, 2007, p. 77.

De tal forma, fez-se necessário tecer alguns comentários pontuais sobre tais outorgas, conforme o item que segue.

1.3.1 Concessão, Arrendamento, Permissão e Autorização

Considerando a impossibilidade de o Estado realizar diretamente todos os serviços¹¹⁹, idealizaram-se as delegações. Concessão (incluindo o arrendamento portuário), permissão e autorização em matéria portuária são outorgas feitas pela União.

A Lei Federal n. 8.987¹²⁰ estabelece que as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, pela própria Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Deste dispositivo legal, é possível extrair que as concessões se dão sobre serviços públicos e de obras públicas. Já a permissão é possível com relação ao serviço público apenas. Pelo Decreto Federal n. 6.620, as concessões serão feitas na outorga de porto organizado; já os arrendamentos são instrumentos de outorga de parte das instalações portuárias desses portos.

Os termos do artigo 175 da Constituição Federal regerão as referidas outorgas, assim como o disposto na própria Lei Federal n. 8.987 e nos indispensáveis contratos. Depreende-se, pois, que não é possível a outorga de serviços públicos ou obras públicas, nem mesmo de permissões de serviços, sem que haja a formalização de um contrato administrativo.

Pela aplicação do artigo 175 da Constituição Federal, sempre haverá licitação para concessões ou permissões e a lei ordinária disporá sobre o regime das empresas concessionárias ou permissionárias e as condições contratuais de especialidade, prorrogação, caducidade, fiscalização e rescisão,

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica - Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

¹²⁰ BRASIL. Lei n. 8.987, art. 1º.

sobre os direitos dos usuários, bem como sobre a política tarifária que será aplicada em cada caso e a obrigação de manter um serviço adequado.

Em seu artigo 2º, inciso II, a Lei Federal n. 8.987 dispõe que concessão de serviço público é 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.

Já no inciso III do mesmo artigo, a Lei define a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública como a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.

São as primeiras conceituações legislativas sobre concessão de serviço público¹²¹. Por sua vez, alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o vocábulo “concessão” pode ter diversos objetos:

Como a delegação da execução de serviço público ao particular (concessão de serviço público, agora, também sob a forma de concessão patrocinada), a delegação de execução de obra pública (concessão de obra pública), a utilização de bem público por particular, com ou sem possibilidade de exploração comercial (concessão de uso, concessão de direito real de uso, concessão de uso para fins de moradia, concessão para exploração de minas e jazidas), concessão para prestação de serviços à

¹²¹ Serviço público, para Toshio Mukai, é uma atividade que, por sua essencialidade para a comunidade, deve ser exercitado, em princípio e por natureza, pelo Estado, e não pelos particulares destituídos da denominada *puissance publique*; mas, quando for possível ao particular gerir um serviço público material, veja-se nisso uma exceção à regra; o fato de um particular explorar uma atividade essencial, quando tal for possível, não desnatura seu valor que, não obstante, continua a conter um interesse público” (MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo e empresas do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 158, *in* MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 3)

Administração, acompanhada ou não da execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (concessão administrativa).¹²²

O instituto possui duas categorias: a concessão translativa e a concessão constitutiva. A primeira se constitui na passagem de um bem ou direito do Estado ao concessionário. A concessão constitutiva é quando o Estado, que detém um poder mais amplo, constitui em favor do concessionário um poder menos amplo, como no caso do uso de bens públicos.

Marçal Justen Filho afirma que grande parte da formulação verbal do referido artigo 2º da Lei Federal n. 8.987 deve ser desconsiderada para utilização como conceito do tipo por falta de função descritiva e por ser claramente prescritiva¹²³.

O autor salienta que a necessidade de licitação, por exemplo, para a concessão de serviço público, não é elemento constitutivo da identidade da concessão, ou seja, não é concessão porque se daria mediante licitação, mas, considerando o instituto da concessão aplicável a determinado caso é que esta transferência precária se dá mediante licitação. Da mesma forma, a exigência de aptidão e idoneidade do concessionário não é atribuição integrante da definição da concessão¹²⁴.

Muitos autores entendem haver dificuldade no exaurimento dentro de um conceito único para o instituto da concessão. Marçal Justen Filho alerta para a nocividade do costumeiro pleito para a simplificação dos institutos e para sua inserção em grandes categorias lógico-abstratas, ainda que se ignore a realidade ou a complexidade do mundo real e, por isso mesmo, entende que há conceitos de concessão atendendo a cada caso específico¹²⁵.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. São Paulo, Dialética, 2003, p. 54.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**, p. 54-55.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**, p. 96.

Assim, conceitua a “concessão comum de serviço público”
como:

[...] um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento¹²⁶.

Considerando a diferenciação do objeto a ser concedido entre a concessão de serviço público e a concessão de uso de bem público, não haveria como reunir a concessão num mesmo conceito. Para o Autor:

[...] a concessão de um serviço público consiste na delegação temporária da prestação de serviço público a um particular, que passa a atuar por conta e risco próprios.[...] Já a concessão de uso de bem público consiste na atribuição temporária a um particular do direito de uso e fruição exclusivos de certos bens públicos¹²⁷.

Acrescenta Marçal Justen Filho que:

[...] a grande diferença entre concessão de serviço e concessão de uso reside na posição jurídica do concessionário. Em um caso, o concessionário desempenha a função pública e assume encargos próprios e típicos do Estado. Já na hipótese de concessão de uso, o particular não prossegue nenhum interesse público específico e definido, nada impedindo que lhe seja facultado valer-se do bem para satisfação exclusiva e privativa de seus interesses egoísticos. E conclui: Logo, os deveres impostos ao concessionário de serviço público são extremamente mais sérios e graves do que aqueles que recaem sobre o concessionário de uso¹²⁸.

O instituto da concessão não transforma o serviço público em privado e, tampouco, altera o regime jurídico que recai sobre a prestação do serviço público.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 2009, p. 623-624.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**, p. 105.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**, p. 106.

Conforme dispõe o artigo 4º, I, da Lei Federal referida, é assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária que esteja dentro do porto organizado. Para isso, deverá ser firmado contrato de arrendamento, celebrado com a União, no caso de exploração direta, ou com sua concessionária. Ressalte-se que para a formalização do contrato é indispensável a licitação.

A Resolução nº 055/ANTAQ, de 16 de Dezembro de 2002¹²⁹, define que a licitação para o arrendamento de áreas e instalações portuárias obedecerá ao procedimento estabelecido na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e terá Comissão Especial de Licitação designada pela Autoridade Portuária para ser processada e julgada.

O artigo 19 da mesma Resolução estabelece que o contrato de arrendamento de áreas e instalações portuárias constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, as disposições do direito privado.

A norma dispõe ainda que o regime jurídico do contrato administrativo de arrendamento confere à Autoridade Portuária a prerrogativa de alterá-lo unilateralmente e, bem assim, de modificar a prestação dos serviços para melhor adequá-los às finalidades de interesse público (artigo 20). Para tanto, devem ser respeitados os direitos da arrendatária, inclusive com relação às indenizações devidas, cuja apuração se dará através de processo administrativo regular.

O Decreto Federal n. 4.391¹³⁰ não trouxe a definição de arrendamento, tampouco a trouxe a Resolução nº 55/ANTAQ, o que foi feito pelo

¹²⁹ BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n.º 055/ANTAQ, art. 11.

¹³⁰ BRASIL. Decreto n. 4.391, de 26 de setembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União em 27 de setembro de 2002. Dispõe sobre o arrendamento de áreas e instalações portuárias de que trata a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, cria o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias, estabelece a competência para a realização dos certames licitatórios e a celebração dos contratos de arrendamento respectivos no âmbito do porto organizado, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/2002/D4391.htm> Acesso em: 30 out. 2008.

Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008. Conforme artigo 2º, VI, para o recente Decreto, Arrendamento é a cessão onerosa de instalação portuária dentro da área do porto organizado.

Acertadas são as ponderações de Alexandre Santos de Aragão, em parecer contratado pela ABRATEC – Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público, juntado com a petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (“ADPF”) nº 139¹³¹, interposta no Supremo Tribunal Federal (“STF”), quando observa que :

O arrendamento previsto na Lei dos Portos não é o arrendamento comum, tradicionalmente entendido como ‘locação de Direito Público’, cuja ênfase recai no uso e na exploração do bem público arrendado. Aqui, a ênfase está na prestação de determinada atividade ao público, e não, necessariamente, no uso do bem público, ainda que a prestação se dê através deles. Em outras palavras, na hipótese em análise, o uso e a exploração do bem são instrumentais à delegação da gestão dos terminais portuários. Muito além de simples locação de bem público, os contratos de arrendamento portuário encerram várias cláusulas relativas à prestação de um serviço ao público, equivalentes àquelas que, classicamente, caracterizam os contratos de concessão de serviço público.

A natureza dos direitos e, em especial, dos deveres, previstos na Lei dos Portos como obrigatórios aos contratos de arrendamento, permite-nos afirmar sua caracterização como modalidade de concessão de serviço público, aplicando-se-lhes, de modo subsidiário, e naquilo que não contrarie as específicas da Lei dos Portos e Lei da ANTAQ, a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos – Lei nº 8.987/95 – e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666/93.

A mesma Lei Federal n. 8.987 descreve o que considera Permissão de Serviço Público. Colhe-se do seu artigo 2º, inciso IV, que permissão de serviço público é a delegação, a título precário, mediante licitação, da

¹³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Necessidade de Preponderância de Carga Própria nos Terminais Portuários Privativos de Uso Misto**. Parecer concedido à ABRATEC – Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 139, fl. 154 dos autos. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=334635#PETI%C3%87%C3%830%20INICIAL>>. Acesso em: 20 mar. 2009.

prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

O disposto na Lei Federal n. 8.987 acerca da permissão do serviço público repete sobre a necessidade de Licitação para tal outorga, em estrita obediência ao contido no artigo 175 da Constituição Federal.

Diferentemente da concessão, a permissão pode ser outorgada a pessoa física ou jurídica (na concessão, somente a pessoa jurídica ou consórcio de empresas). Refere-se, como dito, à prestação de serviços públicos.

Segundo Toshio Mukai, ao citar Hely Lopes Meirelles:

[...] a permissão mais comum, perante a doutrina, é aquela em que 'a Administração estabelece os requisitos para a sua prestação (do serviço público) ao público e, 'por ato unilateral' (termo de permissão), comete a execução aos particulares que demonstrarem capacidade para o seu desempenho¹³².

Hely Lopes Meirelles¹³³ ensina que:

O serviço permitido é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, mas sempre nas condições e com os requisitos preestabelecidos pela Administração permitente, que o controla em toda sua execução, podendo nele intervir quando prestado inadequadamente aos usuários. O início e o fim da intervenção devem ser precedidos dos respectivos termos circunstanciados.

A 'permissão', por sua natureza precária, presta-se à execução de serviços ou atividades transitórias, ou mesmo permanentes, mas que exijam freqüentemente modificações para acompanhar a evolução da técnica ou as variações do interesse público, tais como o transporte coletivo, o abastecimento da população e demais atividades cometidas a particulares, mas dependentes do controle estatal.

¹³² MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 491.

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 383.

O artigo 40 da Lei n. 8.987 dispõe que a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta mesma Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Mesmo salientado pelo artigo 1º da Lei Federal n. 8.987 que os contratos são indispensáveis, a formalização da permissão se dará por 'contrato de adesão'. Não por isso haverá menor garantia ao permissionário. Com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, sempre deverá ser observada a garantia dos interesses privados, e há casos em que a permissão de serviço público se dará por ato administrativo unilateral.

A inexigibilidade de investimentos pelo permissionário é aspecto fundamental para a caracterização da permissão. Havendo esse dever, o investimento não deverá necessitar de prazo de amortização. Isso permite a extinção da permissão a qualquer tempo, sem que haja necessidade de indenizar o particular¹³⁴.

Sobre a definição da Lei Federal n. 8.987, em seu artigo 2º, IV, Marçal Justen Filho¹³⁵ prefere afirmar que "permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimento amortizáveis em prazo mínimo de tempo".

Para instalações portuárias localizadas fora do porto organizado, a Lei Federal n. 8.630 estabelece que ao interessado é assegurado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo de Autorização da ANTAQ, quando se tratar 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.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 685-686.

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, p. 685.

A própria Lei n. 8.630, em seu artigo 6º, define a Autorização para tais fins, e a considera tal como a delegação, como ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. Note-se que esta outorga é feita somente pela União e não por concessionário, como é o caso, por exemplo, do arrendamento.

Por sua vez, o Decreto Federal n. 6.620, em seu artigo 2º, inciso VI, também insere a definição de Autorização como a outorga, por ato unilateral, de exploração de terminal de uso privativo, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

As Autorizações referem-se às outorgas de uso e exploração das instalações portuárias de uso privativo. Estas instalações portuárias destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias, conforme o artigo 35 do Decreto: I - movimentação de carga própria¹³⁶, em terminal portuário de uso exclusivo; II - movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros¹³⁷, em terminal portuário de uso misto; III - movimentação de passageiros, em instalação portuária de turismo¹³⁸; e IV - Estação de Transbordo de Cargas¹³⁹.

Dentre os institutos ora tratados, a pesquisa limita-se às outorgas sobre as quais há relevante discussão atualmente: arrendamento de instalações portuárias e autorização para terminais privativos de uso misto.

¹³⁶ BRASIL. Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008, cit. Artigo 2º, IX - Carga Própria - aquela pertencente ao autorizado, à sua controladora ou à sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária.

¹³⁷ BRASIL. Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008. cit. Artigo 2º, X - Carga de Terceiros - aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária.

¹³⁸ BRASIL. Lei n. 8.630, artigo 4º, § 2º, II, c), incluído pela Lei Federal nº 11.314 de 3 de julho de 2006.

¹³⁹ BRASIL. Lei n. 8.630, artigo 4º, § 2º, II, d), incluído pela Lei Federal 11.518 de 5 de setembro de 2007.

Não obstante, aborda-se pontualmente a delegação direta aos Estados e Municípios, considerando que em tais casos, estes entes fazem as vezes da União na condição de delegante (nas outorgas de arrendamento, por exemplo).

1.3.2 Delegação da Atividade Portuária aos Estados e Municípios

A Lei Federal n. 9.277¹⁴⁰, de 10 de maio de 1996, autoriza a União a delegar aos Municípios, aos Estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. Por esta Lei, conforme disposto no seu artigo 1º, a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, foi autorizada a delegar, pelo prazo de até vinte e cinco anos, prorrogáveis por até mais vinte e cinco anos, aos municípios, aos estados da Federação ou ao Distrito Federal, ou a consórcio entre eles, a administração de rodovias e a exploração de trechos de rodovias, ou obras rodoviárias federais, bem como, foi autorizada a delegar a exploração de portos sob sua responsabilidade ou sob a responsabilidade das empresas por ela direta ou indiretamente controladas.

E foi através do Decreto n. 2.184/97¹⁴¹, de 24 de março de 1997, que regulamenta o art. 2º da Lei n. 9.277, que ficou estabelecido que a União, por intermédio do Ministério dos Transportes, poderia delegar aos Municípios ou Estados da Federação, mediante convênio, a exploração de portos situados nos territórios respectivos que se encontrem em operação sob sua responsabilidade ou de entidades federais, nos termos do Decreto.

Conforme o artigo 2º da Lei n. 9.277¹⁴², a autorização de delegação aos Municípios ou aos Estados se refere à exploração dos portos que:

¹⁴⁰ BRASIL, Lei n. 9.277, de 10 de maio de 1996, publicada no Diário Oficial da União de 13 de maio de 1996. Texto integral em STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário**. São Paulo: LTr, 2002, p. 297.

¹⁴¹ STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário**, p. 310.

¹⁴² BRASIL. Lei nº 9.277 de 10 de maio de 1996, publicada no Diário Oficial da União de 13 de maio de 1996. Autoriza a União a delegar aos municípios, aos estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9277.htm>. Acesso em: 30 out. 2008.

I – estejam subordinados a empresas federais; II – sejam instalações portuárias rudimentares; III – já estejam delegados ou concedidos a Estados e Municípios.

O Decreto n. 2.184/97 estabeleceu, em seu artigo 4º, a obrigação ao delegatário de desempenhar exclusivamente as atribuições de autoridade portuária, devendo constituir entidade de administração indireta, estadual ou municipal, específica para esta finalidade. Em decorrência disso, várias delegações se mantiveram e outras foram outorgadas, continuando o serviço público a ser gerido por entidade pública, por isso, sem necessidade de promover processo licitatório.

Aos delegatários foi incumbida a tarefa de promover os arrendamentos de áreas e instalações portuárias como forma de possibilitar a expansão portuária, tanto quanto à ampliação de área de armazenagem como quanto à disponibilização de equipamentos compatíveis com a demanda.

Toda a relação jurídica que se estabelece no desenvolvimento da atividade portuária é concebida tendo como premissas alguns princípios que dão sustentação ao sistema e segurança jurídica.

Assim sendo, o tópico seguinte pontua alguns dos princípios aplicáveis no tratamento da questão das outorgas de autorização e os reflexos de tais outorgas nos contratos de arrendamento portuário.

1.4 PRINCÍPIOS

Para Diógenes Gasparini¹⁴³ “constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem validade.” Assevera o Autor que:

Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre

¹⁴³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6-7.

diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão.¹⁴⁴

Lênio Luiz Streck¹⁴⁵, por sua vez, diz que não há conceito definido para os princípios gerais do direito. Diz que para alguns doutrinadores os princípios corresponderiam a normas de direito natural, verdades jurídicas universais e imutáveis, inspiradas no sentido de equidade.

O Autor cita Paulo de Barros Carvalho, para quem os princípios gerais do direito:

[...] são máximas que se alojam na Constituição ou que se despregam das regras do ordenamento positivo, derramando-se por todo ele. Conhecê-las é pressuposto indeclinável para a compreensão de qualquer subdomínio normativo¹⁴⁶.

Na seara do setor portuário, especialmente na questão das outorgas de arrendamento e autorização, é imprescindível que os princípios sejam observados e integrem a convicção dos agentes na prática dos atos administrativos de regulação para que possa ser fortalecida a segurança jurídica do setor, garantindo estabilidade aos investidores privados e aos próprios administrados, usuários deste serviço público.

1.4.1 Segurança Jurídica

Conforme ensina Osvaldo Agripino de Castro Júnior:

A segurança jurídica constitui a garantia de que as normas e as regras que regulamentam o conjunto de atividades em determinado Estado serão cumpridas pelos agentes do Estado e entes privados que atuam nos seus limites. O Estado deve instituir órgãos especiais para a criação e implementação das referidas regras, pois é através delas que o Estado regula as relações entre

¹⁴⁴ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, p. 6-7.

¹⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 108.

¹⁴⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1985 in STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**, p. 108.

as pessoas que dele fazem parte e, através dos tratados, com as de outros Estados. [...] Esse elemento fundamental está vinculado ao Estado de Direito e garante a iniciativa empresarial, estimulando os investimentos públicos e privados na economia.¹⁴⁷.

O artigo 2º da Lei Federal n. 9.784¹⁴⁸ impôs, entre os critérios de observância obrigatória, o de interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.

Tal dispositivo não é senão a garantia à segurança jurídica, considerando a constância com que se alteram as interpretações das normas jurídicas que tenham tido efeito sobre determinada situação já consolidada.

Há, então, a vedação de aplicação retroativa da norma para evitar incertezas sobre situações individuais já consolidadas decorrentes de eventual alteração posterior de interpretação de uma mesma norma aplicada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴⁹ assevera que:

[...] 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 da orientação anterior.

Esse princípio não impede que a Administração Pública possa rever atos praticados sem observância da lei, já que não é nesse aspecto que o princípio da segurança jurídica é aplicável. De outro prisma, não é possível que a Administração Pública, agindo de modo uniforme quanto a casos idênticos, possa vir posteriormente a anulá-los ao argumento de que houve equívoco na interpretação da norma.

¹⁴⁷ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento**, p. 45-46.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Publicada no Diário Oficial da União em 1º de fevereiro de 1999 e retificada no Diário Oficial da União em 11 de março de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 30 out.2008.

¹⁴⁹ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 84.

Se o administrado foi beneficiado com o ato da Administração, ainda que a interpretação da norma com relação à mesma situação venha a ser alterada posteriormente, o administrado que já teve decisão a respeito da sua situação deverá ser preservado em nome do princípio da segurança jurídica.

Pondera com acerto Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁰ que:

[...] se a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.

Com relação à segurança jurídica, Osvaldo Agripino de Castro Júnior¹⁵¹ assevera a importância da melhoria do ambiente institucional brasileiro onde atuam os operadores do comércio exterior, a fim de proporcionar a segurança jurídica ao setor e com vistas ao avanço do desenvolvimento econômico e social e à contribuição necessária da própria sociedade nas discussões e debates sobre o tema. Ademais, acrescenta:

A melhoria do ambiente institucional que regula o comércio internacional brasileiro, especialmente o que lhe proporciona maior segurança jurídica, colaborando para o desenvolvimento nacional, depende de profundo estudo teórico, uso do mesmo em atividade prática e interpretação e análise de cada caso concreto¹⁵².

1.4.2 Legalidade

Trata-se de um princípio expresso na Constituição Federal. É aplicável à Administração Pública com rigor e especialmente, considerando que a esta é permitido fazer o que estiver autorizado expressamente por lei e demais

¹⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 84.

¹⁵¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e no Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 40.

¹⁵² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e no Brasil**, p. 40.

normas, diverso do que ocorre na esfera privada, onde se permite a realização de tudo o que não é vedado pela lei. De acordo com Alexandre de Moraes:

Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de 'executor' do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica¹⁵³.

Entende Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁴ que "este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo." Colhe-se de sua lição que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado está para a essência de qualquer Estado como o princípio da legalidade está para o Estado de Direito. Para o autor:

É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. [...] Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis¹⁵⁵.

Adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁶ que, em decorrência do princípio da legalidade, tanto no âmbito da Administração Pública quanto nas relações privadas, onde o aplicável é o princípio da autonomia da vontade, a Administração Pública não tem o poder de conceder direitos ou criar obrigações, ou mesmo impor quaisquer restrições ou vedações aos administrados através de simples ato administrativo, sem lei que o ampare.

¹⁵³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 324.

¹⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 99-100.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 100-101.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 64.

1.4.3 Discricionariedade

Na clara exposição de Diógenes Gasparini,¹⁵⁷ a discricionariedade existe no exercício da competência e não nos atos administrativos. O ato é discricionário quando:

[...] praticado pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha se faz por critérios de 'conveniência' e 'oportunidade', ou seja, 'de mérito'. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. [...] O ato administrativo discricionário, portanto, além de conveniente, deve ser oportuno. A oportunidade diz respeito com o momento da prática do ato. [...] A oportunidade e a conveniência do ato administrativo compõem o binômio chamado pela doutrina de 'mérito'. Mérito é a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público.

Adverte Gasparini que “o ato discricionário é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário, desde que esse exame esteja restrito aos aspectos da legalidade”, não se limitando ao mérito da decisão tomada, ao Poder da conveniência e oportunidade que são próprios da Administração e não do Judiciário¹⁵⁸.

Acerca do tema e com relação às Agências Reguladoras, Marçal Justen Filho¹⁵⁹ expõe:

Insista-se que o ato produzido pela agência, ainda quando apto a produzir efeitos abstratos e gerais, continua a se qualificar como ato administrativo. Trata-se de uma 'manifestação de discricionariedade', que demanda exame e qualificação pelo Judiciário segundo os princípios gerais vigentes. Isso significa que o exercício de competências vinculadas comporta ampla

¹⁵⁷ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, p. 96-99.

¹⁵⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, p. 98-99.

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 590.

investigação pelo Judiciário. Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade.

Assim, o princípio da discricionariedade é o que rege o ato administrativo quando este ato deve ser praticado sob o impulso da conveniência e oportunidade, sempre com observância das disposições da lei.

1.4.4 Finalidade

Com esteio no interesse público, esse princípio vincula os atos da Administração Pública. Ou seja, os atos não podem se afastar da finalidade de alcançar o interesse público. Se se afasta, caracteriza-se o desvio de finalidade. De acordo com Diógenes Gasparini:

O desvio de finalidade pode ser genérico ou específico. Diz-se genérico quando o ato simplesmente deixa de atender ao interesse público, como ocorre na edição de atos preordenados a satisfazer interesses privados[...]. Diz-se específico quando o ato desatende à finalidade indicada na lei. [...] Resta saber o que é interesse público. Este é o que se refere a toda a sociedade. É o interesse de todo social, da comunidade considerada por inteiro.¹⁶⁰

Não há ato administrativo desinformado de um fim público a sustentá-lo. O ato administrativo desinformado de um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado é nulo por desvio de finalidade. [...] Ademais, não pode o agente público praticar um ato visando o fim inerente a outro, mesmo que ambos sejam de sua competência e abriguem um interesse público. O ato administrativo que inobserva essa exigência é nulo por desvio de finalidade¹⁶¹.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello,

[...] quem desatende ao fim legal desatende a própria lei. [...] é na finalidade da lei que reside o critério norteador de sua correta

¹⁶⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, p. 15.

¹⁶¹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, p. 63.

aplicação, pois é em nome de um dado objetivo que se confere a competência aos Agentes da Administração¹⁶².

1.4.5 Motivação

O princípio da motivação implica à Administração Pública o dever de indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Tal princípio está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, e segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, está vencida a discussão doutrinária sobre o alcance somente a atos vinculados ou a atos vinculados “e” discricionário. O fato é que a motivação é elemento indispensável e, em certos atos, é instrumento para o próprio controle da legalidade do ato¹⁶³.

A motivação pode compor o próprio ato. Porém, algumas vezes a motivação é feita até por órgão diverso daquele que praticou o ato. É o caso de pareceres, laudos, relatórios, informações, inspeções etc. Ainda assim, eles são considerados parte dos atos por se traduzirem na sua motivação.

1.4.6 Razoabilidade

Constata-se que a lei impõe à Administração Pública a incumbência de tomar providências em relação a uma diversidade de situações a serem enfrentadas no encargo administrativo público. Para tanto, confere-lhe a prerrogativa de atuação com ‘certo grau de liberdade’, com discricção. Assim, não libera o administrador público do dever de atuação dentro dos parâmetros razoavelmente aceitos para tomar a providência mais adequada a cada caso.

Com esse princípio:

[...] a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administraivo**, p. 106.

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 80-81.

respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida¹⁶⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁶⁵ assevera que o princípio da razoabilidade contém o princípio da proporcionalidade; ou seja, este é um dos aspectos contidos por aquele: “[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar”.

1.4.7 Proporcionalidade

Adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro que os critérios pessoais do administrador não podem balizá-lo na adoção do princípio da proporcionalidade em seus atos, devendo adotá-lo “segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto”¹⁶⁶.

Ao comentar a alteração do perfil das normas, de imperativas para um perfil de instrumentalização das normas de Direito Público, Alexandre Santos de Aragão¹⁶⁷ afirma que:

[...] a desmistificação da lei e a mudança do seu *‘modus operandi’* estão entre as principais consequências da instrumentalização da regulação pelos princípios e finalidades públicas. As leis deixaram de expressar verdades universais, para passar a ser instrumentos da realização de políticas finalísticas.

O Autor dá o exemplo do artigo 3º, inciso VIII, da Lei Federal 9.427, que confere poderes normativos à ANEEL, afirmando que esse comando “é a expressão do Princípio da Proporcionalidade em seu elemento de adequação

¹⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 109.

¹⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 79.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 79-80.

¹⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 90.

dos meios aos fins, pelo qual aqueles serão válidos apenas se forem aptos a realizar os objetivos para os quais foram criados”¹⁶⁸.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶⁹, esse princípio dá a noção de que:

[...] as competências administrativas somente podem ser ‘validamente’ exercidas na ‘extensão e intensidade’ correspondentes ao que seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

Daí que os atos ficariam ‘maculados de ilegitimidade’ caso ultrapassassem o necessário para o alcance do objetivo para o qual foi necessário o uso da competência, por desbordarem o âmbito da competência.

Ademais, acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello que é possível confundir o princípio da proporcionalidade com o da razoabilidade, mas que o princípio da proporcionalidade não é nada mais do que uma faceta do princípio da razoabilidade. Assim, tal princípio é um componente indispensável para que se identifiquem quaisquer vícios capazes de se traduzir em desproporcionalidade do ato, possibilitando a revisão do ato e respectiva correção, com fulcro no fundamento da proporcionalidade que, realmente, merece ser destacado do princípio da razoabilidade¹⁷⁰.

A origem de ambos os princípios é a mesma, porém, a sua individualização destaca o conteúdo substancial do ato administrativo e torna possível a sua avaliação dentro da finalidade da lei e da norma constitucional. Para alguns autores¹⁷¹, a proporcionalidade se traduziria na contenção da arbitrariedade no exercício da competência.

¹⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 91.

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p.110.

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 111.

¹⁷¹ Neste sentido: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 192.

1.4.8 Supremacia do Interesse público

A supremacia do interesse público é princípio dos mais consagrados no Direito Administrativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente à qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência [...] é um pressuposto lógico do convívio social. O princípio cogitado, evidentemente, tem, de direito, apenas a 'extensão e compostura' que a ordem jurídica lhe houver atribuído na Constituição e nas leis com ela consonantes. Donde, jamais caberia invocá-lo abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele 'contra a Constituição ou as leis'¹⁷².

Adverte o Autor que:

[...] as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de 'poderes', '*sic et simpliciter*'. Na verdade, o que nela se encontram são 'deveres-poderes'¹⁷³.

Por tal princípio, a Administração, que representa o interesse público, pode praticar atos unilaterais e obrigar, com esses, os terceiros a quem se dirigir ou que por estes forem atingidos. Tais atos são imperativos e revestidos de exigibilidade, compelindo o destinatário da norma a cumpri-los ou acatá-los.

Em muitas situações, o ato será auto-executável pela própria Administração Pública. É a auto-executoriedade dos atos administrativos. Nesse contexto, em nome do princípio da supremacia do interesse público é conferida à Administração Pública, pelo princípio da autotutela, a possibilidade de rever seus atos, revogá-los em caso de inconvenientes e inoportunos, anulá-los ou convalidá-los se inválidos.

Celso Antônio Bandeira de Mello enfatiza que:

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 96-97.

¹⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 97.

[...] a atividade administrativa é desempenho de ‘função’. [...] É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. Onde há função, pelo contrário, não há autonomia de vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷⁴ pondera que o também chamado princípio da finalidade pública serve de fundamento para todo o direito público e, também, vincula a Administração em todas as suas decisões, pois, os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais:

[...] está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

1.4.9 Eficiência

Conforme resume José Afonso da Silva, o princípio da eficiência se rege pela “regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível”¹⁷⁵.

Segundo o Autor, referido princípio “orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo”¹⁷⁶. Para ele, o princípio da eficiência “consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez [...] e em condições econômicas de igualdade dos consumidores”¹⁷⁷.

Diógenes Gasparini ensina que:

A eficiência exige que o responsável pelo serviço público se preocupe sobremaneira com o bom resultado prático da prestação

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 64-65.

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 671.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 671.

¹⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 671.

que cabe oferecer aos usuários, [...] devem ser prestados sem desperdício de qualquer natureza, evitando-se assim, onerar os usuários por falta de método ou racionalização de seu desempenho. Deve-se, ainda, buscar o máximo de resultado com um mínimo de investimento, barateando a sua prestação e, por conseguinte, o custo para os usuários.¹⁷⁸

1.4.10 Concorrência

O princípio da concorrência livre é o de que o consumidor final e, no caso, o usuário do serviço público, possa receber um produto ou serviço de melhor qualidade e a preços justos. Mas, seu estabelecimento deve se dar sem o abuso do poder econômico que possa, eventualmente, excluir competidores por vantagens indevidas e em prejuízo dos usuários.

Esse princípio é invocado nesta pesquisa considerando a obrigação do Estado de intervir no domínio econômico para evitar discrepâncias que possam significar vantagens excessivas para um concorrente em detrimento e prejuízos para o interesse público, o interesse geral da Sociedade. Além disso, especificamente no caso das outorgas conferidas em matéria de portos, há obrigação dos entes envolvidos em proteger a atividade ou o serviço público prestado contra a “competição imperfeita”¹⁷⁹.

Considerando os atores desse cenário, quais sejam, concessionários, permissionários, arrendatários ou autorizados, o Estado e a Sociedade, as regras que autorizam a sobreposição de um direito a outro não são suficientes para solucionar todos os tipos de conflitos.

O norte é o interesse público, mas não por isso poderão ser desprezados totalmente os direitos individuais, os quais devem ser protegidos pela própria Administração Pública e pelo Estado na consecução do encargo de promover o bem social.

¹⁷⁸ GASPARINI. Diógenes. **Direito Administrativo**, p. 303.

¹⁷⁹ BRASIL. Lei n. 10.233, de 5 de junho de 2001, artigo Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

Entende Osvaldo Agripino de Castro Júnior¹⁸⁰ que:

Do ponto de vista legal, competição é associada com os direitos do competidor e do consumidor. Ressalte-se que o primeiro é proibido de exercer a dominação sobre outros por meio da tentativa de eliminar, restringir ou proibir a competição, ou seja, predação.

Ao discorrer sobre a defesa da concorrência e direitos fundamentais das empresas com relação ao Direito Português e ao Direito Comunitário Europeu, Antônio Menezes Cordeiro¹⁸¹, após justificar seu entendimento de que as empresas também desfrutam de direitos fundamentais e de personalidade diz que a defesa da concorrência:

[...] pode, concretamente, conflitar com certos direitos fundamentais ou de personalidade. Quando isso suceda, há que proceder a ajustamentos, de modo a que seja possível conciliar os valores em presença, por forma a que cada um ceda o menos possível.

Esse entendimento é perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, com relação aos portos, considerando o caráter conciliador da ANTAQ. Também ao CAP é dada a incumbência de (i) zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência e (ii) estimular a competitividade, sob a disciplina da Lei dos Portos.

Para Eros Grau e Paula Forgioni a norma não permite interpretação conflitante: “a Lei dos Portos atribuía ao CAP competência para

¹⁸⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e no Brasil**, p. 125.

¹⁸¹ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Defesa da Concorrência e direitos fundamentais das empresas: da responsabilização da Autoridade da Concorrência por danos ocasionados em actuações de inspeção**. In ALBUQUERQUE, Alexandre de. *Et al.* **Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 155.

tratar de toda a concorrência, no que se refere aos agentes econômicos que atuam em um mesmo porto ou área de concessão”¹⁸².

Da lição de Eros Grau e Paulo Forgioni colhe-se que a Lei Federal n. 8.884 (“Lei Antitruste”) não revogou os dispositivos da Lei Federal 8.630 (“Lei dos Portos”) por força do § 2º da LICC de que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declarar, quando regular inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior ou quando a lei nova for com ela incompatível.

Além disso, a Lei dos Portos, na visão dos Autores acima referidos, é específica para um setor da economia e não poderia ser revogada por uma lei de caráter geral, a Lei Antitruste. Para eles, ambas as leis coexistem.

Contudo, integram essa atividade econômica também os terminais de uso privativo exclusivo ou misto que estejam fora da área do porto organizado, onde os CAPs não têm competência, salvo se operacionalmente e geograficamente interferirem na área ou nas atividades dos portos organizados. A simples confusão de mercado entre ambos não submeteria qualquer questão às disposições do CAP.

Ultrapassando as barreiras dos portos organizados, entende-se que há a competência do CADE no que se refere a tais questões de concorrência.

Os princípios gerais do Direito devem ser considerados no conjunto, ou seja, no contexto do restante do sistema jurídico. Conhecê-los é imprescindível para a correta aplicação a cada caso concreto.

¹⁸² GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. **O Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 182. Para os autores: “A Lei dos Portos consubstancia ‘típica norma de direito econômico’, convertendo-se em uma técnica de que se lança mão para implementação de ‘políticas públicas’” (fl. 182)

CAPÍTULO 2

ARRENDAMENTO PORTUÁRIO E AUTORIZAÇÃO: ASPECTOS JURÍDICOS DESTACADOS

Os portos são elos fundamentais para a cadeia do comércio entre os vários modais dos transportes. Sua estrutura é essencial para o comércio exterior e para o próprio comércio nacional, proporcionando condições ao transporte de cargas em escalas maiores e com comprovado menor custo.

Nesse prisma, os portos podem interferir e interferem no valor final da mercadoria na medida em que, de regra, seu custo será sempre incluído no preço cobrado do consumidor final, último integrante da cadeia do comércio.

E é dentro da concepção atual de Estado que se busca a proteção do consumidor final através da prestação de um serviço público de qualidade e com menor custo, que também observe o princípio da modicidade. A atuação do Estado, então, faz-se necessária de forma a acomodar os interesses públicos e privados. Mas, a presença do Estado nesta atividade se dá especialmente em razão das disposições constitucionais decorrentes do ordenamento jurídico brasileiro.

Na repartição das competências administrativas estabelecida pela CRFB/1988, o artigo 21 enumera aquelas atribuídas à União, dentre elas a competência para explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (inciso XII) os portos marítimos, fluviais ou lacustres (alínea “f”).

Já na repartição das competências legislativas, à União cabe, privativamente (artigo 22), legislar sobre diretrizes da política nacional de

transportes (inciso IX), regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima (inciso X), transporte (inciso XI), normas gerais de contratação e licitação (inciso XXVII), defesa territorial e marítima (inciso XXVIII).

O serviço portuário como integrante do contexto do sistema viário nacional, é considerado essencial ao desenvolvimento do Estado e da própria Sociedade. Com base na competência legislativa é que os vários instrumentos legais e normativos foram editados como forma de dispor sobre as diretrizes nacionais, as políticas nacionais e as demais regras que orientam a atividade de portos no Brasil.

Pois bem. A regulação do transporte aquaviário, o qual a atividade portuária integra, foi atribuída por lei à ANTAQ, agência reguladora que goza de independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo de seus dirigentes.

Não há disposição no texto constitucional sobre as Agências Reguladoras, embora tramite no Congresso a PEC n. 81, que trata da inclusão de princípios constitucionais para essas agências, que foram criadas por leis ordinárias na fase de reforma administrativa entre os anos 90 e início dos anos 2000.

Para o desenvolvimento da atividade portuária são admitidas as concessões para a delegação de administração de portos organizados e, na forma de arrendamento, para a delegação de instalações portuárias localizadas no porto organizado.

Também são admitidas as permissões para o transporte de passageiros, tema que não é objeto deste estudo e, portanto, não será aqui tratado.

Por sua vez, são conferidas autorizações para exploração da atividade portuária, através de terminais privativos, o que não se caracterizaria como serviço público.

No caso das autorizações, seriam, então, meramente para desenvolvimento de atividade econômica? Nesse caso, o serviço tem (ou deveria ter) cunho exclusivamente privado.

A questão é um tanto mais complexa.

2.1 SERVIÇO PÚBLICO, A ORDEM CONSTITUCIONAL E LEGAL

O esteio para a abordagem do tema atividade portuária como prestação de serviço público é a própria CRFB/1988.

Nesse contexto é importante a ressalva feita por Marçal Justen Filho ao comentar sobre a imutabilidade e incompletude da normatividade constitucional:

Toda constituição é um conjunto de princípios e regras cuja extensão e conteúdo apresentam natureza dinâmica. Se a constituição permanece inalterada, cristalizada conforme o momento original, haveria uma dissociação entre o Direito e a sociedade, que não é apenas indesejável, mas é impossível. Ou seja, a inserção do Direito no âmbito de uma sociedade em permanente transformação acarreta um efeito inevitável sobre o conteúdo e extensão da disciplina jurídica. O Direito tem de acompanhar a evolução dos processos sociais, os quais podem, inclusive, configurar-se como dotados de outras características e riquezas não previstos no modelo normativo formal¹⁸³.

O artigo 175 da Constituição Federal¹⁸⁴ estabelece que:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 289

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil ("CRFB/1988"), de 05 de outubro de 1988, e alterações feitas pelas 57 Emendas Constitucionais, sendo a 57ª de 18 de dezembro de 2008, publicada no Diário Oficial da União em edição extra de 18/12/2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2009.

Parágrafo único. A Lei disporá sobre:

- I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
- II – os direitos dos usuários;
- III – política tarifária;
- IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Não seria a existência das cláusulas de que trata o parágrafo único do artigo 175 da CRFB/1988 acima citado que tornariam de prestação de serviços públicos qualquer contrato firmado com a Administração Pública, mas a existência de efetiva prestação de serviço público é que implicaria numa relação jurídica a ser balizada por contrato administrativo contendo tais condições.

No que se refere especificamente à atividade portuária, não há previsão constitucional clara sobre a atividade portuária se tratar de serviço público.

O artigo 21 da CRFB/1988¹⁸⁵, ao elencar a competência da União, refere-se à sua exclusividade na exploração dos portos marítimos, fluviais ou lacustres, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Essa disposição, por si só, não qualifica a atividade como serviço público, tampouco atribui a esta a condição de exclusivamente privada.

Mas, o arcabouço jurídico da atividade portuária no que se refere aos arrendamentos e autorizações para os terminais privativos não se limita às disposições constitucionais, obviamente, sendo de grande relevância nesse contexto a Lei dos Portos (Lei Federal n. 8.630), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal n. 8.666), a Lei das Concessões e Permissões (Lei Federal n. 8.987), e a Lei das Agências Reguladoras que criou a

¹⁸⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB/1988”), de 05 de outubro de 1988, e alterações feitas pelas 57 Emendas Constitucionais, sendo a 57ª de 18 de dezembro de 2008, publicada no Diário Oficial da União em edição extra de 18/12/2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2009.

ANTAQ (Lei Federal n. 10.233), a Lei que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios relativa à SEP (Lei Federal n. 10.683 alterada pela Lei Federal 11.314).

Além dessas normas, recentemente, num momento de reafirmação de conceitos e de tentativa de melhor nortear o setor portuário, o Decreto Federal n. 6.620 foi editado para dispôr sobre as políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplinar a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas¹⁸⁶.

Para a adequada compreensão do arcabouço jurídico que norteia a questão da atividade portuária, oportuno destacar as observações de Alexandre Santos de Aragão quando, em síntese, relaciona os dispositivos constitucionais que regem as modalidades regulatórias:

A realidade, no entanto, está longe de possuir serenidade que a letra da Constituição parece ter, o que impõe a apreciação dos valores fundamentais em jogo, valores e princípios que balizam a sujeição das atividades econômicas às diferentes modalidades regulatórias e a intensidade com que estas devem ser exercidas¹⁸⁷.

Nesse contexto estabelecido pelo conjunto de normas que a regem, é possível concluir que a atividade portuária é serviço público na sua concepção de prestação de serviços a terceiros, sendo tal atividade admitida aos terminais privativos de uso misto cuja outorga se dá sem licitação, quando for apenas subsidiária e eventual, conforme se verá adiante.

As Resoluções da ANTAQ, respectivamente, quanto aos arrendamentos portuários e as autorizações, são de suma importância dentro do

¹⁸⁶ BRASIL. Decreto n. 6.620, preâmbulo, o qual utiliza com equívoco a expressão autorização de instalações portuárias marítimas, uma vez que o correto seria “autorização de instalações portuárias marítimas privativas”, já que “instalações portuárias”, na forma do artigo 2º, III, são as destinadas ao uso público e não privativo, conforme é o objeto das autorizações.

¹⁸⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 123.

arcabouço jurídico que rege a matéria porque são os atos de regulação emanados pela Agência Reguladora os que têm ensejado outorgas baseadas em entendimentos polêmicos, provocando discussões entre os envolvidos no setor.

O motivo da polêmica é a conduta da ANTAQ nos atos de outorga de Autorização, que tem culminado na possibilidade de os terminais privativos de uso misto, previstos no artigo 4º, § 4º, II, da Lei n. 8.630, movimentarem livremente as cargas de terceiros, o que estaria em desacordo com as normas constitucionais vigentes, já que se trata de um serviço público que, pela exegese do artigo 175 da CRFB/1988, somente poderia ser outorgado mediante licitação.

A polêmica foi levantada pelos terminais públicos que estão sendo atingidos ou estão na iminência de serem atingidos pelos efeitos dessa livre atuação no mercado, com condições muito mais favoráveis aos terminais privativos de uso misto já que livres dos encargos normais impostos aos arrendatários, em flagrante competição imperfeita.

Para entender a divergência é importante comentar sobre as outorgas na atividade portuária.

2.1.1 Sobre as outorgas

Sabe-se que dentro do arcabouço jurídico da atividade portuária, o Decreto Federal n. 6.620 trata a “concessão” e o “arrendamento” em tópicos separados, mesmo o segundo sendo considerando uma subconcessão ou uma derivação da primeira.

Da disposição do Decreto Federal n. 6.620 verifica-se que, para fins da matéria portuária, confirma-se a concessão quando a outorga recair sobre a exploração do próprio porto organizado (artigo 13). Já o arrendamento portuário terá lugar na outorga de instalações portuárias dentro de um porto organizado, podendo haver mais de um arrendamento e, inclusive, delimitação e destinação de parte da área do porto organizado para a atuação dos que não

detêm a outorga de arrendamento e são, unicamente, operadores portuários¹⁸⁸ (artigo 25 do Decreto n. 6.620):

Art. 13. A outorga de portos organizados marítimos será realizada por meio de concessão a pessoa jurídica de direito público ou privado, de reconhecida idoneidade técnica e capacidade financeira, com observância das condições estabelecidas neste Decreto e na legislação sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos.

Art. 25. [...] § 1º. A administração do porto submeterá o programa de arrendamento de instalações portuárias à ANTAQ, que o incorporará ao plano geral de outorgas, de acordo com o respectivo plano de desenvolvimento e zoneamento, com a indicação das cargas a serem movimentadas e das áreas destinadas aos operadores portuários que não dispõem de arrendamentos.

O disposto no referido artigo 13 está em consonância com o § 2º do artigo 1º da Lei Federal 8.630 e com a Lei Federal n. 10.233 em seu artigo 14, inciso I, letra “a”. Já o contido no § 1º do artigo 25 mencionado, está de acordo com a previsão do artigo 4º, I da Lei Federal n. 8.630.

No caso da concessão para a exploração do porto organizado, a homologação da licitação será por conta da própria ANTAQ, assim como o controle do contrato, e também a respectiva fiscalização (artigos 14 e 24 do Decreto Federal n. 6.620). Por sua vez, competirá à autoridade portuária a realização da licitação, a celebração do contrato de arrendamento e a fiscalização e gerenciamento de sua execução.

A ressalva feita pelo novo Decreto de que suas disposições aplicam-se a todos os portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos excluiu as vias navegáveis e os portos fluviais ou lacustres (que não forem outorgados às Companhias Docas), de acordo com a própria estrutura da Presidência da República e dos Ministérios, já que os excluídos estão

¹⁸⁸ BRASIL. Lei n. 8.630. Artigo 1º, § 1º, III. Operador portuário: a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado.

sob a competência do Ministério dos Transportes. Estes permanecem sob o regramento do Decreto Federal n. 4.391 que, por sua vez, não se aplica aos portos e terminais marítimos de competência da SEP por força do artigo 52 do novo Decreto.

O Decreto Federal n. 6.620 veio em meio a críticas de alguns segmentos, dentre eles o dos trabalhadores portuários, que entenderam que a mão de obra portuária “ficou de fora” do referido instrumento normativo¹⁸⁹, o qual, no entanto, tratou de esclarecer alguns temas que geravam insegurança jurídica (causando polêmicas e grandes discussões).

Outra questão suscitada é que o Decreto Federal n. 6.620 trouxe uma reafirmação dos atos regulatórios da ANTAQ, dentre eles as Resolução n. 55 e Resolução n. 517, respectivamente sobre os arrendamentos e autorizações.

A própria ANTAQ entende que somente com o Decreto n. 6.620 os conceitos de carga própria, sua preponderância e a subsidiariedade e complementaridade da carga de terceiros no caso dos terminais privativos mistos, foram estabelecidos. Esse entendimento é colhido da manifestação da citada Agência¹⁹⁰ nos autos da ADPF n. 139, em trâmite no STF.

Referindo-se ao Decreto n. 6.620, a ANTAQ disse que apenas recentemente o Governo Federal teria delineado as novas condições de exploração dos terminais privativos, dentre elas, a de que em terminais privativos

¹⁸⁹ PORTO GENTE. **Trabalhadores ficaram de fora do Decreto 6.620**. Entrevista de Mário Teixeira, presidente da Federação Nacional dos Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga, Vigias Portuários, Trabalhadores de Bloco, Arrumadores e Amarradores de Navios nas Atividades Portuárias (Fenccovib), publicada em 21 de novembro de 2008. Disponível em: <www.portogente.com.br/texto.php?cod=18640>. Acesso em: 22 nov. 2008.

¹⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139. Manifestação da ANTAQ, fl. 2750 - 2797. Disponível em: <[http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=337860#PETI%C3%87%C3%830%20\(14041/2009\)%20-%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20prestadas%20ANTAQ](http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=337860#PETI%C3%87%C3%830%20(14041/2009)%20-%20Informa%C3%A7%C3%B5es%20prestadas%20ANTAQ)>. Acesso em: 20 mar. 2009.

de uso misto deve prevalecer a movimentação de carga própria, sendo as cargas de terceiros subsidiárias¹⁹¹.

A polêmica levantada pelos terminais públicos, que estão sendo atingidos ou estão na iminência de ser atingidos pelos efeitos dessa livre atuação no mercado dos terminais privativos de uso misto, com condições muito mais favoráveis, decorrente de atos da ANTAQ, levou o assunto à apreciação do Supremo Tribunal Federal, através de uma ADPF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme disposto no tópico a seguir.

2.1.2 A análise do tema pelo STF

As discussões no âmbito portuário com relação aos terminais privativos de uso misto tiveram várias manifestações. Uma delas se concretizou com a ADPF n. 139, em trâmite no STF, ajuizada contra a ANTAQ.

A ação sustenta o descumprimento de preceito fundamental pela Agência, ao entendimento de que esta, por meio de condutas normativas e materiais, autorizou terminais portuários privativos de uso misto de forma irregular e contrária à lei e à própria CRFB/1988¹⁹².

Defende a Autora da ADPF n. 139¹⁹³ que houve descumprimento dos seguintes dispositivos constitucionais¹⁹⁴: artigo 21, inciso XII, alínea “f”, que impõe a existência de prestação de serviços portuários sob regime de direito público (ou seja, como serviços públicos); artigos 170, *caput* e parágrafo único, 173 e 175, que exigem, como regra, que a delegação do serviço público ocorra mediante licitação; e artigos 1º, inciso IV e 170, inciso IV, que estabelecem a livre iniciativa e a livre concorrência como preceitos fundamentais da ordem econômica e da República Federativa do Brasil.

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 139. Manifestação da ANTAQ, fl. 2.782.

¹⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr 2009. Excertos da petição inicial, fl. 5 dos autos.

¹⁹³ ABRATEC – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr. 2009.

Na inicial da ADPF, a Autora sustenta que a maioria dos terminais privativos de uso misto está regularmente constituída, mas especificamente quanto a alguns terminais, a ANTAQ teria autorizado suas atividades sem que seus titulares fossem detentores de carga própria. Isso significaria a concessão, por vias inconstitucionais, da prestação de serviço público portuário.

Tais atos teriam resultado em grave assimetria de condições de competição entre os terminais de uso privativo misto e os terminais de uso público.

Verifica-se do resumo dos fatos com relação a cada um dos terminais, que a ANTAQ se satisfaz com a mera declaração de existência de carga própria, sem fiscalizar a condição declarada e sem verificar se a carga própria seria realmente suficiente para justificar economicamente a existência do terminal¹⁹⁵.

Segundo a Autora da ADPF, a ANTAQ teria admitido a sustentabilidade do empreendimento baseada na movimentação da carga de terceiros, conferindo aos terminais privativos o privilégio de absorver cargas de terceiros de forma livre, caracterizando a prestação de serviço público sem licitação.

A ação aponta exemplos concretos de terminais portuários privativos de uso misto que considera ilegalmente autorizados. São eles: o terminal da Portonave Terminais Portuários de Navegantes S/A, localizado no Município de Navegantes, Estado de Santa Catarina, instalado em frente (margem oposta) ao Porto de Itajaí (o qual conta com o arrendamento portuário de terminal de uso público), que foi objeto da Autorização n. 096-ANTAQ¹⁹⁶ (Processo n. 50000.006540/1999-24); o terminal da Itapoá Terminais Portuários S/A, localizado na Baía da Babitonga, no Município de Itapoá, Estado de Santa

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, p. 14.

¹⁹⁶ BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Disponível em: <www.antaq.gov.br/Portal/TermosAutorizacaoPortos/Termo202.htm>. Acesso em: 20 abr. 2009.

Catarina, objeto da autorização 202-ANTAQ¹⁹⁷ (Processo n. 50300.001110/2004). O primeiro, em operação desde outubro de 2007, e o segundo ainda em fase de implantação. Em ambos os casos, bastou a mera declaração de carga própria sem volume preponderante.

A exordial também cita o caso da Imbituba Empreendimentos e Participações S/A, com Autorização n. 362-ANTAQ, outorgada em 6 de junho de 2007, através do processo n. 50300.000358/2006-20, autorizada a movimentar granéis sólidos (como carga própria) e carga de terceiros (fertilizantes e “carga geral”), sem que tenha sido registrado qualquer ato por parte da ANTAQ que implique na vedação para que o terminal não movimente carga preponderantemente de terceiros.

Na ADPF n. 139, a ABRATEC sustenta que a ANTAQ estaria processando pedidos de outros interessados em estabelecer terminais privativos de uso misto sem referência a carga própria.

Ao citar o caso da empresa LLX Logística S/A, diz que o movimento desta para anunciar sua intenção de instalar um grande terminal portuário de uso privativo misto na região de Peruíbe, Estado de São Paulo, dá-se no embalo decorrente do desvirtuamento do conceito de instalação de uso privativo misto adotado na prática pela própria ANTAQ. O projeto chama-se “Porto Brasil”.

O investidor estaria anunciando a movimentação de 4 milhões de TEUs¹⁹⁸, quantidade que representa dois terços de toda a movimentação do Brasil para o ano de 2007, sem mesmo ter formalizado seus pedidos na ANTAQ, e sem mencionar processo de licitação no seu cronograma de implantação de terminal privativo de uso misto. A autora da ADPF junta cópia do prospecto preliminar apresentado pelo investidor na Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

¹⁹⁷ BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Disponível em: <www.antaq.gov.br/Portal/TermosAutorizacaoPortos/Termo96.htm>. Acesso em: 20 abr. 2009.

¹⁹⁸ TEU – *Twenty-foot Equivalent Unit*. Unidade de medida padrão para indicar contêiner de 20 pés.

Todos esses fatores, segundo a Autora, potencializados negativamente por atos da ANTAQ com relação às disposições constitucionais sobre o serviço público e a necessária licitação para a sua outorga, ensejaram a ADPF.

Verifica-se nas manifestações da AGU¹⁹⁹ e da ANTAQ²⁰⁰ na ADPF n. 139, que a base para a defesa da autorização para prestação de serviços portuários está fulcrada no artigo 21, XII, “f” da CRFB/1988, que estabelece competir à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais ou lacustres.

Dessa disposição, a conclusão automática de que, portanto, a própria CRFB/1988 admitiria a autorização para a prestação de serviços públicos, sem prévia licitação, não é procedente²⁰¹.

A Autora da ADPF n. 139 fundamenta seus pedidos na lesão ao artigo 175 da CRFB/1988, que preceitua competir ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

De um lado (artigo 21, XII, f da CRFB/1988) o objeto do dispositivo constitucional é a exploração de portos marítimos, fluviais ou lacustres como atividade. Do outro (artigo 175 da CRFB/1988), o objeto é o serviço público.

Então, a rigidez da norma constitucional com relação ao serviço público impõe sua execução ao Poder Público, o qual somente poderá deixar de prestá-lo diretamente, transferindo-o a terceiro, sob o regime de

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr 2009, fl. 2799 – 2821.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 18 abr 2009, fl. 2750 – 2797.

²⁰¹ Não somente as manifestações dos interessados caem nessa automaticidade, mas, a manifestação da própria AGU desenvolve seu entendimento no sentido de que pelo simples fato de ser atividade da União, inserta no artigo 21 da CRFB/1988, estaria caracterizada como “serviço público” o que não é procedente. *In* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139, fl. 2799-2821. Disponível em:<www.stf.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2009.

concessão ou permissão. Essa outorga somente poderá ocorrer através de licitação.

Pois bem. Interpretando-se sistematicamente as disposições constitucionais, é possível afirmar que quando a exploração de terminal portuário se configurar como prestação de um serviço público, essa situação será acolhida pela disposição do artigo 175 da CRFB/1988. Nas hipóteses em que não configurar prestação de serviço público, mas somente exercício de atividade econômica pelo próprio interessado, como é o caso dos terminais privativos de uso misto, poderá a atividade ser outorgada ao particular através de autorização, considerando tal configuração não recair na rigidez estabelecida pelo artigo 175 da CRFB/1988, mas na previsão do artigo 170, também da CRFB/1988.

O fato de a União estar incumbida da exploração dos portos, não significa que, automaticamente, tal exploração seja considerada um serviço público.

Entretanto, interpretar a CRFB/1988 como se o seu artigo 175 fosse anulado pelas disposições do seu artigo 21, XII, alínea “f”, é, por sua vez, incabível. Ambos dispõem sobre questões que não se confundem, apesar de coexistirem num mesmo contexto.

Ao comentar sobre a hibridez das matérias arroladas no artigo 21 da CRFB/1988, Alexandre Santos de Aragão²⁰² observa que:

No art. 21, integrante do Capítulo que enumera os bens e as competências legislativas e materiais da União, são previstas como sendo de sua competência uma série de atividades econômicas prestacionais [...] Note-se que esses incisos do art. 21, apesar de preverem uma série de atividades de competência da União, em nenhum momento se referem a elas como “serviço Público”, mas apenas a “serviço”.

A ABRATEC afirmou ser contrária a atos da ANTAQ, alguns inclusive que visavam alterar as disposições da própria Resolução n. 517 da

²⁰² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, p.133-134.

ANTAQ, para considerar que qualquer volume de carga própria (até menos relevante) seria justificativa para que o terminal pudesse ser qualificado como privativo e de uso misto.

Atualmente, a Resolução da ANTAQ n. 1.401, previamente aprovou o texto de nova resolução para tratar de terminais privativos. O processo de aprovação da norma encontra-se na fase de audiência pública e, portanto, ainda não houve manifestação a respeito na ADPF.

As situações concretas apontadas pela ADPF n. 139 provocam grande abalo da segurança jurídica no setor portuário, inibindo investimentos e prejudicando aqueles que de forma esmerada investem no serviço público portuário.

Num aspecto geral, quanto aos que ingressaram no feito como interessados ou *amicus curiae*, todos pedem a improcedência da ação por razões de cunho processual que não foram objeto de apreciação para fins desta dissertação. As empresas, no entanto, deixaram de apresentar em suas respectivas defesas manifestações quanto ao mérito da discussão, de forma que pudesse ser entendido que efetivamente estaria havendo atendimento dos requisitos que ensejariam a autorização, mormente, de que haveria preponderância de carga própria.

Das manifestações nos autos da ADPF n. 139, salienta-se a da própria ANTAQ²⁰³, que defendeu a ausência de ofensa a qualquer dos preceitos fundamentais, dentre outros argumentos de cunho processual e pugnou pela improcedência da ação, esclareceu que estaria, como Administração Pública, adstrita ao princípio da legalidade e que teria cumprido os exatos termos da Lei dos Portos ao autorizar os terminais privativos de uso misto.

Quanto à legalidade dos atos, estribou seu entendimento no fundamento de que:

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, fl. 2750-2784.

É defeso ao intérprete impor distinção onde a lei não o fez, salientando-se que não há dúvida que o legislador ordinário poderia tê-lo feito, restringindo o conceito de “carga própria” àquela produzida ou beneficiada por uma empresa e por ela mesma transportada. Se não o fez, porém, nenhuma restrição poderá ser feita ao conceito amplo que foi dado à expressão, sob pena de malferir o disposto na alínea *b* do inciso II do art. 4º da Lei nº 8.630, de 1993, dispositivo legal esse que somente perderá o seu poder normativo quando vier a ser alterado ou revogado por norma de igual ou superior hierarquia²⁰⁴.

Defendeu que a lei não atribuiu qualquer caráter eventual ou subsidiário às cargas de terceiros e que não prevê licitação para a outorga desse serviço público. Ainda, defendeu que a lei não restringe o conceito de “carga própria” e que a Resolução ANTAQ n. 517 igualmente não prevê preponderância de carga própria sobre a de terceiros. Esse entendimento segue a linha do parecer jurídico interno da ANTAQ, Parecer PFG-ANTAQ/nº 277/2007, da lavra do Procurador Geral Aristate Gonçalves Leite Júnior, emitido em 28 de junho de 2007²⁰⁵, cujo entendimento é de que as Leis Federais n. 8.630 e n. 10.233 não permitem a restrição das cargas de terceiros, tampouco estabelecem relação entre estas e as cargas próprias, de forma que seria livre a decisão dos titulares de terminais privativos mistos sobre o tipo de carga a ser movimentada.

A condição da proporcionalidade da carga *não pode ser um simulacro, uma forma sibilina de evitar a licitação, uma fraude à lei*, conforme asseverou Juarez Freitas²⁰⁶.

Além disso, em sua manifestação na ADPF n. 139, a ANTAQ registrou o seu entendimento de que somente com o Decreto Federal n. 6.620 é que as condições de exploração dos terminais privativos foi delineada,

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, fl. 2763.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, fl. 455-470.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, fl. 289

dentre elas, a de que em terminais privativos de uso misto deverá prevalecer a movimentação de carga própria, sendo subsidiárias as cargas de terceiros²⁰⁷.

O entendimento da ANTAQ de que as outorgas de autorização para instalação e operação de terminais privativos de uso misto ocorreram sem qualquer preocupação com a proporcionalidade da carga própria com relação à carga de terceiros, está expresso em suas manifestações sobre a polêmica. Tal entendimento é concebido sob a bandeira do artigo 43 da Lei Federal n. 10.233, ou seja, em nome do “ambiente de livre e aberta competição”.

Por fim, afirma categoricamente a sua consideração de que a prestação de serviços dos terminais privativos de uso misto é um serviço público e que, por disposição constitucional, tal serviço é concebido sem licitação:

Dúvidas não há sobre a natureza do serviço de exploração de terminais portuários privativos, que se configura como serviço público federal. Por quê? Porque assim elegeu o legislador constituinte ao inserir o serviço no rol do art. 21 da Constituição Federal²⁰⁸.

Isso corrobora os argumentos da Autora na ADPF n. 139, de que a aplicação do disposto na Lei dos Portos estaria sendo feita de forma adstrita à observância do princípio da legalidade e, portanto, sem exigência ou imposição de critério ao interessado para a carga própria, sendo reconhecida como serviço público sob outorga direta e sem prévia licitação.

Ao se referir ao Decreto Federal n. 6.620, a ANTAQ considera-o como um marco para que as “novas condições de exploração” sejam válidas. Analisando esta manifestação, é possível entender que, para a Agência, a “porta se abriu” para os terminais privados de uso misto com o advento da Lei dos Portos, considerando a instituição do “tipo de prestação de serviços” sem maiores detalhes ao seu regramento. Dessa forma, a citada lei não teria dado à Agência a condição de restringir o tipo de exploração.

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, fl. 2782.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, fl. 2765

Na trilha desse entendimento, somente agora teriam sido estabelecidas regras claras e, portanto, a “porta se fecharia”, exigindo-se carga própria preponderante, carga de terceiros compatíveis com as instalações construídas em razão da carga própria.

O rumo interpretativo tomado pela Agência, depois da edição do Decreto Federal n. 6.620, ainda requer questionamento na trilha do que foi pontuado pela ADPF: a inobservância das disposições constitucionais teria ensejado a elaboração de normas e atos pela ANTAQ que possibilitaram a empresas privadas o privilégio de movimentar cargas de terceiros, através de terminal construído muito mais com essa finalidade do que por possuir carga própria, em verdadeira lesão ao regime jurídico imposto para a outorga de serviço público portuário.

Há autores renomados que entendem²⁰⁹ ser possível a delegação de serviço público sem licitação para o titular do domínio útil do terreno (dentro ou fora do porto organizado) disposto à realização do empreendimento e que declarar possuir carga própria, sem importar a quantidade e tampouco a real vinculação da carga ao titular do empreendimento. Nesse caso, defendem que a CRFB/1988 instituiu a possibilidade de delegar “serviço público” de portos e terminais portuários através de autorização, sem licitação.

Em outra trilha, há os Autores²¹⁰ que entendem que a realização de serviços portuários para a movimentação de carga própria e de terceiros subsidiariamente, não seria serviço público, mas sim atividade econômica de interesse de seu titular e, portanto, privativo. Depreende-se, assim, a inadequabilidade da efetiva prestação de serviços públicos pelos autorizados.

Portanto, está claro que a movimentação de carga própria pelos terminais privativos de uso misto é serviço eminentemente privado. Assim, a

²⁰⁹ Maria Helena Diniz é exemplo desse entendimento, conforme parecer juntado aos autos do Processo 50300.000798/2007-68 deflagrado pela ANTAQ para fins de discussão sobre o tema dos terminais privativos de uso misto.

²¹⁰ Dentre eles: Marçal Justen Filho, José Afonso da Silva, Alexandre Santos de Aragão, Juarez Freitas e Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

disposição do artigo 21, XII, *f* da CRFB/1988 é adequada ao prever a autorização para a delegação da atividade nessas condições.

A parcela de serviço prestada a terceiros é possível para utilização da parte ociosa do terminal que, por exemplo, é concebido com estrutura suficiente para servir a demanda futura, até que se atinja total capacidade, ou para utilização na época de baixa demanda.

É certo que as cargas de terceiros, movimentadas pelos terminais privativos de uso misto, devem ser regidas por contratos próprios entre esse terminal e o dono da carga (terceiro)²¹¹. Esses contratos são regidos pelas normas de direito privado e não sofrem quaisquer interferências da Administração Pública (como controle de preços, qualidade dos serviços prestados, critérios para a prestação dos serviços, continuidade, etc.).

De forma diversa, os terminais públicos devem prestar serviços públicos obedecendo a critérios de qualidade, agilidade, segurança, modicidade de preços, onde o prestador do serviço sofre a fiscalização direta do ente delegante ou da Agência de Regulação, no caso, a ANTAQ.

A idéia de preponderância da carga própria é intrínseca ao instituto da autorização dos terminais privativos de uso misto, pois, do contrário, o instituto estaria criando um novo tipo de delegação de “serviço público” sem licitação, ao permitir, indistintamente, a prestação de serviços a terceiros, em afronta direta ao disposto no artigo 175 da CRFB/1988.

Esta assimetria, entre os regimes jurídicos dos terminais privativos de uso misto com relação aos terminais públicos, é motivo de muitas discussões, pois interfere sobremaneira nas respectivas atuações dentro do mercado.

Terminais portuários de uso misto estão sendo constituídos para, na verdade, atuarem na prestação de serviços para movimentação de carga

²¹¹ BRASIL. LEI n. 8.630, art. 6º, § 2º : *Os contratos para movimentação de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, pelas normas de direito privado, sem participação ou responsabilidade do poder público.*

de terceiros. É o caso dos terminais apontados pela ADPF n. 139 que se prestam a disputar o mesmo mercado relevante dos terminais portuários públicos.

Não se pode afirmar que tal situação atenda ao disposto no artigo 43 da Lei Federal n. 10.233, conforme entendimento da ANTAQ²¹², em “ambiente de livre e aberta competição”, porque a assimetria cria campo para o abuso de poder econômico, desequilibrando o mercado, o que é reprimido pelas normas de proteção à concorrência.

Nessa linha de raciocínio, deve-se mencionar o parecer de Gesner de Oliveira²¹³, que instrui a petição inicial da ADPF n. 139. O parecerista destaca a existência de dois regimes jurídicos distintos para terminais públicos e privativos de uso misto, como tem sido estabelecido pelos terminais (muito mais para a movimentação da carga de terceiros).²¹⁴

Segundo Gesner de Oliveira, isso faz com que agentes com custos diferenciados concorram pelo mesmo mercado: movimentação de cargas de terceiros. Essa assimetria configuraria, segundo o parecerista, uma infração à ordem econômica. A assimetria nos custos tende a trazer maiores riscos às empresas com maior custo, no caso, os arrendatários.²¹⁵

Nesse cenário de competição imperfeita, há um desestímulo ao investimento em terminais públicos, o que poderá reduzir os investimentos nas áreas de concessão pública, algo potencialmente lesivo ao interesse público.

²¹² Parecer PRG-ANTAQ/nº 277/2007 que opinou pela alteração da Resolução nº 517, da lavra do Procurador Aristate Leite Júnior. Brasília: 2008 in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139, p. 455-460.

²¹³ OLIVEIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários.** São Paulo: 2008 in BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF n. 139, fl. 97-140. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 abr. 2009.

²¹⁴ OLIVEIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários.** São Paulo: 2008 in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF n. 139, fl. 97-140.

²¹⁵ OLIVEIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários.** São Paulo: 2008 in SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF n. 139, fl. 97-140.

Além disso, há a dispersão dos recursos públicos para agentes econômicos descompromissados com a continuidade do serviço público.

E é sobre os serviços públicos que se dedica o tópico seguinte.

2.1.3 Serviço Público

Parte-se da premissa do artigo 175 da CRFB/1988 de que serviço público é encargo do Estado, que o exerceria indiretamente somente através de concessão ou permissão, sempre através de licitação. A CRFB/1988 distingue essa condição para o serviço público. Nesse contexto:

Ao contrário do que ocorre em outros direitos positivos, a nossa Constituição estabelece uma nítida distinção entre serviço público e atividade econômica. Na verdade, contudo, não podemos torcer a realidade a ponto de sustentar que os serviços públicos não sejam atividades econômicas – atividades econômicas qualificadas como serviços públicos – qualificação esta que visa a permitir a prestação direta pelo Estado ou uma forte regulação e ingerência estatal na atividade quando gerida por particulares delegatários. O serviço público revela-se, então, como uma das mais intensas formas de intervenção do Estado na economia²¹⁶.

É desta forma que Eros Roberto Grau considera que a Constituição brasileira de 1988 subdividiu a atividade econômica *latu sensu* em serviço público e atividade econômica *strictu sensu*. Tanto é assim, que o art. 175, que disciplina a prestação de serviços públicos pelo próprio Estado ou por concessionários e permissionários privados, está contido no Capítulo destinado aos “princípios gerais da atividade econômica”²¹⁷.

As modalidades regulatórias, segundo Alexandre Santos de Aragão, são: serviços públicos (art. 175), atividades econômicas monopolizadas (arts. 176 e 177), atividades econômicas de interesse público (art. 170, parágrafo

²¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 121.

²¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 122.

único) e atividades econômicas sujeitas ao poder de polícia (art. 170, que, malgrado a sua aplicação a todas as atividades econômicas, constitui também o fundamento da regulação mediante o exercício do poder de polícia geral)²¹⁸.

É consenso geral que a Constituição Federal não contém palavras vãs. Não é possível admitir a interpretação literal de norma ou da própria Constituição sem uma contextualização da questão na estrutura jurídico-constitucional vigente.

A interpretação das disposições constitucionais deve observar todo o sistema e nenhuma norma subalterna poderá quebrar os institutos estabelecidos pela ordem jurídico-constitucional.

Ao aditar as palavras de André Franco Montoro, para quem a interpretação da norma transcende à busca de conceitos possíveis das palavras²¹⁹, Maria D'Assunção Costa Menezello²²⁰ assevera que:

[...] o intérprete, em seu ofício, deve sempre perseguir, além da solução legal, a solução legítima e justa para que o Direito cumpra a sua finalidade.

Percorrendo os vários dispositivos da CRFB/1988, Alexandre Santos de Aragão²²¹ aponta o artigo 175, integrante dos princípios da ordem econômica, como o único dispositivo constitucional que disciplina os serviços públicos de forma genérica.

De sua análise, que culmina com um conceito mais “operacional” de “serviço público”, o autor esclarece que referido conceito busca

²¹⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**, p. 123.

²¹⁹ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo : Atlas, 2002, p. 153, a qual cita André Franco Montoro: [...] *interpretar uma norma não é simplesmente esclarecer seus termos de forma abstrata, mas, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real e capaz de conduzir a uma aplicação justa. Não compete ao intérprete apenas procurar, atrás das palavras, os conceitos possíveis, mas, entre os pensamentos possíveis, o mais apropriado, correto, jurídico[...]* (MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 370)

²²⁰ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**, p. 153.

²²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, p. 141.

nas disposições constitucionais a aceção mais consentânea com a evolução político-econômica, através da qual vêm vivenciando as atividades prestacionais do Estado e na linha com a doutrina atual quanto aos serviços específicos e divisíveis²²².

Assim sendo, o Alexandre Santos de Aragão conceitua:

Serviços públicos são atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva da titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade²²³.

Sem dúvida alguma, os terminais portuários de uso público outorgados por arrendamento são os destinados à prestação de serviços públicos. Já os terminais privativos não se prestam ao serviço público, mas destinam-se a atender sua própria demanda, como grandes usuários que, considerando o volume e tipo de bens produzidos, necessitam de estruturas próprias. Essa alternativa de não utilização dos serviços públicos para a movimentação de sua carga decorreria de inúmeros motivos: especificidade da carga, menor custo do transporte, localização geográfica, não sujeição ao sistema público etc.

Mas aos terminais privativos de uso misto seria permitida a prestação de serviços a terceiros complementar e subsidiariamente. Esses terceiros são os usuários dos serviços públicos. De tal modo que havendo outorgas para terminais de uso privativo misto ao argumento de que haveria carga própria (sendo esta irrisória ou inexistente), mas com o verdadeiro intuito de prestação de serviços portuários para terceiros, esses atos estarão em desacordo com as disposições constitucionais. E realmente são contrários aos princípios constitucionais da outorga de serviços públicos somente através de licitação (artigo 175 da CRFB/1988), atualmente melhor sustentados pelas disposições do Decreto 6.620.

²²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, p. 157.

²²³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**, p. 157.

Isso caracterizaria, inclusive, fraude à licitação com a aplicação enviesada da lei pela ANTAQ, cujos atos não devem se limitar à análise literal da legalidade. Sabe-se que os atos não contrários à letra da lei nem sempre são legítimos, principalmente se contrariarem institutos consagrados dentro do arcabouço constitucional, como é o caso da prévia licitação.

No entanto, a falta de prévia licitação para prestação de serviços públicos, além de fraude à licitação, no caso da disputa entre os terminais privativos de uso misto e os arrendatários, gera situação de competição imperfeita.

Considerando a delimitação do tema, os arrendamentos e as autorizações serão tratados nos tópicos seguintes.

2.2 ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Tendo em vista o contexto da reforma administrativa do Estado, ensina Odete Medauar²²⁴ que outras figuras vêm sendo utilizadas para a transferência da prestação dos serviços públicos aos particulares:

Uma delas é o arrendamento, pelo qual o poder público transfere a gestão operacional de um serviço público a particular (arrendatário), para que este o explore, por sua conta e risco, colocando à sua disposição um imóvel público ou um complexo de bens públicos, vinculados ao serviço.

Com o advento da Lei dos Portos, os arrendamentos são previstos como forma de exploração pelo interessado de instalação portuária localizada dentro da área do porto organizado.

O artigo 4º da Lei dos Portos assegura ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo de contrato de arrendamento, celebrado com a União, no

²²⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 384.

caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado.

Efetivamente, o arrendamento é tido como uma subconcessão, conforme tratado no item 1.2.17 desta dissertação.

No caso do arrendamento, a Autoridade Portuária poderá tomar a iniciativa do processo, ou o próprio interessado poderá requerê-lo à Autoridade Portuária do Porto Organizado.

O requerimento do interessado, obviamente, não lhe dá qualquer prerrogativa, vantagem ou privilégio na outorga, considerando que, para a efetivação desta, obrigatoriamente haverá licitação, onde o interessado participará, querendo, em iguais condições com os demais licitantes.

Para licitação de arrendamentos de instalações em portos organizados, os requerimentos deverão ser encaminhados à ANTAQ. Esta, por sua vez, deverá ouvir a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, para que seja promovida a abertura do procedimento necessário ao referido tipo de outorga para exploração de instalações portuárias²²⁵.

O CAP é o responsável por aprovar o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ do porto, na forma do artigo 30, inciso X, da Lei dos Portos. O PDZ deverá, assim, ao tempo do encaminhamento dos requerimentos à ANTAQ, prever as instalações e áreas suscetíveis de serem arrendadas. Enfim, o CAP já deverá aprovar referido arrendamento, dentro do PDZ, antes de seu encaminhamento à ANTAQ.

O Decreto Federal n. 6.620 dispõe no seu art. 27, § 2º, que o CAP deverá ser ouvido nos casos de ampliação das instalações portuárias arrendadas que ensejarem a alteração do PDZ. Nesse ponto, o Decreto está se referindo também à possibilidade de ampliação da área do arrendamento depois do início da execução do contrato.

²²⁵ BRASIL. Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008.

No caso de haver solicitação de arrendamento sobre área que não estiver contemplada no PDZ, entende-se que a solicitação deverá ser obstada até que referida condição se regularize, pois, essa etapa não poderá ser suprimida.

Salienta-se que a aprovação pelo CAP não é mera formalidade. O CAP representa o conjunto dos segmentos envolvidos na atividade portuária do porto organizado e, por tal motivo, poderá faltar legitimidade ao pedido de arrendamento se o CAP não participar da “decisão prévia” da Autoridade Portuária sobre o arrendamento.

Entende-se ainda que, mesmo o arrendamento estando incluído no PDZ, no programa de arrendamento de áreas e instalações portuárias e no Plano Geral de Outorgas – PGO, o CAP deveria ser novamente consultado após concluídos os estudos, principalmente os da viabilidade técnica, operacional e econômica.

A norma não dispõe sobre essa situação, porém, essa nova consulta poderá ser feita se o CAP utilizar da prerrogativa constante do artigo 30, inciso XVI da Lei dos Portos.

A Administração Portuária deverá, dentro do PDZ, desenvolver um programa que contemple o arrendamento das instalações portuárias. Esse programa já fora instituído pelo Decreto Federal n. 4.391, instrumento normativo esse que, até a edição do Decreto Federal n. 6.620, regravava os arrendamentos portuários.

Nessa linha seguiu a Resolução n. 55 ANTAQ, chamando-o de Programa de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias. O Decreto Federal n. 6.620 se refere a Programa de Arrendamentos de Instalações Portuárias – PAIP. Conclui-se que é o mesmo programa, mas, sem a referência às “áreas”.

Certamente, tanto o PDZ quanto o PAIP e o próprio PGO deverão observar as políticas para o desenvolvimento e o fomento do setor portuário, nele compreendidos os portos, com seus terminais públicos

arrendados, e os terminais portuários privativos. O Decreto Federal n. 6.620 preocupou-se em dispor sobre essas políticas em seu artigo 3º.

Dentre essas políticas, destaca-se a *efetivação de obras prioritárias em portos marítimos nacionais* (inciso I), porque se verifica que o andamento das obras, no caso dos arrendamentos portuários, enfrenta alguns óbices e deixa de ser realizado em tempo compatível, principalmente para atendimento das necessidades internacionais do setor²²⁶.

Destaca-se também: *a redução de custos portuários, mediante a realização de economias de escala* (inciso III), por sua relevância para o “custo Brasil” e o *aumento da concorrência intra e inter portos, preservadas a necessidade de escala operacional e de viabilidade econômica* (inciso V) considerando que esse é instrumento para se evitar a competição imperfeita gerada a partir de condições desiguais. A regulação é um dos principais meios para a implantação dessas políticas.

O Decreto n. 6.620 também estabeleceu diretrizes para o setor. No que se refere aos arrendamentos portuários, destaca-se que todos guardam completa e inteira relação com os propósitos dessa outorga. No entanto, destaca-se em especial o que se refere ao estímulo à competitividade do setor e defesa da concorrência (inciso XII), considerando que o balanço entre esses dois elementos é de vital importância para que haja segurança jurídica aos investidores privados.

Essa segurança jurídica estimula investimentos no setor e contribui para os propósitos do desenvolvimento econômico e, por conseguinte, fortalece os recursos públicos aplicáveis ao próprio setor e oferece possibilidades de melhoria das condições para o desenvolvimento social.

Fala-se em arrendamento de instalações portuárias, mas, afinal, qual seria o seu objeto?

²²⁶ A conclusão das obras de expansão do Arrendamento do Porto de Itajaí, por exemplo, sofreu atrasos decorrentes da demora na liberação das áreas, retardando a instalação de equipamentos de terra fixo para a movimentação de cargas, em prejuízo do próprio segmento portuário em Itajaí.

2.2.1 Objeto

O Decreto Federal n. 4.391, que tratava de arrendamentos em portos e terminais marítimos, não trouxe definição para arrendamento. Isso foi feito pelo Decreto Federal 6.620, no seu artigo 2º, inciso V. A própria denominação “arrendamento” dá a ideia de qual seja o seu objeto:

Arrendamento - cessão onerosa de instalação portuária dentro da área do porto organizado²²⁷.

A instalação portuária localizada dentro da área do porto organizado é o objeto do arrendamento. Pelas atuais políticas nacionais do setor, o arrendamento poderá ocorrer em instalações portuárias operacionais e não-operacionais.

O motivo dessa distinção é compreensível. A União possui inúmeros bens, integrantes do seu patrimônio, alocados nos portos organizados de todo o país, que ainda servem para fins de operação portuária. Mas possui também outras áreas, prédios e instalações fora de operação portuária que podem ser revitalizados. O Porto de Itajaí é exemplo de cada uma dessas situações.

Na condição de instalações portuárias (operacionais mas ociosas), possui instalações de oficina que outrora foram utilizadas na manutenção dos equipamentos mantidos pela Administração Portuária para seu próprio uso (quando esta ainda fazia operações dos navios e de movimentação de cargas) e, posteriormente, para a manutenção dos mesmos equipamentos,

²²⁷ BRASIL. Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007, pela MP nº 320, de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006, e pela Lei nº 11.314, de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm> Acesso em: 30 out. 2008.

que foram disponibilizados mediante o pagamento de tarifas, para utilização pelos Operadores Portuários no referido porto.

Por decisão administrativa posterior, houve o leilão das máquinas e equipamentos. Consequentemente, o local e a estrutura para essa oficina, destinada aos equipamentos portuários, foram desativados. A área passou a fazer parte do arrendamento e foi revitalizada pela arrendatária do Porto de Itajaí, dentro dos padrões técnicos e ambientais adequados, para ser utilizada com mesma finalidade, com relativos ganhos para a Administração Portuária.

Na condição de instalação portuária não-operacional, o Porto de Itajaí possui o prédio que foi sede da antiga Alfândega. Tratado como “prédio histórico”, compõe os compromissos da arrendatária de revitalização e restauração numa das ações de integração entre o Porto e a Cidade.

Mas, o arrendamento de que cuida esta pesquisa é o das instalações portuárias operacionais para a movimentação de cargas destinadas ao ou provenientes do comércio internacional. Esse arrendamento tem como objeto instalações destinadas à movimentação de cargas provenientes de ou destinadas ao transporte aquaviário.

O contrato de arrendamento geralmente prevê a reforma dessas instalações, considerando o objetivo principal da Administração Pública de contratar com um parceiro privado os investimentos capazes de otimizar e atualizar as estruturas existentes para atendimento das exigências da navegação e transporte internacional de cargas.

O arrendamento poderá prever a ampliação das instalações, com acréscimo de área de armazenagem, construção de cais de atracação e de outras estruturas exigidas, inclusive pelas demais autoridades. As normas aduaneiras estabelecem a necessidade de local adequado para o depósito de mercadorias apreendidas pela Autoridade Aduaneira, bem como, requerem local específico para a inspeção física das cargas. Também exigem local próprio para a inspeção através de *scanner* de carga e local para a instalação administrativa de seu pessoal (auditores, técnicos e demais funcionários).

Dependendo do tipo de carga a ser movimentada, outras autoridades exigirão instalações apropriadas, e tais instalações, afetas à atividade, também constituirão o objeto da outorga.

No arrendamento, diferentemente da concessão, o canal de acesso e bacia de evolução, e as demais estruturas para o tráfego e acesso de embarcações, não fazem parte das outorgas de arrendamento, estando essas estruturas sob a gestão das Administrações Portuárias locais.

2.2.2 Competência regulatória

Conforme disposição da Lei n. 10.233, a ANTAQ é responsável pela regulação no caso dos arrendamentos portuários. Por sua vez, do art. 20 da citada Lei, depreende-se que referida Agência tem por objetivo regular ou supervisionar, em sua esfera e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transporte, exercidas por terceiros, com vistas a garantir a movimentação dos bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas.

A ANTAQ também deve 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.

Mais especificamente, o artigo 27, inciso IV, da Lei Federal n. 10.233, estabelece que cabe à ANTAQ elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

A Lei referida não faz diferenciação entre a concessão propriamente dita e o arrendamento, mas, assinala em seu artigo 14, § 3º, que 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.

Conforme acentua Wesley O. Collyer²²⁸, a ANTAQ recebeu atribuições de natureza variada: normativas, arbitradoras, fiscalizadoras, negociadoras, gerenciais, e até sancionadoras, ou seja, atividades executivas, decisórias e normativas. Enfim, segundo a Lei Federal n. 10.233, para o procedimento aos arrendamento, a regulação cabe à ANTAQ.

Contudo, no decorrer do contrato de arrendamento, o Arrendatário estará sujeito aos demais atos de regulação emanados das demais autoridades, como a Aduaneira (nas normas relativas ao alfandegamento), bem como dos regulamentos emanados do CAP.

Vários autores²²⁹ têm entendido que o CAP é um órgão regulador local ao qual se sujeitam os arrendatários de instalações portuárias localizadas dentro da área do porto organizado.

Realmente, de acordo com a Lei dos Portos, é possível concluir que os argumentos que defendem esse entendimento são procedentes. O CAP é responsável pela publicação das normas de pré-qualificação dos operadores portuários (artigo 9º) e é competente (artigo 30) para baixar o regulamento de exploração do porto (inciso I), homologar os valores das tarifas portuárias (inciso VIII), aprovar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto (PDZ) (inciso X), e estabelecer normas visando o aumento da produtividade e a redução dos custos das operações portuárias (§ 2º).

Considerando que todos os atos acima referidos afetam, de uma forma ou de outra, o arrendatário no dia-a-dia do seu contrato, considera-se correto o entendimento de que o CAP também é responsável pela regulação da atividade portuária em cada porto organizado.

²²⁸ COLLYER, Wesley O. **Lei dos Portos. O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência**, p.104.

²²⁹ COLLYER, Wesley O. **Lei dos Portos. O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência**, p. 95-98.

2.2.3 Competência procedimental

A competência procedimental tratada neste item refere-se aos procedimentos de outorga, controle e fiscalização dos arrendamentos.

O arrendamento deverá estar previsto no PDZ, cuja elaboração é tarefa da Administração Portuária. Elaborado, será aprovado em reunião do CAP. Não se trata de simples decisão na esfera do porto organizado. Essa delimitação tem que obedecer ao zoneamento urbano da própria cidade. Conforme o caso, dependerá, inclusive, de lei municipal. Por isso, tanto a Lei dos Portos (art. 4º, § 1º) quanto o Decreto Federal n. 6.620 (art. 6º), requerem a consulta prévia ao Município para firmar o contrato de arrendamento.

Suscitada, pelo interessado ou pela Administração Portuária, a intenção de arrendamento das áreas ou instalações portuárias, esta intenção deverá ser direcionada à ANTAQ através de requerimento próprio. Acompanham o requerimento, conforme dito, a indicação das cargas a serem movimentadas²³⁰, o PDZ e o PAIP do respectivo porto, objeto do requerimento. Este pedido e seus dados serão incluídos no Plano Geral de Outorgas.

O artigo 27, III, “b” da Lei Federal n. 10.233 estabelece que a ANTAQ proporá à Secretaria Especial de Portos da Presidência da República o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como, daqueles outorgados às companhias docas.

Incluído o pedido no PGO, é possível o prosseguimento dos atos que objetivam o arrendamento. A regulação relativa a essa espécie de outorga estabelece (o Decreto Federal n. 4.391, artigos 5º e 6º, já estabelecia) os estudos necessários para que a Administração Portuária, que é responsável por elaborar e executar o programa de arrendamento de instalações portuárias²³¹ (PAIP), possa efetivamente realizar os atos para a outorga de arrendamento.

²³⁰ BRASIL. Decreto n. 4.931. Artigo 25, § 1º.

²³¹ BRASIL. Decreto n. 6620, art. 29, I: incumbe à autoridade portuária de cada porto organizado a

Sobre esses estudos, o Decreto n. 6.620 dispôs, em seu artigo 25, inciso II, que o arrendamento de instalações portuárias será precedido da elaboração de estudos de viabilidade e de avaliação do empreendimento, os quais poderão ser efetuados pela autoridade portuária. Conforme asseverado anteriormente, tais estudos poderão ser contratados diretamente ou mediante contratação de empresa de consultoria independente, observada a legislação pertinente, bem como a natureza, a magnitude e a complexidade dos projetos.

Para o novo Decreto, além da caracterização do projeto original do proponente, os estudos deverão compreender, conforme o artigo 29, § 1º:

- I - viabilidade econômico-financeira, com base nas receitas e nas despesas operacionais e nos investimentos;
- II - viabilidade técnica, compreendendo o projeto de infraestrutura, superestrutura, localização e a sua articulação com a malha viária dos demais modais de transporte; e
- III - viabilidade ambiental, expressa no correspondente licenciamento prévio pela autoridade competente em meio ambiente.

Quanto às exigências ambientais, observa-se que na Lei dos Portos há a previsão de que o contrato somente poderá ser assinado se houver a aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente²³².

Com relação aos portos e terminais portuários marítimos, o Decreto Federal n. 4.931 expressava que o relatório que consubstanciaria os estudos deveria apontar as principais responsabilidades do arrendatário, em especial quanto a investimentos e proteção ao meio ambiente. O Decreto Federal n. 6.620, por sua vez, já especifica que a viabilidade ambiental deverá estar expressa no correspondente licenciamento prévio, qual seja, a LAP – Licença Ambiental Prévia, que ultrapassa a fase do Estudo de Impacto Ambiental.

elaboração e execução do respectivo programa de arrendamento de instalações portuárias.

²³² BRASIL. Lei n. 8.630, art. 4º, § 1º.

No atual modelo, esses estudos poderão ser ofertados pelo interessado no arrendamento de instalação portuária²³³.

A Resolução ANTAQ n. 55²³⁴ traz, em seu artigo 7º, a mesma referência à necessidade da elaboração de estudos de viabilidade, com vistas à avaliação pela Autoridade Portuária dos empreendimentos. Essa disposição não estabelece a análise relativa à viabilidade técnica, referindo-se aos aspectos econômicos e financeiros do próprio empreendimento, aspectos formais da licitação, das condições de competição do mercado relevante e da análise do passivo e dos riscos ambientais.

A análise das condições de competição do mercado relevante é aspecto dos mais importantes, posto que se relaciona à questão da viabilidade do empreendimento e à detecção da ocorrência de eventuais concentrações indevidas do mercado. Referida análise, ainda, é forma de preservação das regras de competição saudável, e assegura condições de manutenção da equação econômico-financeira dos contratos a fim de não prejudicar a sua própria execução.

Não é demais ressaltar que, para o êxito do empreendimento, é importante que os estudos sejam densos, ou seja, que eles não sejam superficiais, incompletos e, tampouco, fantasiosos. Deverão prezar pelo equilíbrio para que o empreendimento seja viabilizado, em bases sólidas e realistas. A análise do mercado a ser explorado não deve nem se estabelecer em patamares demasiadamente pessimistas, favorecendo o enriquecimento desproporcional do investidor e, muito menos, em patamares por demais otimistas, podendo penalizar o investidor e inviabilizar a parceria. É realmente tarefa difícil.

²³³ BRASIL. Decreto n. 6.620, art. 29, III.

²³⁴ BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n. 55-ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002. Aprova a norma para arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros. Disponível em: <www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/publicacao/0000000603.pdf>. Acesso em: 30 out. 2008.

São instrumentos de sustentação que servirão para imprimir solidez ao alcance dos objetivos da política nacional do setor portuário e, sendo adequadamente elaborados, servirão para impedir atos politiqueros de realização de obras públicas, com promessas de super investimentos no setor, por exemplo, ou tentativas aventureiras de investidores que venham somente “fazer negócio” com a outorga pretendida, repassando o encargo, assim que permitida a negociação do contrato com terceiro, através da sua transferência.

Pois bem. Junto com o relatório, deverão ser encaminhados à ANTAQ os documentos que farão parte do procedimento licitatório, já que o artigo 29, § 3º, estabelece que os estudos e demais elementos, como termo de referência, edital e anexos, tal como a minuta do contrato, deverão ser, previamente à licitação, conhecidos pela ANTAQ.

O relatório também deverá conter a descrição dos impactos do arrendamento das áreas e instalações portuárias sobre o equilíbrio econômico-financeiro da Administração Portuária, já que tem sido uma preocupação constante da ANTAQ, ao fiscalizar os portos organizados, a análise do equilíbrio econômico-financeiro dessas administrações, considerando sua responsabilidade pela infraestrutura aquaviária de acesso ao porto com investimentos em dragagem, sinalização náutica, e bem assim pelos compromissos de manutenção das demais estruturas sob sua responsabilidade.

O mesmo artigo 29 do Decreto n. 6.620, ao tratar dos arrendamentos portuários de instalações operacionais, deixa claro que o CAP deverá zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência.

Nesse caso, entende-se que deve ser dado conhecimento prévio ao CAP também do relatório que contém os estudos de viabilidade econômica, principalmente quanto aos aspectos colhidos do cenário macro-econômico, utilizado para projeção da movimentação de cargas durante o período do arrendamento. Dentro de suas prerrogativas, o CAP poderá se pronunciar a respeito.

Após a análise da ANTAQ, deverão ser encaminhados ao Tribunal de Contas da União, para seu conhecimento, o relatório que deu origem à fixação do valor mínimo da remuneração do arrendamento, a avaliação preliminar do eventual impacto ambiental do empreendimento, quando for o caso, e o edital e minuta do futuro contrato de arrendamento.

É importante ressaltar que a Lei n. 10.233, em seu artigo 28, estabelece que a ANTAQ adotará as normas e os procedimentos estabelecidos na Lei para as diferentes formas de outorga previstas nos seus artigos 13 e 14, caracterizando a autorização legislativa para a regulação pela Agência.

Essas normas e procedimentos devem cuidar para que os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas.

As outorgas, então, deverão estabelecer claramente os limites máximos tarifários e as condições de reajustes e revisão, o pagamento pelo valor das outorgas e participações governamentais, quando for o caso, e os prazos contratuais.

Das disposições sobre o arrendamento de instalações portuárias operacionais, verifica-se que seu procedimento administrativo de licitação rege-se pela Lei Federal n. 8.666 e pela Lei Federal n. 8.987. A modalidade de concorrência é a prevista para essa forma de arrendamento.

Assim, todos os princípios que regem as licitações deverão ser observados no transcorrer dos procedimentos que objetivarem a concretização do contrato de arrendamento, dentre eles, o da legalidade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, igualdade, ampla defesa, devido processo legal, instrumentalidade, etc.

Ultrapassadas todas as fases (internas e externas) para o procedimento licitatório, como já asseverado, o ente delegante é competente para a execução dos atos de adjudicação e homologação da licitação. Feito isso, a licitante vencedora é convocada para a assinatura do contrato.

O contrato de arrendamento constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado²³⁵.

O regime jurídico do contrato de arrendamento confere ao ente delegante, em relação ao contrato, a prerrogativa de alterá-lo, e bem assim de modificar a prestação dos serviços, para melhor adequá-lo à finalidade de interesse público, respeitados os direitos dos arrendatários, inclusive com relação a indenizações devidas, apuradas em processo administrativo regular.

As cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento são as previstas no artigo 4º, § 4º da Lei dos Portos, as quais são referentes:

- I - ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo;
- II - ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento;
- III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- IV - ao valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infraestrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário;
- V - à obrigação de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, com a fixação dos respectivos cronogramas de execução físico e financeiro;
- VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;
- VII - à reversão de bens aplicados no serviço;
- VIII - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive, quando for o caso, os relacionados com as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;
- IX - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços;
- X - às garantias para adequada execução do contrato;

²³⁵ BRASIL. Decreto n. 6.620, art. 29, VII.

- XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos;
- XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução dos serviços;
- XIII - às hipóteses de extinção do contrato;
- XIV - à obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;
- XV - à adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;
- XVI - ao acesso, pelas autoridades do porto, às instalações portuárias;
- XVII - às penalidades contratuais e sua forma de aplicação;
- XVIII - ao foro.

A Lei dos Portos estabelece, em seu artigo 4º, § 6º, que os investimentos realizados pela arrendatária de instalação portuária localizada em área de porto organizado reverterão à própria União, observado o disposto na lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos.

O mesmo ocorrerá com as áreas acrescidas ao arrendamento. Quando há previsão de acréscimo de área determinada ou, não havendo, contenha o contrato cláusula prevendo direito de o arrendatário aumentar área do arrendamento, essas áreas e obras nela edificadas, integrarão, efetivamente, o patrimônio do porto e, ao final da outorga, reverterão ao patrimônio da União.

Após o início do contrato de arrendamento, cabe ao arrendatário o cumprimento dos compromissos nele constantes, tanto do ponto de vista operacional, com o cumprimento de metas de movimentação, aquisição de equipamentos e atualização dos métodos e técnicas operacionais, quanto em relação às obrigações de ampliação, reforma e melhoria das instalações existentes e das que forem construídas.

Os compromissos da arrendatária também se pautam na sua relação com o usuário, nos preços e serviços oferecidos, na logística adotada para a prestação dos serviços, com vistas à manutenção da continuidade, à celeridade, à qualidade, à segurança e à modicidade dos preços.

Além desses, serão cobrados do arrendatário os demais compromissos a que está sujeito por disposição de lei (nem sempre detalhadamente previstos no contrato), tais como os de ordem aduaneira e fiscal, os das condições e requisitos de natureza sanitária, os relacionados à segurança nacional, os de cunho trabalhista, os de natureza ambiental, além de compromissos decorrentes de obrigações assumidas pelo Brasil com relação aos tratados e convenções internacionais de cunho compulsório.

Todos esses e os demais compromissos, como o de manter as condições de habilitação jurídica, de regularidade fiscal, e de qualificação técnica e econômico-financeira, são fiscalizados e controlados²³⁶ diretamente pelas Administrações Portuárias. Estas, por sua vez, sofrem a fiscalização da ANTAQ, que é responsável pela regulação do setor.

2.2.4 Fiscalização

A Lei Federal n. 10.233, em seu artigo 51-A, estabelece a competência da ANTAQ para a supervisão e fiscalização das atividades desenvolvidas pelas Administrações Portuárias nos portos organizados, respeitados os termos da Lei dos Portos.

Isso significa dizer que cabe fiscalização da ANTAQ sobre a fiscalização exercida pela Administração Portuária com relação ao arrendatário. Essas Administrações Portuárias são as concessionárias de portos organizados e as delegatárias, com base na Lei Federal n. 9.277, como é o caso do Porto de Itajaí.

²³⁶ BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n. 055-ANTAQ, art. 3º, § 4º, V: A execução, pela Autoridade Portuária, do Programa de Arrendamento aprovado pela ANTAQ compreenderá: [...] V - a fiscalização e o gerenciamento da execução dos contratos de arrendamento .

O Decreto Federal n. 6.620, em seu artigo 7º, § 1º, ao estabelecer as diretrizes gerais aplicáveis ao setor portuário e marítimo, dispôs com muita clareza sobre a necessária convivência, de forma harmônica, entre todas as autoridades atuantes na área portuária que, de uma forma ou de outra, também fiscalizam os arrendatários no exercício de sua atividade, dentro das respectivas competências das referidas autoridades:

A administração do porto, denominada autoridade portuária, e as autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima exercerão suas atribuições no porto organizado de forma integrada e harmônica, assegurando aos serviços portuários a máxima ordem, qualidade, celeridade e segurança.

2.2.5 Principais aspectos

No aspecto legal, destaca-se a necessidade de licitação para este tipo de outorga, considerando tratar-se de delegação de serviço público através do uso de bens públicos.

No aspecto econômico, o arrendamento é idealizado e estruturado para atendimento de interesse público no desenvolvimento econômico que depende da atividade portuária.

O contrato de arrendamento é previamente idealizado e se estabelece com obrigações que não são definidas de comum acordo com o arrendatário, mas, este, àquele se vincula. O foco do arrendamento, o mercado a ser atingido, as formas de remuneração e de cobrança de valores, enfim, toda a estrutura do potencial negócio (do ponto de vista do investidor) é estabelecida pela Administração Pública.

Normalmente, o investidor suporta os valores com aquisição de novas áreas para expansão das instalações e assume construção, reforma, ampliação de instalações existentes, execução de novas estruturas, etc. Todo esse investimento corresponde ao que o arrendatário investiria no caso de aquisição de área própria.

Também devem ser considerados os valores que serão desembolsados até o final do contrato, relativos às remunerações em favor da Administração Pública. Essa remuneração geralmente considera uma parcela fixa pelo próprio arrendamento, valores específicos a serem pagos pela movimentação das cargas (toneladas, unidades de contêineres, unidades de veículos e outros) e valores por metro quadrado de área disponibilizada.

Assim, a Administração Portuária, beneficiária dos valores do arrendamento, recebe até o final do contrato de arrendamento remunerações provenientes da atividade exercida pelo arrendatário. A Administração Portuária tem obrigação de investimento desses valores na própria atividade, valorizando ou mantendo atuais as instalações portuárias públicas.

Ainda no aspecto econômico-financeiro, o arrendatário está obrigado a divulgar os preços máximos a serem praticados, não os podendo exercer de forma totalmente livre.

No aspecto administrativo, o arrendamento é pautado por regras rígidas, por exemplo, quanto ao tipo de carga a ser movimentada, ou quanto à natureza do serviço prestado (serviço público que não pode ser seletivo com base em critérios discriminatórios).

No aspecto social, os contratos de arrendamento, por serem próprios de instalações portuárias localizadas em portos organizados²³⁷, têm regras próprias para a requisição de mão de obra para o trabalho portuário.

Conforme disposto no artigo 26 da Lei dos Portos, o trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício a prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

²³⁷ BRASIL. Decreto n. 6.620. Art. 2º, I - 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.

Esses trabalhadores estão representados pelos Sindicatos de cada atividade, na forma constitucional. A requisição da mão de obra é feita através do OGMO – Órgão Gestor de Mão de Obra do Trabalho Portuário²³⁸.

A valorização da mão de obra com base na eficiência, de modo a possibilitar a adoção de métodos de produção mais adequados nas operações portuárias, está dentro das diretrizes aplicáveis ao setor portuário ditadas pelo artigo 7º do Decreto Federal n. 6.620.

No aspecto ambiental, os portos são considerados empreendimentos de significativo impacto. Nesse sentido, os órgãos ambientais responsáveis pelo licenciamento, tanto têm sido rigorosos no sentido da elevação de padrões técnicos de edificação no momento das instalações dos empreendimentos, quanto têm exigido controles de vários níveis para a concessão das licenças operacionais.

Esse aspecto tem grande peso na questão econômica do terminal, pois os procedimentos administrativos para prevenção, mitigação e educação ambiental, bem como as respostas em caso de acidentes ou compensações ambientais para impactos não mitigáveis são ações que implicam investimentos financeiros representativos.

No aspecto fiscal e contributivo, os arrendamentos se submetem a todas as regras normais que recaem sobre qualquer atividade econômica.

Já na questão do controle aduaneiro, há exigências de instalações físicas e de procedimentos (como o uso de *scanner* na vistoria de cargas) que implicam investimentos significativos por parte do arrendatário.

2.3 AUTORIZAÇÃO

Conforme visto anteriormente, é no artigo 21, XII, “f”, que está estabelecida constitucionalmente a competência da União para explorar

²³⁸ BRASIL. Lei n. 8.630. Art. 18: finalidades do OGMO; Art. 19: competências do OGMO.

diretamente ou mediante autorização²³⁹, concessão ou permissão (inciso XII), os portos marítimos, fluviais ou lacustres (alínea “f”).

O artigo 4º da Lei dos Portos assegura ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo de contrato de arrendamento ou autorização do órgão competente.

Em conformidade com o mesmo artigo 4º da Lei dos Portos, verifica-se no seu § 2º que as instalações portuárias poderão ser exploradas nas modalidades de uso público e uso privativo.

A modalidade de uso privativo será outorgada através de Autorização. Para a movimentação de cargas provenientes ou destinadas ao transporte aquaviário, poderá ocorrer de forma exclusiva, para a movimentação de carga própria, ou mista, para a movimentação de carga própria e de terceiros.

Os terminais privativos de uso exclusivo serão referenciados no contexto de comparação entre estes e os terminais privativos de uso misto. Os terminais de turismo instituídos pela Lei Federal n. 11.314, a Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte e a Estação de Transbordo de cargas incluída pela Lei Federal n. 11.518, não são parte do objeto deste estudo, ao qual interessa delinear o perfil dos terminais portuários privativos de uso misto.

Os requerimentos para autorização de terminais de uso privativo (misto ou exclusivo) deverão ser compatíveis com o plano geral de outorgas, ou seja, estando o terminal localizado no porto organizado, deverá, inclusive, constar do PDZ. Não estando dentro do porto organizado, sua implantação não poderá conflitar com as disposições do PDZ.

Os requerimentos, então, deverão ser formulados à ANTAQ, e devidamente acompanhados da documentação estabelecida na legislação, para análise técnica²⁴⁰.

²³⁹ A autorização foi tratada no item 1.2.17.

A Resolução n. 517 prevê que a Autoridade Portuária será ouvida se o terminal de uso privativo se localizar na área do porto organizado. Essa mesma previsão está contida no § 2º do artigo 36 do Decreto n. 6.620.

Neste sentido, a Resolução da ANTAQ e o próprio Decreto deveriam prever também a manifestação do CAP no caso de terminal privativo que possa interferir no seu respectivo porto organizado, ou seja, ambas as manifestações não deveriam ser devidas somente para terminal que se localize no porto organizado, mas também para terminal que, de alguma forma, utilize parte das instalações do porto organizado ou interfira e influencie, ainda que de forma indireta, na atividade do porto organizado.

Além disso, a ANTAQ ainda deveria se manifestar expressamente sobre o terminal estar ou não localizado na área do porto organizado já no momento da autorização²⁴¹. Isso evitaria enormes discussões e transtornos para os interessados na definição dessa condição. Enfim, reduziria a insegurança jurídica.

Recebido o requerimento, a ANTAQ deve encaminhar consulta à SEP, com o resumo das características do empreendimento, para que esta se manifeste quanto à adequação do pleito às políticas e diretrizes do setor de portos e terminais portuários marítimos.

A autorização para a construção e exploração de instalação portuária de uso privativo será outorgada mediante a celebração, com a ANTAQ, de instrumento jurídico denominado contrato de adesão. Essa autorização dar-

²⁴⁰ BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n. 517-ANTAQ, de 18 de outubro de 2005, publicada no Diário Oficial da União em 8 de novembro de 2005. Aprova a Norma para Outorga de Autorização para a Construção, a Exploração e a Ampliação de Terminal Portuário de Uso Privativo. Disponível em <www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/publicacao/PublicacoesAntigas/Resolucao517.pdf>. Acesso em: 30 out. 2008. Art. 5º.

²⁴¹ Desta forma, evitar-se-iam inúmeros dissabores e discussões como a que se travou com relação ao terminal privativo instalado na margem esquerda do Rio Itajaí-Açu, em frente ao porto organizado de Itajaí, o qual, não obstante utilizar toda a infraestrutura aquaviária de acesso ao seu terminal, inclusive com dois dos berços de atracação localizados dentro do perímetro do porto organizado de Itajaí, entende-se ser um terminal fora desse porto organizado e, portanto, não sujeitos, por exemplo, à requisição de mão de obra através do OGMO e não submetido às Convenções Coletivas de Trabalho que regem o trabalho portuário no Porto de Itajaí.

se-á em dois momentos distintos: o primeiro, para autorizar a construção da instalação portuária de uso privativo, e o segundo, para autorizar o início da exploração da instalação portuária de uso privativo.

A execução de serviços portuários em instalações de uso privativo é da competência dos respectivos titulares das outorgas. A autoridade portuária será competente para intervir, na forma da lei e se necessário, nas operações do terminal quando este se situar dentro da área do porto organizado.

Para a identificação do objeto da outorga de autorização para terminal privativo é importante a conjugação de alguns conceitos que constam na Resolução n. 517 da ANTAQ e foram reafirmadas pelo Decreto Federal n. 6.620.

2.3.1 Objeto

Pode-se definir o objeto da autorização congregando os conceitos de autorização, de carga própria e de carga de terceiros.

Assim, pode-se dizer que o objeto da autorização de terminal privativo é a exploração de terminal para movimentação de carga própria pertencente ao autorizado, à sua controladora ou à sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária de forma exclusiva ou para a movimentação preponderante de carga própria em conjunto com a carga de terceiros, desde que estas sejam compatíveis em características técnicas e operacionais com aquela, bem como, sejam eventuais e de movimentação subsidiária.

2.3.2 Competência regulatória

Conforme disposição da Lei Federal n. 10.233, a ANTAQ é a responsável pela regulação no caso dos terminais privativos, ainda que estes exerçam atividade privada.

Da leitura do artigo 20 da lei citada, depreende-se que a ANTAQ tem por objetivo regular ou supervisionar, em sua esfera e atribuições, as

atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transporte, exercidas por terceiros, com vistas a 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.

Mais especificamente, em seu artigo 27, XXII, estabelece que cabe à ANTAQ autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei nº 8.630, de 1993.

Já o artigo 33 da mesma Lei Federal n. 10.233 dispõe que os atos de outorga de autorização, assim como os de concessão ou permissão, a serem editados e celebrados pela ANTAQ, obedecerão ao disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V e nas regulamentações complementares a serem editadas pelas Agências.

Da mesma forma que no arrendamento, no caso dos terminais privativos localizados na área do porto organizado, o CAP também é reconhecido como agente regulador local, conforme exposto no item 2.1.2 acima.

2.3.3 Competência procedimental

Em face do exposto no item anterior, a Lei Federal n. 10.233, em seu artigo 27, inciso XXII, estabelece que é da ANTAQ a competência para autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei nº 8.630, de 1993. Todo o procedimento de autorização tramita sob a responsabilidade da ANTAQ.

O pedido, como visto, é encaminhado ao conhecimento da SEP para que esta se manifeste sobre a conformidade com o PGO e as diretrizes e políticas do setor.

Os documentos a serem apresentados fazem parte da norma editada pela Agência especificamente para a outorga de autorização para a construção, exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo, a

Resolução n. 517 da ANTAQ, de 18 de outubro de 2005, já que o Decreto n. 6.620 refere-se à documentação necessária estabelecida na legislação (artigo 36).

A relação de documentos consta do artigo 5º da Resolução n. 517 da ANTAQ. Os documentos referem-se à habilitação jurídica e regularidade fiscal, cujas exigências elencadas são similares às feitas aos participantes em licitações.

Além dos documentos ordinários, exige-se a comprovação da titularidade do imóvel onde se pretende estabelecer o empreendimento (inciso I, alínea “f”), qual seja, a Certidão de Propriedade do terreno, expedida pelo Registro de Imóveis, a Certidão de Inscrição de Ocupação ou a Certidão de Aforamento do terreno, expedida pela Secretaria do Patrimônio da União-SPU, ou ainda instrumento legal que assegure o direito de uso e fruição do terreno pela interessada com a finalidade de implantação e exploração do terminal privativo em prazo compatível com o projeto proposto.

O Decreto n. 6.620 não se refere à possibilidade de preenchimento do requisito relativo ao imóvel, através de instrumento legal que assegure o direito de uso e fruição do terreno pela interessada com a finalidade de implantação e exploração do terminal privativo em prazo compatível com o projeto proposto.

Assim, entende-se que a exigência da Resolução n. 517 da ANTAQ, neste sentido, tornou-se incompatível com as regras vigentes através do novo Decreto. Conforme a referida norma, o interessado deverá comprovar a respectiva disponibilidade dos espaços físicos em águas públicas, nos termos da Lei Federal n. 9.636, de 15 de maio de 1998²⁴².

²⁴² Art. 36, § 3º. BRASIL. Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008, publicado no DOU em 30 de outubro de 2008, que dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm> Acesso em: 30 out. 2008.

A norma também se refere à manifestação do poder público municipal sobre a exploração ou a construção e exploração do terminal pelos idênticos motivos relativos aos arrendamentos portuários. Mesmo que esteja dentro da área do porto organizado e, ainda, se localizado fora dele, o titular deverá apresentar manifestação de concordância do poder público municipal do local do empreendimento, a fim de que se certifique o atendimento ao zoneamento e demais normas estabelecidas pelo respectivo município.

Já no inciso II do mesmo artigo 5º, a Resolução n. 517 da ANTAQ refere-se à habilitação técnica, estabelecendo que o interessado deverá apresentar a licença ambiental “cabível” (alínea “a”), do que se depreende ser a licença ambiental prévia (LAP), que já contempla os EIA e RIMA (exigido no artigo 4º, §1º da Lei dos Portos). Requer também a manifestação da Autoridade Marítima sobre a segurança da navegação nas áreas de responsabilidade do terminal (alínea “b”).

Ainda quanto à habilitação técnica, a norma requer do interessado declaração especificando as cargas próprias que intenciona movimentar no terminal, com a indicação da movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas.

O Decreto Federal n. 6.620, por sua vez, é mais incisivo neste sentido:

Art. 38. Os procedimentos para a outorga de autorização para a construção e exploração de instalação portuária de uso privativo misto deverão observar as seguintes exigências:

I - apresentação de declarações, comprovações ou avaliações de movimentação de carga, própria e de terceiros, como parte integrante dos estudos necessários à autorização de instalação portuária de uso privativo misto;

II - comprovação da formulação de consulta prévia à autoridade aduaneira, diretamente pelo interessado ao órgão alfandegário com jurisdição local, que a instruirá com as informações

pertinentes ao conhecimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil; e

III - construção da instalação portuária de uso privativo, na forma autorizada.

Parágrafo único. A prestação dos serviços de movimentação de cargas de terceiros, pelo detentor da autorização da construção e exploração de instalação portuária de uso privativo misto, será disciplinada em contratos assinados entre o detentor dessa autorização e o tomador de seus serviços, cujo instrumento é regido, exclusivamente, pela norma do direito privado, sem a participação ou responsabilidade do poder público.

Os demais requisitos para a habilitação técnica são os mesmo exigidos para as demais outorgas e não há requisitos para a comprovação da qualificação econômico-financeira, conforme é exigido nas licitações em geral, considerando que o empreendimento recai sobre bens que não integram o patrimônio público e serão concebidos por conta e risco do empreendedor que, inclusive, perderá a outorga caso não atenda os requisitos jurídicos, de regularidade fiscal e técnicos exigidos.

Feito isso, o procedimento é todo administrativo. Apresentada a documentação, poderá a ANTAQ requerer que esta seja complementada. Estando de conformidade com todas as exigências legais e procedimentais, é concedida a autorização.

2.3.4 Fiscalização

É também com fundamento no artigo 20 da Lei Federal n. 10.233 que se entende que a fiscalização das outorgas de autorização para terminais privativos é da ANTAQ, já que, conforme disposto no referido artigo, seu objetivo é regular ou supervisionar, em sua esfera e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transporte, exercidas por terceiros. Essa função é exercida com vistas a 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.

Então, não lhe cabe apenas autorizar, conforme especificamente prevê o artigo 27, XXII, da Lei Federal n. 10.233, mas também fiscalizar o autorizado no cumprimento do Termo de Autorização e das normas editadas para este tipo de outorga.

É possível concluir que a autorização é tipo de outorga conferida para terminais portuários mistos que surgiram com a Lei dos Portos, cujos principais aspectos merecem ser analisados, conforme se faz no tópico seguinte.

2.3.5 Principais aspectos

No aspecto legal, destaca-se que a autorização independe de licitação por não se aplicar à prestação de serviço público. Conforme o artigo 175 da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

No caso em tela, é permitida a autorização, mas quando não se caracterizar prestação de serviço público.

Para a prestação de serviços na movimentação de carga própria, o autorizado não estaria prestando serviço ao público. Quando a carga de terceiro movimentada pelo detentor da autorização for subsidiária e eventual, bem como, guardar semelhanças técnicas e operacionais com a carga própria, entende-se não se caracterizar prestação de serviço público e, portanto, a outorga prescinde de licitação.

O instrumento de contrato a ser firmado pelo detentor da outorga e o terceiro será regido, exclusivamente, pela norma do direito privado, sem a participação ou responsabilidade do poder público.

A autorização é outorgada mediante “contrato de adesão” ou “termo”. Não é feita através de contrato nos termos do contrato de arrendamento (que inclui cláusulas específicas para a prestação de serviço público). No termo

são estabelecidas as condições gerais e mínimas da autorização, e este conterá disposições sobre a possibilidade de anulação ou cassação.

O termo não conterá estabelecimento de prazo certo, período de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação, ou seja, em caso de perda das condições indispensáveis ao cumprimento do objeto da autorização, ou de sua transferência irregular, a Agência extingui-la-á mediante cassação²⁴³. Extinguir-se-á também por decisão do outorgado.

Isso significa que o autorizado poderá paralisar ou terminar o negócio quando entender conveniente, sem que isso represente qualquer afronta às disposições legais, pois, é senhor exclusivo do empreendimento.

Ainda que haja disposição, nos termos de outorga, sobre o compromisso de regularidade, continuidade dos serviços, eficiência e segurança, não há compromisso com a qualidade, modicidade de preços ou direitos dos usuários, etc, comuns nos contratos de arrendamento e comuns na prestação de serviços públicos.

Ademais, os compromissos de regularidade e continuidade seriam, de certo modo, incompatíveis com a natureza da autorização e poderiam ensejar a perda ou suspensão da mesma, porém, não implicariam em outras penalidades a que os arrendatários, por exemplo, estariam sujeitos.

Também no aspecto legal, por disposição da própria Lei Federal n. 10.233, em seu artigo 47, a empresa autorizada não tem direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições

²⁴³ Art. 48. BRASIL. Lei n. 10.233 de 5 de junho de 2001, publicada no Diário Oficial da União em 6 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

impostas por lei e pela regulamentação, que lhe deve fixar prazo suficiente para adaptação.

Os requisitos de carga própria e sua preponderância e as características da carga de terceiro, ora reafirmadas pelo Decreto Federal n. 6.620, são aspectos legais importantes para a outorga de autorização, considerando que o titular da autorização de terminal privativo misto, efetivamente, deverá ter carga própria preponderante. De tal forma, essa carga deve pertencer ao autorizado, à sua controladora ou à sua controlada, e justificar por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária.

Por sua vez, para a movimentação de carga de terceiros, somente lhe será permitida com relação àquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, e que tenha as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária.

No aspecto econômico é importante salientar que a autorização é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição. Mas, será reprimida toda a prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, conforme artigo 45 da Lei Federal n. 10.233.

Poderá haver seletividade na prestação de serviços tanto de carga, quanto de usuário, ou seja, não é assegurado ao usuário acesso ao serviço sem discriminação ou em condições de igualdade com os demais usuários. Tais posturas não poderão ser consideradas ilícitas se adotadas.

Além disso, a autorização não está obrigada a qualquer outro tipo de pagamento pela outorga que lhe é concedida, ou seja, não há remuneração ao ente concedente.

No aspecto social, o autorizado não está obrigado a requisitar mão de obra específica. Seus recursos humanos são recrutados no mercado, estando sujeitos às convenções coletivas dos respectivos trabalhadores.

No aspecto ambiental, o autorizado se submete às normas gerais ambientais que qualificam o empreendimento portuário como de significativo impacto ambiental.

No que tange ao aspecto contributivo e fiscal, todas as incidências tributárias, fiscais e demais custos são somente os inerentes às atividades comerciais em geral.

Por fim, a autorização sofre controle genérico de fiscalização submetendo-se ao poder de polícia do Estado.

2.4 COMPARAÇÃO ENTRE OS DOIS MODELOS

Por conta de algumas autorizações conferidas a terminais privativos de uso misto com o desvirtuamento por parte dos autorizados do objeto da outorga é que se instalou uma polêmica e várias discussões foram desencadeadas acerca da carga própria e sua proporcionalidade diante da carga de terceiros, conforme já exposto.

O Decreto Federal nº 6.620/08 veio esclarecer ponto controvertido acerca dos ditames da carga própria e, também, confirmar o marco regulatório do setor portuário, que se alicerça em preceitos constitucionais condizentes com a ordem jurídica e constitucional vigente.

O Decreto esclarece a obrigatoriedade de o terminal privativo de uso misto operar carga própria que justifique, por si só, o empreendimento. Ademais, estabelece claramente o caráter subsidiário e complementar da carga de terceiros e a similaridade necessária dessa carga com a carga própria do autorizado.

Até a edição do referido Decreto, não havia disposição sobre a proporcionalidade entre ambas as cargas, e tampouco havia disposição sobre a compatibilidade e similaridade da carga de terceiros com a carga própria capaz de autorizar a existência do terminal.

A Lei dos Portos já havia previsto a autorização como outorga para instalação de terminal de uso privativo localizado fora da área do porto organizado, ou até mesmo dentro da área do referido porto organizado, desde que a interessado titular do domínio útil do terreno.

Essa premissa foi seguida pela Lei Federal n. 10.233, que criou a ANTAQ. A mesma Lei conferiu à Agência a prerrogativa de criar normas e procedimentos relativos às autorizações.

No exercício dessa prerrogativa, a ANTAQ editou a Resolução n. 517, de 10 de outubro de 2005, a qual estabeleceu a necessidade de especificação da carga própria a ser movimentada no terminal pelo interessado com movimentação mínima anual suficiente para justificar o empreendimento, conforme estudos realizados.

Essa movimentação de carga própria vincula a autorização, ou seja, o interessado ficaria obrigado ao montante declarado anualmente. Quanto à carga de terceiros, a exigência se limitou à informação sobre a sua natureza, sem exigência de similaridade ou proporcionalidade. Isso deu liberdade de terminais autorizados movimentarem livremente as cargas de terceiros, caracterizando-se prestação de serviços públicos sem licitação, em afronta ao disposto no artigo 175 da CRFB/1988.

A falta de proporcionalidade entre carga própria e carga de terceiros e a inexistência de subsidiariedade da carga de terceiros passando esta a ser o principal motivo do empreendimento, agravadas pela falta de fiscalização da ANTAQ, teria conduzido à atual situação da disputa do mesmo mercado relevante entre os arrendatários e os autorizados, em ambiente de competição imperfeita, dada a assimetria de regimes jurídicos entre ambas as outorgas.

Constatou-se, assim, flagrante afronta às diretrizes e princípios que norteiam a atividade portuária e às políticas nacionais do setor, o que contribuiu para o aumento da insegurança jurídica dos investidores e dos prejuízos ao interesse público.

2.4.1 Concorrência e competição imperfeita

Não há divergências entre dois pontos: os terminais privativos de uso misto e os terminais públicos disputam o mesmo mercado relevante e estão vinculados a dois regimes jurídicos bem diferentes.

Aos terminais privativos de uso misto foi permitido, até o Decreto Federal n. 6.620, movimentar livremente cargas de terceiros. Considerando o disposto no artigo 47 da Lei Federal n. 10.233, os atos de autorização já praticados deveriam se adaptar às novas determinações do Decreto Federal. Diz o artigo 47:

A empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação.

No entanto, o Decreto n. 6.620, que deveria estabelecer o prazo para as adaptações dos já autorizados às suas disposições, estabeleceu em seu artigo 53, que “as disposições deste Decreto não alcançam os atos legais praticados anteriormente à sua edição”

As normas apresentam-se em conflito. Porém, aplicando-se-lhes o critério da hierarquia, depreende-se que lei ou norma inferior não tem o poder de alterar norma superior.

Dessa forma, o disposto no artigo 53 do Decreto Federal n. 6.620 não é aplicável para o fim de manter as outorgas já entregues sem o cumprimento do mais disposto no referido Decreto, em respeito ao disposto no artigo 47 da Lei Federal n. 10.233. Entende-se que deve ser dado prazo aos já autorizados para que se adaptem às disposições do Decreto. Mas, não parece ser

este o entendimento da ANTAQ, pelo que se verifica do teor de sua manifestação na ADPF n. 139, conforme disposto no item anterior (2.3.1).

O entendimento da ANTAQ é o de que esta manterá as condições então exigidas dos autorizados que não possuem proporcionalidade entre as cargas própria e de terceiros e, muito menos, a preponderância da carga própria. Se assim se concretizar, estaria sedimentado o exercício de serviço público sem licitação. A interpretação que se entende equivocada privilegiaria alguns poucos terminais com uma riquíssima e vantajosa reserva de mercado.

É bem verdade que os atos da ANTAQ foram praticados sem a medida exata de sua repercussão. A esse respeito é clara a lição de Osvaldo Ferreira de Melo²⁴⁴ ao dispor:

Os valores, fundamentos e consequências sociais da norma são suas principais preocupações. Para ela, dentro dessa dimensão prática e imediata, importante é alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito.

Tais atos resultaram em investimentos por parte dos terminais privativos de uso misto, os quais criaram postos de trabalho e estabeleceram relações jurídicas contratuais com clientes, fornecedores e prestadores de serviços, que, de qualquer forma, são realidade.

Assim, não somente o rumo que a estrutura portuária nacional tem tomado em decorrência dos atos promovidos pela ANTAQ deve ser motivo de grande reflexão, mas o rastro formado em decorrência de tais atos também deverá fazer parte de um grande “balanço”, principalmente pelos diretamente atingidos.

²⁴⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 19.

As consequências, que se apresentam até o momento, deverão ser levantadas para o fim de eventual responsabilidade (exclusiva ou concorrente) da União Federal com relação aos atos que guinaram o setor portuário para um novo cenário, marcado pela competição assimétrica entre os terminais privativos de uso misto e os terminais públicos representados pelos arrendatários. Esse novo cenário também intensifica a insegurança jurídica, em prejuízo às tentativas de atração de novos investimentos.

Mantido o cenário atual, são mantidas as condições inadequadas da competição, em prejuízo ao interesse público e aos direitos do investidor privado que se submeteu aos ditames de procedimento licitatório para a regular exploração do serviço público.

Diante de tais fatos, arrendatários se acham prejudicados pelo próprio ente concedente originário que, através de Agência Reguladora da atividade, permite a manutenção de condições de competição imperfeitas, acarretando-lhes prejuízos e, em consequência, causando o desequilíbrio da equação econômica-financeira dos contratos de arrendamento.

Os atos concretos da ANTAQ, por falha do exercício das funções normativa e fiscalizatória dentro da atividade de regulação, ensejam a responsabilidade civil do Estado, qual seja, a União, por ato da Agência, tendo em vista as suas condutas omissiva (fiscalizatória) e comissiva (outorga da autorização sem carga própria relevante), o que será melhor explorado no Capítulo 3.

Antes, porém, para melhor compreensão do cenário da competição imperfeita, é importante enumerar, de forma simples, as diferenças mais acentuadas entre ambos os modelos:

2.4.1.1 Custos para a exploração do serviço

O edital de licitação para a promoção do arrendamento portuário prevê todas as condições necessárias para que o contrato se realize. Uma dessas condições é o custo para a exploração do serviço, objeto da outorga de arrendamento. Isso porque o arrendatário receberá um direito de exploração

da atividade na prestação do serviço público, e esse direito, acompanhado do bem a ser explorado, tem um valor devidamente calculado por estudos específicos²⁴⁵.

É o chamado *down payment*, que representa um valor fixo determinado, geralmente pago no início do contrato. Nem sempre, ou não totalmente, esse pagamento é vinculado a eventos futuros.

Para os terminais de uso privativo misto, não há qualquer tipo de *down payment* para a Administração Pública, já que o outorgado é titular da área sobre a qual se edificará o empreendimento e será desenvolvida a atividade.

2.4.1.2 Valores investidos no arrendamento

Via de regra, o arrendatário tem recebido instalações portuárias carentes de reforma, atualização ou expansão. Pelo contrato, todos esses investimentos são encargos do arrendatário, ou seja: reforma, construção, ampliação, custeio na aquisição de imóveis, etc.

Nesse cenário, as edificações, reformas, ampliações e melhorias se incorporam ao imóvel objeto do arrendamento e não se integram ao seu capital, ou seja, não lhe pertencem. O titular do arrendamento não é proprietário da área ou de suas edificações e todos os bens reverterem ao patrimônio da União ao final do arrendamento.

Por sua vez, no caso das autorizações para os terminais privativos de uso misto, todas as obras de construção, ampliação e custeio na aquisição de imóveis são também ônus do titular da autorização. Porém, tudo integra o capital imobilizado da empresa autorizada, ou seja, seu titular é proprietário da área, das edificações, das benfeitorias, etc.

²⁴⁵ Neste sentido: OLIVEIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários**, in BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139. fls. 97-140.

2.4.1.3 Remuneração fixa e variável mensal até o final do contrato

Além do *down payment*, os arrendatários fazem pagamentos mensais fixos à Administração Pública. Também pagam mensalmente parcelas variáveis, vinculadas à movimentação de cargas no terminal e vinculadas à área arrendada.

Por exemplo, há pagamento de valor determinado por contêiner movimentado, ou por tonelada de carga movimentada, ou por unidade (como veículos, máquinas etc.). Há também pagamento de valor determinado por metro quadrado de área disponibilizada para o arrendamento.

Esses pagamentos são feitos desde o início da operação do arrendatário no terminal até o final do contrato. Sobre tais pagamentos ou quaisquer outros não possui o arrendatário quaisquer privilégios, prerrogativas ou isenção quanto aos encargos, tributos, contribuições previdenciárias ou fiscais, etc. O arrendatário paga todos os encargos comuns a uma empresa privada.

No caso do terminal privativo de uso misto, não há qualquer pagamento à Administração Pública vinculado à movimentação de cargas, ou por contêiner, ou por unidade, ou tonelada. Todo o valor obtido pelos serviços prestados é integralmente do titular do terminal. Este somente está sujeito aos encargos comuns de uma empresa privada.

2.4.1.4 Mão de obra

Para os terminais localizados dentro da área do porto organizado, há a obrigatoriedade de submissão à escalação de mão de obra de pessoal cadastrado ou registrado no OGMO – Órgão Gestor da Mão de Obra Portuária²⁴⁶. Essa obrigatoriedade se refere aos serviços descritos no artigo 26 da Lei dos Portos:

²⁴⁶ Arts. 18 a 25. BRASIL. Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, alterada pela Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007, pela MP nº 320, de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006, e pela Lei nº 11.314, de 3 de julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em:

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

Parágrafo único. A contratação de trabalhadores portuários de estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício a prazo indeterminado será feita, exclusivamente, dentre os trabalhadores portuários avulsos registrados.

Essa mão de obra é especializada e organizada em Sindicatos, e os respectivos preços dos serviços são regulados por convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho aos quais os terminais públicos e os terminais privativos de uso misto, localizados dentro da área dos portos organizados, estão sujeitos.

O custo dessa mão de obra é maior do que o da mão de obra angariada livremente no mercado, tal como é feito pelos terminais privativos de uso misto localizados fora do porto organizado. A forma de contratação dos trabalhadores portuários avulsos é limitada aos registrados e cadastrados no OGMO.

2.4.1.5 Determinação dos preços

Os terminais públicos, operados pelos arrendatários, não possuem plena liberdade de preços, pois estão obrigados, por contrato, a divulgarem o preço máximo praticado para os usuários de seus serviços, sofrendo a fiscalização direta do ente delegante e da própria ANTAQ.

Os preços máximos são submetidos à Administração Portuária e homologados pelo CAP. Não há liberdade, portanto, quanto à fixação desses preços.

Já os terminais privativos de uso misto não possuem qualquer obrigação de fixação de preços máximos, e não submetem seu preço ao

crivo da ANTAQ, ente outorgante, pois, na forma do artigo 43, II, Lei Federal n. 10.233, a atividade é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição.

2.4.1.6 Prazos das outorgas

O arrendamento de terminal portuário de uso público, precedido de licitação, é formalizado através de contrato administrativo e possui prazo certo e determinado.

Por conta disso, os investimentos devem ser feitos de modo a serem amortizados dentro do prazo previsto. Somente haverá prorrogação do prazo do arrendamento se houver essa previsão no contrato, e desde que preenchidos vários requisitos legais.

Sem justo motivo, o arrendatário não poderia deixar o contrato por seu compromisso de continuidade dos serviços públicos.

O mesmo não ocorre quanto ao autorizado, que pode livremente abandonar o negócio, por motivo pessoal, sem qualquer risco de cometimento de ilicitudes ou de quebra de compromisso com a Administração Pública, posto que não há compromisso de manutenção da disponibilidade dos serviços e, tampouco, de cumprimento de prazo de vigência da outorga.

A autorização aos terminais portuários de uso privativo misto é, deste modo, outorga sem prazo final. É feita por prazo indeterminado e perdurará enquanto houver interesse do autorizado, ou seja, não há vinculação a qualquer tempo de duração e vigorará enquanto este cumprir os requisitos impostos aos seus titulares pelas normas reguladoras da atividade.

2.4.1.7 Direitos dos Usuários

Os arrendatários têm obrigações de qualidade e de atendimento dos usuários. Nos seus contratos com o ente delegante, há a previsão dos direitos e até deveres dos usuários, que têm acesso ao serviço sem discriminação e em condições de igualdade com os demais usuários.

No caso dos terminais privativos de uso misto, não há compromisso com a qualidade dos serviços prestados nos moldes fixados pelo ente delegante. Tampouco há acessibilidade a todos os usuários, já que os terminais privativos de uso misto poderão eleger o cliente que receberá o serviço, preterindo ou recusando usuários que não lhes sejam convenientes.

2.4.1.8 Seletividade da carga

Por prestarem serviços públicos, os arrendatários deverão operar cargas compatíveis com a natureza dos serviços que lhe foram delegados, e não podem estabelecer critérios de simples preterição, seletivos, que estabeleçam qualquer tipo de discriminação para obter vantagem própria ou alheia, em detrimento de usuários aptos a se beneficiarem da estrutura portuária objeto do arrendamento, quer decorrente da qualidade ou pouca rentabilidade na movimentação da carga.

Os terminais privativos de uso misto, por sua vez, podem estabelecer critérios seletivos da carga livremente, dando preferência, por exemplo, para as que lhes forem mais convenientes, por questão de rentabilidade, facilidade de manuseio, cordialidade, etc.

2.4.1.9 Fiscalização

Os arrendamentos sofrem a fiscalização da ANTAQ no cumprimento de todas as cláusulas do contrato de arrendamento. Essa fiscalização visa à garantia da prestação dos serviços públicos com continuidade, universalidade, modicidade de preços e qualidade.

Além disso, destina-se a conferir o cumprimento dos compromissos de construção, reforma e ampliação de áreas, e de investimentos, bem como, verificar a regularidade dos pagamentos comprometidos pelo arrendatário à Administração Pública. Através da fiscalização, ainda, é verificada a permanência das condições de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira do arrendatário, exigidas durante todo o contrato.

O arrendatário está sujeito, ainda, à fiscalização do Estado, pelo exercício do poder de polícia a que as atividades econômicas em geral estão sujeitas.

Os autorizados, por seu turno, ainda que os atos de autorização contenham cláusula de que o autorizado se obriga a executar os serviços de forma a satisfazer os requisitos de regularidade, continuidade, eficiência, segurança e atendimento ao interesse público e à preservação do meio ambiente, tal disposição não se aplicaria ao tipo de outorga. Essa exigência revela a preocupação da Agência de manutenção do perfil da prestação de serviço público, revelando que a ANTAQ está, efetivamente, autorizando a execução de serviços públicos sem prévia licitação.

Por sua vez, não há imposição de atendimento ao caráter de universalidade.

Uma semelhança é a de que os autorizados se submetem aos termos da fiscalização geral de polícia do Estado a que toda atividade econômica está sujeita, o que não minimiza a discrepância entre os dois modelos, já que os arrendatários também se submetem ao mesmo controle.

Assim, a assimetria dos elementos que regulam cada um dos modelos analisados de forma comparada, caracteriza a competição do mesmo mercado relevante²⁴⁷ em condições desiguais entre os terminais portuários de uso público (arrendatários) e os terminais portuários de uso privativo misto, o que deveria ser reprimido²⁴⁸ pela ANTAQ, na forma do artigo 12 da Lei 10.233.

A assimetria implica competição imperfeita, que requer do ente regulador uma atuação efetiva e urgente, restabelecendo condições salutaras para o exercício da atividade de cada ente regulado e envolvido na

²⁴⁷ OLIVEIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários.** in BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139. fl. 104-115.

²⁴⁸ BRASIL. Lei n. 10.233, artigo 12: Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: [...] VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.

prestação dos serviços portuários que lhe são legitimamente afetos, em cumprimento ao objetivo da Agência, dentro da sua esfera de atuação, qual seja:

b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica²⁴⁹.

Ao tomar conhecimento de fato que configure ou possa configurar infração da ordem econômica, a Agência deverá comunicar tal fato ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso, na forma do artigo 31 da Lei Federal n. 10.233.

O Brasil possui legislação suficiente e órgãos habilitados para o combate à concorrência imperfeita, tais como a Lei Federal n. 8.884²⁵⁰ e o CADE. Porém, a ANTAQ não envolveu o CADE na apreciação das condições de concorrência imperfeita que envolvem os terminais privativos de uso misto na sua indevida, ilegal e inconstitucional atuação como prestadores de serviço público.

Os CAPs, de cada porto ou concessão, atingidos pelos efeitos da concorrência imperfeita deveriam ser envolvidos na discussão, já que estes, investidos das atribuições conferidas pelo artigo 30, VI e XIII, da Lei dos Portos²⁵¹, poderiam buscar defender as condições de competição equilibrada.

Nesse quadro, a pseudo “livre concorrência” criada pela situação atual poderá culminar no domínio do mercado pelo modelo que sofre menor custo (terminais privativos de uso misto), em detrimento daquele cujos

²⁴⁹ BRASIL. Lei nº 10.233, artigo 20, II, a).

²⁵⁰ BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial da União de 13 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>. Acesso em: 15 jul. 2009

²⁵¹ BRASIL. Lei n. 8.630. Artigo 30, Inciso VI – zelar pelo cumprimento das normas de defesa da concorrência; Inciso XIII – estimular a competitividade.

encargos lhe colocam em larga desvantagem na competição, não obstante legalmente outorgados (terminais públicos – arrendatários).

De tal modo, há muito o que ser feito para que, utilizando-se os instrumentos disponíveis (leis, entidades, atos administrativos regulatórios, fiscalizatórios, de polícia) seja possível a real harmonização do segmento atingido pelos atos da ANTAQ, que resultam na competição imperfeita, a fim de que o interesse público em jogo seja protegido.

Quanto aos resultados concretos dessa postura, do agir da Agência com relação ao caso específico, resta a apuração da responsabilidade civil da União com relação aos danos causados aos terminais públicos atingidos, posto que a Administração Pública não poderá alterar políticas públicas, nem praticar atos concedendo direitos sem mensurar os seus reflexos e, tampouco, sem pensar em procedimentos necessários a eliminar, minimizar ou compensar eventuais impactos prejudiciais aos administrados. O aspecto da responsabilidade civil é o tema tratado no Capítulo 3, a seguir.

CAPÍTULO 3

RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO POR ATOS PRATICADOS PELA ANTAQ

Alguns dos principais aspectos das outorgas de arrendamentos de instalações portuárias de uso público (constituindo-se os terminais portuários de uso público) e das outorgas de autorização para instalação de terminal privativo de uso misto, apontados no capítulo anterior, remetem a questionamentos sobre a possibilidade da responsabilidade civil da União por danos causados aos investidores de terminais portuários de uso público pela assimetria dos regimes jurídicos entre os modelos que atualmente convivem atuando no mesmo mercado relevante.

O novo contexto portuário nacional sofreu recentemente forte alteração, decorrente de atos promovidos pela ANTAQ com relação a alguns terminais privativos de uso misto cujo principal objetivo tem demonstrado ser a movimentação de carga de terceiro.

Tais atos, em suma, compreendem: (1) outorga de autorização aos interessados que simplesmente declararam existência de carga própria sem comprová-la; (2) autorizações sem que a lei conferisse parâmetros mais definidos para a proporcionalidade de carga própria e carga de terceiros (insuficiência ou imprecisão da lei); (3) não observância aos preceitos constitucionais quando do ato de regulação, no que se refere ao serviço público, mantendo-se a subjetividade dos requisitos para a outorga com relação à necessidade de carga própria; (4) falta de efetiva fiscalização da movimentação de cargas próprias e das cargas de terceiros; e (5) omissão na análise dos reflexos desses atos de autorização nas demais outorgas, descurando-se da

obrigação de zelar pelas condições adequadas à concorrência (evitando-se a competição imperfeita).

Este cenário, de flagrante desequilíbrio, provoca insegurança jurídica aos investidores e atuais parceiros da Administração Pública. Além dos prejuízos aos seus direitos e deveres contratuais e às expectativas com relação ao empreendimento, tais desequilíbrios podem significar diminuição da parcela destinada à Administração Pública, reduzindo a força de reinvestimento nas suas estruturas portuárias atuais, e causando a dispersão dos recursos públicos e o sucateamento da estrutura pública portuária.

O ambiente de concorrência entre os terminais públicos e os privativos de uso misto teria sido atingido negativamente pelos atos da ANTAQ, ensejando a responsabilidade civil da União.

Luiz Ricardo Trindade Bacellar²⁵², ao discorrer sobre o tema, assevera que *não se pode olvidar o fato de que as agências reguladoras são pessoas jurídicas de direito público, estando submetidas à responsabilidade objetiva imposta no art. 37, §6º da CRFB.*

Os atos negativos decorrem de discricionariedade praticada pela Agência diante da imprecisão da Lei dos Portos sem considerar sua inadequação às disposições constitucionais e, portanto, agindo inconstitucionalmente, exacerbando de seus próprios poderes, em prejuízo de terceiros.

Antes de entrar especificamente na abordagem dessa responsabilidade, é importante traçar, em linhas gerais, alguns dos principais aspectos da responsabilidade civil do Estado, conforme abordado no tópico seguinte.

²⁵² BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 181.

3.1 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Uma ressalva importante para a adequada compreensão da pesquisa: “responsabilidade civil do Estado” ou “responsabilidade civil da administração”, assim como “responsabilidade patrimonial” ou “responsabilidade patrimonial extracontratual”, são expressões utilizadas na ordem de citação dos doutrinadores²⁵³.

Nas argumentações, opta-se pela expressão “responsabilidade civil do Estado”, considerando ser esta a terminologia mais utilizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Para desenvolver as funções que lhe são afetas e para alcançar os fins que lhe são próprios, o Estado é composto de organismos e órgãos complexamente estruturados, que precisam da presença do elemento humano, quais sejam, seus agentes, funcionários, servidores e prepostos, a quem confere poderes de praticar atos em lugar da própria Administração, entidade estatal²⁵⁴.

Tais atos, tomados em nome do Estado, por vezes causam danos a terceiros, o que enseja a responsabilização civil deste ente e o respectivo ressarcimento dos danos e indenizações pelos prejuízos causados. Trata-se, pois, de tema marcado por discussões importantes, e que, nos últimos anos, foi objeto de grande produção da doutrina e da jurisprudência por sua expressiva transformação.

A respeito da responsabilidade do Estado, J.J. Gomes Canotilho sustenta que é:

[...] um assunto que, nas fronteiras do direito público e privado, apresenta as nebulosidades de todas as zonas de recíprocas interinfluências, com delimitações oscilantes e divergentes. A

²⁵³ Acerca da diversidade das expressões: PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 11.

²⁵⁴ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 15.

contiguidade do problema com os dois ramos do direito constitui logo um preaviso contra os perigos da unilateralidade de qualquer abordagem. A apriorística substantivação da responsabilidade do poder público ou a sua completa submissão aos cânones privatísticos conduzem, inevitavelmente, a uma questionável autonomização da responsabilidade estadual ou a um deliberado esquecimento da sua especificidade problemática²⁵⁵.

Da lição de Marçal Justen Filho²⁵⁶ colhe-se que:

A responsabilidade consiste, então, num aspecto complementar e inerente ao dever jurídico, relacionando-se com a infração à conduta imposta diretamente como obrigatória. A responsabilidade é inerente à existência de um dever jurídico. Consiste num aspecto ou consequência da existência desse dever e consiste na submissão do sujeito a arcar com os efeitos decorrentes da ausência de cumprimento espontâneo da conduta diretamente imposta a ele (ou terceiro) como obrigatória.

Para Rui Stoco²⁵⁷, a responsabilidade civil *constitui a obrigação pela qual o agente fica adstrito a reparar o dano causado a terceiro*.

A dinamicidade da matéria tem proporcionado transformações práticas, mas, sempre no intuito de restabelecimento do equilíbrio rompido por ocasião do dano. A respeito do tema, José de Aguiar Dias assevera que:

O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que envolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face da nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por

²⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **O problema da responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos**. Coimbra: Almedina, 1974, p. 11.

²⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo**, p. 1071.

²⁵⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: Responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 93.

ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes²⁵⁸.

Por muito tempo se manteve o entendimento de que à Administração Pública não se aplicava a responsabilidade civil e os particulares tinham que suportar os danos e prejuízos sofridos. Essa postura não era compatível com o Estado de Direito.

Várias teorias gravitam em torno do tema responsabilidade civil do Estado, inexistindo uma que contemple todas as hipóteses. Com o passar dos anos e a evolução da Sociedade, as teorias foram sendo vistas e adotadas de formas diferenciadas.

As teorias sobre o tema compreendem²⁵⁹: (1) teoria da irresponsabilidade; (2) teorias civilistas: teoria dos atos de impérios e de gestão e teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva; e (3) teorias publicistas: teoria da culpa administrativa ou culpa do serviço público, e teoria do risco integral ou administrativo ou teoria da responsabilidade objetiva.

A primeira teoria, da irresponsabilidade, teve relação direta com a soberania e a autoridade incontestável do Estado perante o súdito. Se o Estado exercia a tutela do direito, não poderia ser contestado ou receber qualquer ação contra ele.

Daí os princípios *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) e “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei” (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Aos poucos, alguns países, como a Inglaterra e os Estados Unidos, em 1946 e 1947, introduziram atos que representaram alterações na teoria da irresponsabilidade, permitindo ações diretas dos particulares contra os funcionários²⁶⁰.

²⁵⁸ DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol.1, 6 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979, p.23

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 639.

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 640.

O surgimento das teorias civilistas superou a teoria da irresponsabilidade, no século XIX. Tais teorias, baseadas na idéia de culpa (teoria civilista da culpa), distinguiram os atos de gestão e os atos de império, praticados pela Administração, gozando de todas as prerrogativas, privilégios, coerção, unilateralidade, e regidos por direito especial.

Pretendia-se a separação dos atos do rei dos do Estado, entendimento que sofreu forte oposição, ao argumento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, e pela dificuldade no enquadramento dos atos (império e gestão). Mas, fulcrou-se na responsabilidade do Estado desde que existente a culpa, ou seja, na teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva²⁶¹.

Os defensores das teorias publicistas entenderam que a responsabilidade do Estado não poderia seguir os princípios do Código Civil, porque o ente se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.

Este foi o entendimento na solução do conflito de competência entre jurisdição comum e jurisdição administrativa, que apontou pela competência desta, com relação ao Caso Blanco (1873), ocorrido na França, no qual o pai de Agnes Blanco moveu ação contra o Estado para responsabilizá-lo pelo acidente da filha atropelada por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo. O fundamento era de que o Estado seria civilmente responsável por atos de seus agentes. O Caso Blanco foi o primeiro passo no sentido das teorias publicistas.

Surgiram, então, a teoria da culpa administrativa (ou da culpa do serviço, ou do acidente administrativo) e a teoria do risco (administrativo e integral).

²⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 640-641.

A teoria da culpa administrativa procura separar a responsabilidade do funcionário da culpa do próprio serviço (quando este não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal). Nessa última hipótese ocorre a responsabilidade do Estado de qualquer forma, como culpa do serviço ou acidente administrativo. Não se relaciona à culpa ou não do funcionário.

Na teoria do risco se substitui a idéia de culpa pela de nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço e o dano ao administrado. Não é avaliada a condição da culpa do próprio serviço.

Para Maria Sílvia Zanella Di Pietro²⁶², como pressupostos dessa teoria, têm-se: (1) a prática do ato administrativo (lícito ou ilícito); (2) que esse ato cause dano específico ao administrado e de forma a superar os inconvenientes normais da vida em sociedade (anormal); e (3) o nexo de causalidade entre o ato e o dano.

Para Marçal Justen Filho, a responsabilidade civil extracontratual do Estado é produzida pela presença de três elementos: (1) dano material ou moral sofrido por alguém; (2) ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado; e (3) um nexo de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal. Para o Autor não haveria responsabilidade civil do Estado por atos lícitos.²⁶³

Vê-se, pois, que embora reconheça a pacificidade da doutrina²⁶⁴ no sentido de ser dispensável a ilicitude do ato para a responsabilização civil do Estado, bastando que produza danos, mesmo sendo lícito, para ensejar a responsabilidade civil do Estado, o Autor defende a necessidade da antijuridicidade, a qual seria indispensável à referida responsabilização.

²⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**, p. 642.

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo**, p. 1074-1078.

²⁶⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo**, p. 1079.

O Autor argumenta que mesmo os defensores da teoria objetiva *acabam concordando com a insuficiência da mera relação de causalidade objetiva entre uma ação ou omissão estatal e a consumação do dano*²⁶⁵. Nesse sentido, Marçal Justen Filho sustenta que:

É mais apropriado aludir a uma *objetivação* da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio.

Quando o Estado infringir esse dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta.

Entende-se, assim, que a situação continuaria a envolver o elemento subjetivo, diverso da concepção do risco da atividade do próprio Estado na garantia dos direitos dos cidadãos.

Assevera Juarez Freitas²⁶⁶ que:

[...] a responsabilidade do Estado bem pode ser objetiva, sem que, para isso, tenha-se de acolher a indenização de qualquer dano que não se enquadre como antijurídico e desproporcional. Por essa via, afasta-se, por inteiro, a conversão absurda e bizarra do Estado em segurador universal. Mais: aplica-se vantajosamente o nexo de causalidade proporcional, que impele o Poder Público a cumprir suas indeclináveis tarefas positivas e negativas, hoje negligenciadas.

A denominação de “teoria do risco” decorre da idéia de que a atuação do Estado envolve, por si só, um risco de dano, situação em que o Estado responde ao administrado através do patrimônio coletivo que este também contribui para existir. É a também chamada de “teoria objetiva”, já que a culpa ou dolo não são seus pressupostos.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo**, p. 1078-1079.

²⁶⁶ FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância**. In FREITAS, Juarez (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo; Malheiros, 2006, p. 171

A responsabilidade civil significa a obrigação de reparação dos danos ou prejuízos, de natureza patrimonial ou moral, que uma pessoa cause a outrem.

Nesse quadro, para Caio Mário da Silva Pereira²⁶⁷, a teoria do risco administrativo é aquela que:

[...] encara o dano sofrido pelo particular em consequência do funcionamento, puro e simples, do serviço público. Não se cogita se era bom, se era mau. O que importa é a relação de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e o ato do preposto ou agente estatal. Desde que se positivem, o princípio da igualdade dos ônus e dos encargos exige a reparação.

Adeverte Marçal Justen Filho²⁶⁸ que *a responsabilidade administrativa não se confunde com a responsabilidade civil do Estado*:

A responsabilidade administrativa do Estado consiste na submissão da organização estatal ao dever jurídico-político de prestar informações e contas por suas ações e omissões e de corrigir as imperfeições verificadas em sua conduta.

A responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar as perdas e danos materiais e morais sofridos por terceiros em virtude de ação ou omissão antijurídica imputável ao Estado.

Segundo o Autor, a responsabilidade administrativa estaria submetida a um dever jurídico-político, derivado diretamente da soberania popular. Também envolve a obrigação de prestar informações sobre o que ocorre no âmbito interno da organização. Da mesma forma, a prestação de contas com clareza quanto aos benefícios da comunidade ou aos prejuízos produzidos pela administração é inerente à função. Por fim, envolveria a obrigação de adoção de

²⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 394 in CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**, p. 37.

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo**, p. 1072-1073.

providências destinadas a eliminar eventuais defeitos no âmbito administrativo decorrentes de ações ou omissões infringentes da ordem jurídica²⁶⁹.

Por sua vez, a responsabilidade civil consistiria no dever de recompor os prejuízos causados com condutas infringentes à ordem jurídica. Inclui a indenização por perdas e danos materiais em valor correspondente aos danos emergentes e aos lucros cessantes. Também se refere à importância destinada a minimizar sofrimento moral por atuação ilícita, por forte conotação de punição. A responsabilidade civil, nesse caso, tem conotação de punição ao autor do dano e de conforto ao indenizado.

3.1.1 Teorias da responsabilidade civil extracontratual no direito brasileiro

O direito brasileiro não adotou a teoria da irresponsabilidade, ainda que não houvesse disposição de lei expressa no sentido de não acatá-la. Previu-se a responsabilidade do funcionário em razão de abuso ou omissão na prática de atos no exercício de sua função. Foi o caso das Constituições Federais de 1824 e de 1891. Nesse período, algumas leis previam a responsabilidade do Estado em conjunto (solidária) com a dos funcionários.

O Código Civil de 1916 estabelecia, em seu artigo 15:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo do modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito regressivo contra os causadores do dano.

Da interpretação literal do artigo, depreende-se que somente se houvesse ato de funcionário com ofensa à lei ou se este faltasse com o dever previsto em lei, haveria solidariedade na responsabilidade civil do Estado juntamente com o funcionário. Tratava-se da responsabilidade civil subjetiva.

²⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo**, p. 1072-1073.

A Constituição Federal de 1934, no artigo 171, previu a responsabilidade solidária da Fazenda Pública e dos funcionários em quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício de seus cargos.

Somente com a Constituição de 1946 houve o estabelecimento da responsabilidade civil objetiva:

Artigo 194: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros

Parágrafo único: Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Com a vigência da Constituição de 1967, acrescentou-se a possibilidade de ação regressiva em caso de culpa ou dolo, o que foi mantido pela EC nº 1, de 1969.

Na Constituição vigente, o artigo 37, § 6º da CRFB/1988 preceitua que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas jurídicas 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*.

Ao analisar algumas regras da responsabilidade civil, Yussef Said Cahali²⁷⁰ afirma que a regra que dispõe que o *dano injusto causado ao particular, ainda que em decorrência de atividade lícita da Administração, sujeita o Estado à obrigação de indenizar*, é regra constitucional *na exuberância do seu significado*, tratando-se de responsabilidade objetiva que se aplicaria pelo simples reconhecimento do nexo de causalidade.

Avançou-se no sentido de incluir as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. Manteve-se a necessidade de dolo ou culpa para o direito de regresso quanto ao funcionário responsável. Quanto ao

²⁷⁰ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**, p. 59

Estado, então, a responsabilidade civil é objetiva, sendo subjetiva, porém, quanto ao funcionário.

Quanto às pessoas jurídicas exercentes de atividade econômica, ainda que pertencentes à Administração Pública, mas, indireta, Marçal Justen Filho adverte:

Esse regime não se aplica quando as atividades administrativas forem desenvolvidas por entidades estatais dotadas de personalidade jurídica de direito privado, exploradoras de atividade econômica. Portanto, é possível distinguir dois regimes jurídicos distintos para a responsabilidade civil atinente à atividade administrativa [...] Assim, uma entidade integrante da Administração indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado e exploradora de atividade econômica, estará sujeita ao regime de responsabilidade civil próprio da iniciativa privada²⁷¹.

Quanto à responsabilização do Estado pela falta de fiscalização ou abuso no exercício do poder de polícia, Toshio Mukai²⁷² ensina:

[...] a contrapartida do poder de polícia exercido pela Administração Pública é o dever de fiscalizar as atividades particulares. A falta de fiscalização ou o abuso no exercício do poder de polícia implica a responsabilização da Administração por suas ações ou omissões. A responsabilidade é, por força do § 6º do art. 37 da Constituição da República, objetiva, ou seja, independe de comprovação de culpa ou dolo, mas tão-somente do nexo causal.

O Código Civil Brasileiro prevê, em seu artigo 927, que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

O artigo 43 do mesmo Código Civil Brasileiro preceitua:

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito Administrativo**, p. 1076.

²⁷² MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**, p.118.

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado o direito regressivo contra os causadores de dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Não obstante posterior à CFRB/1988, o Código Civil não fez referência às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Os agentes aos quais se referem, tanto a CRFB/1988 como o próprio Código Civil, somente serão responsabilizados se agirem na condição investida, ou seja, por atos praticados na condição de agente das pessoas jurídicas de direito público ou de pessoas jurídicas de direito privado no exercício de serviço público.

José Afonso da Silva²⁷³ ensina que:

[...] o direito brasileiro inscreveu cedo a obrigação de a Fazenda Pública compor os danos que os seus servidores, nesta qualidade, causem a terceiros, pouco importando decorra o prejuízo de atividade regular ou irregular do agente.[...] Não se cogitará da existência ou não de culpa ou dolo do agente para caracterizar o direito do prejudicado à composição do prejuízo, pois a obrigação de ressarcir-lo por parte da Administração ou entidade equiparada fundamenta-se na doutrina do risco administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁴ assinala:

A responsabilidade patrimonial pode decorrer de atos jurídicos, de atos ilícitos, de comportamentos materiais ou de omissão do Poder Público. O essencial é que haja um dano causado a terceiro por comportamento omissivo ou comissivo de agente do Estado.

Os atos jurídicos aos quais se refere a Autora são os atos lícitos, os quais, ainda que revestidos de legalidade, também ensejam a

²⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, p. 673.

²⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 638. A autora alerta para a impropriedade de se falar em responsabilidade civil da Administração, conquanto esta não possui personalidade jurídica e não é titular de direitos e obrigações na ordem civil. Portanto, a responsabilidade civil é do Estado.

responsabilidade do Estado se causarem dano anormal e específico a determinadas pessoas. A maioria da doutrina entende que, para a teoria da responsabilidade civil objetiva, é irrelevante a licitude ou ilicitude do ato, mas importante o nexo de causalidade.

Assim, quando o serviço não for a causa do dano ao particular ou quando não for a única causa, não existirá responsabilidade do Estado ou esta será atenuada.

Como excludentes da responsabilidade²⁷⁵ estão: caso fortuito ou força maior²⁷⁶, culpa da vítima e culpa de terceiros.

Quanto à questão da força maior, adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷⁷:

[...] mesmo ocorrendo motivo de força maior, a responsabilidade do Estado poderá ocorrer se, aliada à força maior, ocorrer omissão do Poder Público na realização de um serviço. [...] Porém, neste caso, entende-se que a responsabilidade não é objetiva, porque decorrente do mau funcionamento do serviço público; a omissão na prestação do serviço tem levado à aplicação da teoria da culpa do serviço público (*faute du service*); é a culpa anônima, não individualizada; o dano não decorreu de atuação de agente público, mas de omissão do poder público.

Hely Lopes Meirelles²⁷⁸ observa, contudo, que a teoria do risco administrativo:

[...] embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Isso porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenização sempre e em qualquer

²⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 648.

²⁷⁶ Aqui entendido como acontecimento imprevisível, inevitável ou estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 648.

²⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 648.

²⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed., 2003, p. 624

caso o dano suportado pelo particular; significa, apenas e tão-somente, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.

Maria Helena Diniz assevera que: *Se o Estado e o lesado concorrem para o dano, haverá atenuação do 'quantum' indenizatório, proporcional à participação de cada um na produção do evento lesivo*²⁷⁹, ou seja, no caso de o comportamento da vítima contribuir para o dano, haverá atenuação da responsabilidade do Estado. É o que estabelece o artigo 945 do Código Civil atual, que trata da responsabilidade civil concorrente (entre vítima e autor do dano) e estabelece que a indenização da vítima de dano considerará a gravidade de sua culpa em confronto com a culpa do autor do dano.

Se a vítima é única responsável pelo evento, exclui a responsabilidade que poderia ser atribuída ao Estado. Odete Medauar²⁸⁰ discorda da expressão “culpa da vítima” por considerar que esta nem sempre age com dolo ou culpa.

No caso da culpa de terceiro, há expressas previsões legais de que esta não é excludente da responsabilidade, como é o caso do Código Civil, em seu artigo 735, ao estabelecer que a responsabilidade civil do transportador, com relação a acidente ocorrido com passageiro, não será ilidida por culpa de terceiro se contra este tiver ação regressiva.

Quanto à responsabilidade do Estado por omissão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta para a controvérsia existente sobre a teoria aplicável. Segundo a Autora, alguns entendem que a norma do artigo 37, § 6º da CRFB/1988 seria aplicável tanto no caso de determinada conduta, quanto no caso de omissão do Estado; outros entendem que o dispositivo constitucional seria aplicável apenas em caso de ação do Estado e, em caso de omissão, aplicar-se-

²⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Responsabilidade Civil. 7ª vol., 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 564

²⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. p.383.

ia a teoria da responsabilidade subjetiva²⁸¹. Diz a Autora filiar-se à segunda corrente.

Segundo José Cretella Júnior²⁸²:

[...] a omissão configura a culpa *in omitendo* e a culpa *in vigilando*. São casos de inércia, casos de não-atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como *bonus pater familiae*, nem como *bonus administrator*. Foi negligente. Às vezes imprudente e até imperito. Negligente, se a solécia o dominou; imprudente, se confiou na sorte; imperito, se não previu as possibilidades da concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental.

Os administradores públicos detêm poderes e deveres, ou seja, meios e responsabilidades para o pleno exercício das suas funções dentro da sua esfera de atuação, a fim de que o interesse público ou bem coletivo sejam efetivamente alcançados.

A configuração atual exige especialidade das funções públicas atribuídas por lei e a sua estruturação com competências divididas entre os servidores integrantes da Administração, inclusive das suas autarquias federais, *in casu*, as agências reguladoras. Na consecução de cada uma dessas funções, espera-se a presença do conjunto do Estado para a promoção do bem comum. A omissão estatal é uma conduta indesejável.

Para tratar da omissão do Estado, é importante tratar do “dever jurídico”, que são condutas necessárias para a convivência social ou para satisfação de interesse de titular de direito subjetivo, sendo sua violação a configuração de um ilícito que, por conseguinte, faz surgir novo “dever jurídico”: o de ressarcir ou indenizar²⁸³.

²⁸¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, p. 650. Dentre os Autores: Diógenes Gasparini, Lúcia Valle Figueiredo, Marçal Justen Filho.

²⁸² CRETELLA JÚNIOR. José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1970, p. 210.

²⁸³ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência**

Helena Elias Pinto²⁸⁴ reconhece que haverá responsabilidade objetiva quando o Estado faltar com seu dever de fiscalizar.

Dúvidas já foram suscitadas em relação à responsabilidade civil das agências reguladoras, por sua independência. Para alguns, inclusive, foram tais agências consideradas como não integrante dos três Poderes²⁸⁵.

Mas, os atos das Agências são passíveis de responsabilidade civil a ser assumida pela União. Assim, tanto é dever jurídico das Agências Reguladoras o exercício de seu papel de regulação, quanto os atos de outorga e de fiscalização do administrado (concessionários, arrendatários, permissionários e autorizados).

Tais atuações podem garantir um ambiente de competitividade, sem a ocorrência da competição imperfeita e sem prejuízo para o segmento regulado. Por conseguinte, a omissão desta atuação que possa gerar danos a terceiros será de responsabilidade da União.

Essa omissão é apontada como conduta da ANTAQ nas outorgas da Autorização n. 096, para a empresa Portonave S/A Terminais Portuários de Navegantes, Autorização n. 202, para a empresa Itapoá Terminais Portuários S/A, e Autorização n. 362, para a empresa Imbituba Empreendimentos e Participações, nas argumentações da ADPF n.139.

Não estaria havendo a devida fiscalização sobre a carga própria, bem como, não estaria havendo observância, quando dos atos de fiscalização, quanto ao cumprimento das condições e requisitos para a manutenção das referidas outorgas.

Atos dessa natureza que causem prejuízos a terceiros, no caso em tela, aos terminais portuários públicos (arrendatários), são passíveis de

do Supremo Tribunal Federal, p. 16-17.

²⁸⁴ PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**, p. 164.

²⁸⁵ FOIS, Sérgio. **Servizi e Interessi tra Privatizzazioni e Regolazione Pubblica**, em *Diritto e Società*, vol. 1, Pádova, Cedam, 2000, p. 27 in JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 16.

responsabilidade civil da União, decorrente de atos comissivos ou omissivos, ainda que esta mantenha contrato administrativo com o sujeito passivo do ato lesivo.

Para tanto, importante que haja conexão entre o ato ou fato e o dano a ser indenizado ou reparado. Essa conexão, o “nexo de causalidade”, é ponto abordado no item seguinte.

3.1.1.1 Nexo de Causalidade

O nexo de causalidade é a relação de causa e efeito entre o fato administrativo e o dano. Este nexo de causalidade desempenharia a função de estabelecer a responsabilidade e a obrigação de indenizar.

Os limites desta dissertação não permitem o detalhamento das teorias que explicariam o nexo de causalidade. No entanto, é importante que se aponte algumas dessas principais teorias, pois, principalmente na questão do dano por omissão, o nexo de causalidade é relevante.

A primeira teoria que se menciona, é guiada pelo Direito Penal; a teoria da equivalência dos antecedentes, disposta no artigo 13 do Código Penal²⁸⁶, tendo a questão da omissão disposta no respectivo § 2º.

O *caput* do artigo 13 estabelece o *nexo de causalidade* (ou relação causal) pelo qual o resultado (nos crimes que dele dependem) só pode ser atribuído a quem lhe deu causa. A palavra *causa* significa *aquilo que faz com que algo exista*; as palavras *ação e omissão* correspondem, respectivamente, aos comportamentos humanos positivo e negativo.

Equivalência dos antecedentes causais: É a teoria também chamada *condition sine qua non* (condição sem a qual não), acolhida pelo nosso CP. Para ela, tudo que contribui para o resultado é causa, não se distinguindo entre causa e condição ou concausa. Para saber-se se um antecedente foi causa do

²⁸⁶ BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940. DELMANTO, Celso [et.al] 6 ed. Atual.e ampl. Rio de Janeiro, Revovar, 2002, p. 18.

resultado deve-se procurar eliminá-lo, mentalmente, e verificar se o resultado, sem ele, teria acontecido.

[...] Não se pode dizer que a omissão produza um resultado, pela lógica da razão de que “o nada nada causa”. Daí o motivo deste § 2º, estabelecendo que a relação de causalidade nos crimes omissivos impróprios é normativa: não há nexo de causalidade entre a omissão (abstenção) e o resultado, mas, sim, entre o resultado e o comportamento que o agente estava juridicamente obrigado a fazer, mas se omitiu. Ou seja, não se pune o comportamento físico negativo em si, mas a omissão ilegal, isto é, o não ter o agente cumprido um dever legal.²⁸⁷

Outras, desenvolvidas ainda no campo penal, seriam a *teoria da condição* e a *teoria da causalidade adequada*. Por sua vez, na *teoria da condição*, causa é toda a condição do resultado, o que significa dizer que entre causa e condição não há diferenciação.

A *teoria da causalidade adequada*, em contradição à teoria da equivalência, estabelece que sempre que não sejam equivalentes as condições, não é suficiente a ocorrência de um fato, como condição de um resultado, para que se considere o agente como autor do evento.

Quanto à teoria da causalidade adequada, Yussef Said Cahali sintetiza:

Esta doutrina sustenta, assentando, assim, a sua discrepância fundamental com a doutrina da equivalência, que não basta que um fato seja condição de um resultado para que o agente se possa considerar autor desse evento, toda vez que as condições não sejam equivalentes.

Há ainda as *teorias da causa próxima e da causa direta*, e *teoria da causalidade eficiente* e, quanto às *teorias da causa próxima e da causa direta*, colhe-se da lição de Yussef Said Cahali²⁸⁸:

²⁸⁷ DELMANTO, Celso [et.al], p. 18-22.

²⁸⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil da União**, p. 75.

[...] esta doutrina (tal como a da causa eficiente) procura selecionar, entre todas as condições de um resultado, uma particular relevância, a que considera *causa*; a teoria da causa próxima, pelo menos em sua formação inicial, escolhe como causa a condição cronologicamente mais próxima do evento que se quer imputar.

Já na *teoria da causalidade eficiente*, leciona o mesmo Autor²⁸⁹ que:

[...] de acordo com esta doutrina, as condições que conduzem a um resultado não são equivalentes, e existe sempre um antecedente que, em virtude de um intrínseco poder qualitativa ou quantitativamente apreciado, é verdadeira causa do evento; *causa* seria, pois, para esta teoria, a que tem um intrínseco poder de produção do fenômeno.

Enfim, o nexo de causalidade implica a responsabilidade decorrente da relação existente entre o fato e o dano, no caso da responsabilidade civil. Refere-se, de qualquer forma, à responsabilidade patrimonial, de ordem pecuniária.

Os contornos, mesmo que gerais, das teorias ora citadas, são importantes na avaliação do nexo de causalidade, permitindo aferir se é possível se configurar a responsabilidade civil do Estado em inúmeras situações do cotidiano.

Pode, assim, haver nexo de causalidade entre o dano e ato administrativo no exercício do poder de polícia, atos decorrentes do exercício do poder regulamentar do próprio Executivo, bem como, atos legislativos ou decorrentes do Judiciário. Trata-se, pois, da responsabilidade extracontratual.

Mas, o Estado também assume responsabilidades contratuais e, em decorrência destas, responde com relação ao administrado contratado e arca com os efeitos de interferências externas que possam incidir sobre o contrato administrativo do qual é parte.

²⁸⁹ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil da União**., p. 75.

O Estado é responsável por garantir a intangibilidade do equilíbrio do contrato firmado sob regime do direito público, tema a ser tratado no item seguinte.

3.1.2 Responsabilidade contratual do Estado no direito brasileiro

É através do investimento privado que o Estado brasileiro tem encontrado condições de melhoria nos serviços prestados aos cidadãos. A busca do bem estar e a própria globalização tornaram inevitável a necessidade de os serviços públicos também se adaptarem a um padrão mínimo de qualidade.

Mas, nem sempre foi através de contratos administrativos que o Estado contratou a compra de bens ou a aquisição de serviços dos particulares. O perfil da relação jurídica então estabelecida, lançava o Estado e o particular no mesmo nível de condições.

O Estado, por um bom tempo, ao ajustar a realização de obras e serviços ou a compra de bens, com os particulares, o fazia mediante a celebração de contratos de direito privado, descendo de seu pedestal de Poder Público e igualando-se àquele em direitos e obrigações²⁹⁰.

A Administração Pública pratica contratos cujo regime jurídico fundamental básico é o direito privado. Nunca será puramente de direito privado, pois, estando presente a Administração Pública, está presente a própria potestade²⁹¹. Ademais, a prática contratual através dos contratos administrativos é objeto próprio da atuação administrativa.

Não obstante a forma simples ora colocada, há controvérsias doutrinárias sobre os chamados contratos administrativos. Menciona-se pelo menos três: (1) a que nega a existência de contrato administrativo; (2) a que, em sentido diametralmente oposto, acha que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos; e (3) a

²⁹⁰ MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**, p. 367.

²⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 131.

que aceita a existência dos contratos administrativos, como espécie do gênero contrato, em regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum.

A discussão não fica adstrita aos argumentos que cada corrente defende. Para esta dissertação, considera-se que nos contratos administrativos se inserem os contratos de concessão e de arrendamento portuário.

Não se inserem nas espécies do gênero contratos administrativos os atos de autorização. Tais outorgas são feitas através de termo próprio, chamado de contrato de adesão, a título precário. Assim, não lhe são conferidas as prerrogativas do contrato administrativo.

As “cláusulas exorbitantes do direito comum” deram início aos primeiros contornos dos contratos administrativos. Em 1902, com a decisão do acórdão *Deville-lés-Rouen, do Conselho de Estado Francês*, inaugurou-se uma jurisprudência que se tornou, mais tarde, clássica, e na qual se estabeleceu a possibilidade de o Poder Público alterar unilateralmente as cláusulas do contrato²⁹².

Segundo Celso Ribeiro Bastos, “o contrato administrativo é um dos meios de que a Administração se vale para levar a efeito sua própria atividade”²⁹³, fazendo-o através de cláusulas exorbitantes do direito comum, pois, goza de tratamento especial. Isso revela a desigualdade das partes (Administração Pública e Administrados) dentro de um contrato.

Tais cláusulas exorbitantes nem precisam estar expressas no contrato, pois defluem da lei, considerando a supremacia da Administração.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello²⁹⁴, contrato administrativo:

²⁹² MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**, p. 367-369.

²⁹³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**, p. 131.

²⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., 2009, p. 614-

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado. Os principais contratos administrativos seriam o de concessão de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso ou de domínio público.

No contrato administrativo, a Administração pode alterar as cláusulas contratuais unilateralmente para garantir o atingimento da finalidade pública. Assim, diante de novas necessidades da coletividade, não poderá a Administração Pública ficar adstrita ao que fora inicialmente pactuado, devendo o contratado convergir e adaptar-se às novas exigências e necessidades.

Mas, esse ato de conversão e adaptação deve ser compensado pela Administração se tais alterações demandarem aumento das obrigações assumidas. Isso porque a noção de balanço e equilíbrio contratual que rege os contratos em geral também rege a relação contratual administrativa.

Adverte Celso Ribeiro Bastos:

Por isso, sob o ponto de vista patrimonial, prevalece sempre a regra do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes. Não pode a Administração, a pretexto do atingimento da finalidade pública, fazer valer seus privilégios como um instrumento para tirar proveito de ordem patrimonial, com prejuízo do particular contratado. Então, a essência do contrato permanece a mesma. O que acontece é que ele se adapta para poder atender às necessidades da Administração, que não pode, na maior parte das vezes, mesmo porque se trata do exercício de uma função pública – a função administrativa – vincular-se por cláusulas contratuais absolutamente isonômicas, como ocorre no direito civil.

O artigo 19 da Resolução ANTAQ n. 055 prevê que o contrato de arrendamento de áreas e instalações portuárias constitui espécie do

gênero contrato administrativo e se regula pelas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, as disposições do direito privado.

Essa condição confere à Autoridade Portuária a prerrogativa de alterá-lo unilateralmente e, bem assim, de modificar a prestação dos serviços para melhor adequá-los às finalidades de interesse público, respeitados os direitos da arrendatária, inclusive com relação às indenizações devidas, apuradas em processo administrativo regular (artigo 20).

A Lei Federal n. 8.666²⁹⁵, chamada Lei das Licitações e Contratos Administrativos, estabelece no seu artigo 55 quais as cláusulas necessárias ao contrato administrativo. Referidos dispositivos, no que se refere às outorgas, são repetidos em outras leis e resoluções da ANTAQ,

A Lei Federal n. 8.630, Lei dos Portos, estabelece as cláusulas essenciais aos contratos de arrendamento, que estão dispostas no artigo 4º, § 4º.

As cláusulas são as relativas ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo; e ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento (incisos I e II).

Como forma de definição da qualidade do serviço, o contrato deverá conter os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros para aferição e controle desta qualidade (inciso III).

O contrato deverá ainda ter cláusula com a especificação do seu valor, nele incluído a remuneração pelo uso de infraestrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário (inciso IV).

²⁹⁵ BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 22.6.1993 e republicada no D.O.U de 6.7.1994. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 30 out. 2008.

Considerando que o motivo maior do arrendamento é a revitalização, reforma e ampliação das estruturas portuárias arrendadas, o contrato precisa prever as obrigações de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento. Para tanto, deve fixar os cronogramas de execução físico e financeiro (inciso V).

Para o estabelecimento do nível de tratamento a ser dispensado ao usuário, o contrato deverá conter os direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contrato e as respectivas sanções, em caso de não cumprimento dessas (inciso VI).

Uma característica importante do contrato de arrendamento é a reversão dos seus bens. Assim, é obrigatória a cláusula prevendo a reversão dos bens e sobre quais bens recairá essa reversão, considerando que, para o aparato da prestação dos serviços, muitos bens são adquiridos, mas nem todos reverterem ao patrimônio a União. São, basicamente, os bens imóveis (inciso VII).

Como regra geral dos contratos administrativos, o contrato de arrendamento também terá cláusula para estabelecimento dos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive quanto às necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações, já que o serviço público deverá acompanhar as tendências e necessidades do setor (inciso VIII).

O contrato de arrendamento conterá, ainda, disposição sobre a forma de fiscalização, pelo ente outorgante, das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços (inciso IX).

A exemplo do que ocorre com os demais contratos administrativos, o contrato de arrendamento disporá sobre as garantias para adequada execução do contrato.

Essa disposição deverá se amparar no artigo 56, §1º da Lei Federal n. 8.666, que prevê as seguintes modalidades de garantia: (1) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública (inciso I); (2) seguro-garantia (inciso II); ou (3)

fiança bancária (inciso III). Essa garantia só será restituída após a conclusão da execução do contrato e deverá, ao longo deste, ser devidamente atualizada (inciso X).

Constará das cláusulas, também, o prazo do contrato²⁹⁶, com indicação do início e término, e as condições de prorrogação, se for o caso. Essa prorrogação poderá ocorrer uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos (inciso XI).

O contrato de arrendamento também disporá sobre a responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução dos serviços (inciso XII); as hipóteses de extinção do contrato (inciso XIII); a obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades intervenientes, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização (inciso XIV); a adoção e o cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas (inciso XV); e demais cláusulas relativas ao acesso, pelas autoridades do porto, às instalações portuárias, às penalidades contratuais e sua forma de aplicação, bem como ao foro (incisos XVI, XVII e XVIII) que, conforme o artigo 27 da Resolução da ANTAQ n. 55, será o da Justiça Federal da Seção Judiciária onde se situar o porto organizado.

Assim, no caso dos arrendamentos portuários, o Estado assume obrigações contratuais e responde ao contratado por sua inobservância. Mesmo agindo em linha com o interesse público, ou para o seu alcance ou para sua proteção, mas se interferir, de alguma forma, na equação econômico-financeira do contrato, prejudicando o contratado nas condições originalmente pactuadas, há a obrigação de indenizar por danos e prejuízos causados ao contratado.

²⁹⁶ De acordo com a Resolução n. 55 da ANTAQ (artigo 21), o prazo do arrendamento deverá ser suficiente para a amortização dos investimentos previstos no contrato, a serem feitos pela arrendatária, e proporcionar-lhe a adequada remuneração, conforme parâmetros adotados no estudo de avaliação do empreendimento.

De tal forma que, no presente caso, seria necessário o conhecimento do teor de cada contrato para dizer se o desequilíbrio decorre de descumprimento de cláusula contratual e, portanto, sob a responsabilidade da União como parte no contrato, ou se decorre de responsabilidade civil extracontratual.

A extensão desta dissertação vai até a evidência dos reflexos dos atos administrativos da ANTAQ nos arrendamentos existentes e a consequente responsabilização da União pelos danos causados aos terminais portuários públicos (arrendatários).

A análise não avança para esmiuçar se há responsabilidade contratual ou extracontratual, ainda que fique evidente a existência de ambas. Para tal detalhamento, a discussão requer desdobramentos e um alcance que vai além dos limites que a presente dissertação comporta.

Para essa verificação, importante é a premissa de que, mesmo que ambas as responsabilidades (contratual e extracontratual) tenham diferentes abrangências, há hipóteses em que a parte, como contratante, lesa a outra parte por ações que infringem direitos não abrangidos pelo contrato. Neste sentido, Fernando Facury Scaff²⁹⁷ considera:

[...] a responsabilidade contratual e a extracontratual têm distintos campos de aplicação; todavia é possível responsabilizar um contratante por lesar a outro, em razão de infringência a preceito não contratual, uma vez que a responsabilidade extracontratual pode abranger a contratual.

A questão do desequilíbrio, assim, é objeto da abordagem do item a seguir.

²⁹⁷ SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 125

3.2 DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Atrelada ao princípio da segurança jurídica, a garantia da equação econômico-financeira do contrato é questão deveras importante na relação da Administração Pública com o seu contratado, bem como, essencial para o estabelecimento da responsabilidade contratual e da efetividade da segurança jurídica.

Os contratos administrativos (e os de arrendamento não fogem à regra) estabelecem instrumentos para que o contratado se mantenha no cumprimento do pactuado de conformidade com as disposições do direito público e na consecução do objetivo do próprio contrato.

Neles estão previstas obrigações e garantias ao contratado que deverão ser assegurados pela Administração Pública, acarretando a respectiva responsabilização em caso de inobservância de sua parte: ressarcimento, indenização, recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, etc.

Os contratos administrativos estão sujeitos aos efeitos decorrentes de fatores externos à relação contratual. Esses fatores vão desde o comportamento do próprio segmento a ele ligado, ou seja, sem uma ordem impositiva estatal, como o comportamento do mercado, o impacto social por epidemia, embargos de outros países ao comércio ou produto, incentivos fiscais diferenciados – o ICMS na importação, por exemplo, regras do comércio exterior, etc., até fatores decorrentes de iniciativas da Administração Pública na implementação de políticas (novas ou não), de programas sociais (atos indiretos) e na edição de norma que venha impor novas regras ao setor.

Se esses fatores externos, não praticados pela Administração Pública no exercício dos direitos e deveres dentro do contrato, afetarem de forma danosa o contratado, poderão ensejar providências de ordem contratual por parte do Estado na relação com o seu administrado, de forma a recompor o equilíbrio do contrato estabelecido quando da sua formalização. Para

tanto, a legislação específica, tal como a Lei Federal n. 8.666, deverá balizar os atos dentro dos parâmetros da ordem jurídica na matéria de contratos administrativos.

Se tais fatores externos, no entanto, forem atos emanados do Estado, seja na sua função administrativa, legislativa ou jurisdicional e, por isso, trouxerem danos ao administrado²⁹⁸, poderão ensejar também a responsabilidade civil do Estado, caso seja impossível a recomposição do equilíbrio do contrato através de revisão contratual. Para a responsabilidade do Estado é necessária a existência do dano, bem como, do nexo causal entre o ato ou fato e o dano.

A questão suscitada pela ADPF n. 139, então, aponta para a existência de nexo de causalidade entre os atos da ANTAQ (que alterariam significativamente o ambiente de competição portuária pela coexistência de outorgados sob dois regimes jurídicos distintos, um sob contrato administrativo e outro agindo sob autorização administrativa) e os danos sofridos pelos arrendatários, cujas condições jurídicas e operacionais são desvantajosas se comparadas às condições dos terminais privativos de uso misto.

Apesar de o reconhecimento da responsabilidade civil do Estado com relação aos terminais de uso público não ser objeto da ADPF n. 139 (arrendatários), estes terminais, atingidos pelos atos da ANTAQ com relação aos terminais privativos de uso misto (segundo a sua Autora, irregularmente autorizados), poderão pleitear ressarcimento de danos ou indenização por prejuízos concretos sofridos ou que venham a sofrer, pois, a ordem jurídica e constitucional prevê referida responsabilidade.

Nos argumentos narrados pela Autora da ADPF n. 139 é possível identificar um nexo de causalidade entre os atos do Estado e os danos alegados pelos terminais de uso público.

²⁹⁸ Esses danos podem ser de ordem econômica, amparados pelo Princípio da Lucratividade, conforme assevera Fernando Facury Scaff, para o qual, havendo normas de direção que coagirem os agentes econômicos a procedimentos, o Estado se torna co-partícipe na específica atividade, ficando obrigado a responder pelo prejuízo a que obrigar o agente econômico. (SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista**, p. 247)

[...] o vínculo de causa e efeito entre o fato que se imputa ao Estado e a violação do Direito é, sem dúvida, elemento essencial do suporte fático da responsabilidade²⁹⁹.

Não é qualquer dano econômico que gera a responsabilidade do Estado. Necessária sempre a lesão a direito da vítima³⁰⁰.

A questão do desequilíbrio dos contratos de arrendamento decorrente da nova situação trazida pela autorização dos terminais privativos de uso misto em livre concorrência com relação à carga de terceiros é o tema a ser tratado no item a seguir.

3.3 DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO PORTUÁRIO EM FACE DA CONCORRÊNCIA DIRETA COM OS TERMINAIS PRIVATIVOS DE USO MISTO

Os terminais de uso público, representados pela ABRATEC na ADPF n. 139, consideram que seus contratos administrativos firmados com a Administração Pública para a prestação de serviços públicos portuários foram, para alguns, e estão na iminência de ser, para outros, afetados em seu equilíbrio econômico-financeiro no momento em que se inseriu, no contexto da concorrência desses terminais, a atividade desenvolvida pelos terminais privativos de uso misto em decorrência da sua operação com cargas de terceiro.

Segundo a Autora, o desequilíbrio decorre da atividade desenvolvida pelos terminais privativos de uso misto com carga de terceiros que, considerando o volume e sua diversidade, dissociada da natureza da carga própria declarada, caracterizar-se-ia como serviço público, com prestação de serviços a diversos usuários, sem que a execução de tais serviços fosse precedida de licitação.

²⁹⁹ LOBÃO, Marcelo Meireles Lobão. **Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em razão de Vícios de Nulidade**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 62,

³⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 183.

No caso narrado pela ADPF n. 139, o nexo causal está calcado nos atos da ANTAQ em favor da instalação de terminais privativos de uso misto em competição direta e imperfeita com os terminais públicos. São atos comissivos (outorgas de autorização, quando na verdade deveriam ser feitos através de concessão precedida de licitação, conforme art. 175 da CRFB/1988) e omissivos (inexistência de fiscalização eficaz, com sanção administrativa, pela inexistência de carga própria e concorrência imperfeita) que convergiram para irregularidades relativas à carga própria, causando prejuízos aos terminais públicos.

Tais atos decorrem das seguintes situações: (1) outorga de autorização aos interessados que simplesmente declararam existência de carga própria sem comprová-la; (2) autorizações sem que a lei conferisse parâmetros mais definidos para a proporcionalidade de carga própria e carga de terceiros (insuficiência ou imprecisão da lei); (3) não observância aos preceitos constitucionais quando do ato de regulação, no que se refere ao serviço público, mantendo-se a subjetividade dos requisitos para a outorga com relação à necessidade de carga própria; (4) falta de efetiva fiscalização da movimentação de cargas próprias e das cargas de terceiros; e (5) omissão na análise dos reflexos desses atos de autorização nas demais outorgas, descurando-se da obrigação de zelar pelas condições adequadas à concorrência (evitando-se a competição imperfeita).

Conclui-se pela falta de observância, por parte da ANTAQ, do princípio da proporcionalidade em seus atos. A respeito do tema, ensina Juarez Freitas³⁰¹:

O princípio constitucional da proporcionalidade determina que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos. Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio e, portanto, antijuridicidade.

³⁰¹ FREITAS, Juarez. **Responsabilidade Civil do Estado e o Princípio da Proporcionalidade: Vedação de Excesso e de Inoperância.** In FREITAS, Juarez. (org.). **Responsabilidade Civil do Estado**, p. 172.

Conforme já exposto no Capítulo 2, a própria ANTAQ afirmou, nos autos da ADPF n. 139, que seus atos de outorga de autorização, anteriores ao Decreto Federal n. 6.620, deram-se em estrita observância da lei que permitiu à Administração Pública que outorgasse autorização para a prestação de serviços portuários na movimentação de carga própria e de terceiros, sem licitação.

Por outro lado, ainda que os critérios vigentes na Resolução n. 517 sejam claros e objetivos, entende-se que permitem uma margem relativa de manejo por parte do interessado, visível por qualquer avaliação mediana, já que requerem apenas uma declaração da empresa (não a comprovação) da carga própria, acompanhada de um estudo técnico que se baseia em informações fornecidas pelo interessado e, muitas vezes, com análise sobre campos hipotéticos.

Em relação às situações como essas, vale citar o entendimento de Fernando Facury Scaff:

O Estado Intervencionista é influenciado por diversos grupos de pressão econômicos, que disputam seu controle. Contudo, não o fazem sozinhos, sem oposição. Nem tal dominação ocorre às escâncaras, mas, dissimuladamente. É uma resultante de um jogo de forças.

Esses fatores, talvez, tenham contribuído para que os empreendimentos questionados pela ADPF n. 139 tenham se estabelecido de forma contrária às disposições do artigo 175 da CRFB/1988.

De toda forma, depara-se com atos comissivos e omissivos que vão culminar na responsabilidade civil da União por atos da ANTAQ praticados por quem não mensurou os efeitos futuros que não ou por não ter, em tempo adequado, suprido a imprecisão disposta pela Lei n. 8.630 quanto à carga própria e a proporcionalidade da carga de terceiros, criando uma convivência desleal entre terminais privativos de uso misto e terminais públicos, em clara e inaceitável, competição imperfeita.

Mesmo com os atos praticados com base na norma em vigor, a ANTAQ disporia de outros instrumentos para assegurar as condições equilibradas e justas de competição. Ao contrário, porém, confirma seu entendimento sobre a prestação de serviço público sem observância da necessidade de licitação.

Trata-se do poder de fiscalização e do poder de praticar atos de regulação para conter os efeitos de seus próprios atos ou de fatos que conduzam à competição imperfeita, o que é fator de grande insegurança jurídica do contexto de investimentos portuários.

Sobre esse aspecto, dedica-se o tópico seguinte.

3.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DA UNIÃO POR ATO OMISSIVO NA REGULAÇÃO

A Administração Pública pode fazer o que a lei prescreve. Nesse aspecto, considerados os argumentos da própria ANTAQ, apresentados na ADPF n. 139, utilizou a Agência da sua discricionariedade para conceder, na forma da Lei Federal 8.630, bem como da Lei Federal n. 10.233, a autorização para terminais privativos de uso misto.

Ocorre que, na prática, tais terminais estariam visando desenvolver como principal atividade a movimentação de cargas para terceiro. Quanto à lei, os atos da ANTAQ não a feriram, mas, a ANTAQ aplicou-a mal, desvirtuando seu principal objetivo. Já no que se refere à CRFB/1988, especificamente o seu artigo 175, os atos de outorga sem licitação para finalidade que a própria CRFB/1988 exige, constituem afronta, e pelos efeitos daí decorrentes, deverá a União responder.

Importante é a advertência feita por Maria D'Assunção Costa Menezello³⁰² sobre o comportamento dos agentes públicos:

³⁰² MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro**. p. 157.

São inaceitáveis, por parte dos condutores da agência, comportamentos míopes, extravagantes ou imotivados. Deve-se assegurar a confiabilidade de todos os agentes regulados para que a regulação tenha eficácia e eficiência. Os riscos regulatórios devem ser bem equacionados para minimizar os desconfortos das surpresas que sejam prejudiciais aos usuários e aos agentes econômicos.

Na hipótese de autorização de serviços públicos sem a prévia licitação, a ANTAQ estaria incentivando iniciativas idênticas. A Autora da ADPF n. 139 afirma que procedimentos da empresa LLX³⁰³, estariam sendo impulsionados por essa “facilidade”.

A empresa estaria anunciando a implantação de um terminal sem qualquer divulgação da necessidade do empreendimento com relação à carga própria, mas, com fito de atendimento do público em geral, ou seja, para a prestação de serviço público, o que é contrário ao disposto no artigo 175 da CRFB/1988.

Trata-se de um empreendimento voltado à carga de granel sólido e líquido, além de contêineres. Ousado, no segmento de contêineres pretende movimentar dois terços de toda a movimentação de contêineres registrada no Brasil em 2007³⁰⁴.

A iniciativa da empresa teria sido tomada pela receptividade com que, até o momento, a ANTAQ tem tratado empreendimentos privados de instalação de terminais de uso privativo misto. Mas essa outorga não pode se fundar unicamente na declaração de carga própria.

Esses empreendimentos, questionados pela ADPF n. 139, não obstante cumprirem formalmente os requisitos normativos (declaração de carga própria, estudo técnico que justifique o empreendimento, informações sobre a movimentação de cargas de terceiro) teriam o verdadeiro intuito de prestar somente serviços na movimentação de cargas de terceiros (e, portanto, serviços

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, p.16.

³⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 139, p.16.

públicos), desvinculado de qualquer necessidade ligada à sua própria cadeia produtiva (escoamento de produtos, recepção de matéria-prima, insumos etc.).

Prestando-se primordialmente ao serviço portuário realizado a terceiros, haveria lesão ao interesse público, pois necessário o procedimento licitatório a ensejar a transferência deste, com a ampla participação dos interessados (potenciais investidores), de forma igualitária, para seleção pública regrada por procedimentos específicos que permitem atração de investimentos mediante regras claras e objetivas.

Mesmo que a ANTAQ pudesse observar rigidamente os preceitos legais e ainda não ter conseguido proteger o interesse público, poderia e pode lançar mão de um importante instrumento que é a fiscalização das outorgas.

Todos os atos de outorga de autorização, sem exceção, são conferidos a título precário, sendo que a não observância dos requisitos necessários à manutenção da autorização, ensejam a sua suspensão ou cancelamento.

A existência de carga própria para a outorga de autorização “sempre” foi requisito. Ainda que a lei não tivesse estabelecido o parâmetro (o que veio a fazer através do Decreto Federal n. 6.620) esse requisito é claro e deve ser atendido.

Assim, a ANTAQ deveria agir firmemente, desde o princípio de cada requerimento de outorga, na garantia desse requisito, de forma transparente e objetiva, intimidando qualquer tentativa de se esquivar do seu cumprimento para, na verdade, prestar serviços públicos.

A ANTAQ deveria resguardar os contratos administrativos firmados com investidores detentores de concessões e arrendamentos medindo os efeitos de consentir empreendimentos que estavam a tratar a carga própria como mero detalhe e que demonstravam claramente, visar a movimentação de carga de terceiros. A alteração exigia e exige providências quanto ao seu objetivo.

Essa nova realidade permitiu verificar que as outorgas de autorização foram dadas sem medir as possíveis consequências e, tampouco, sem trazer soluções para os seus efeitos que eram perfeitamente previsíveis: desequilíbrio de condições de competição no mercado.

Essa situação inadequada de competição imperfeita poderia ter sido há tempos resolvida se a estrutura administrativa federal dos transportes contasse com uma atuação efetiva do CONIT.

Conforme já exposto no item 1.2.12, o CONIT tem papel relevante no contexto dos transportes, principalmente porque compete a ele harmonizar a política nacional dos transportes, considerando as peculiaridades de cada segmento de transporte e sua contextualização nos segmentos de serviços públicos e atividades econômicas desenvolvidas no país. O CONIT tem como objetivo a promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes, e da descentralização.

Essa formação favorece a identificação de medidas que propiciam a integração dos vários modais dos transportes e a harmonização das respectivas políticas setoriais, cabendo-lhe a proposição de tais medidas a serem implementados pelos órgãos reguladores dos transportes terrestre e aquaviário, respectivamente, no caso, a ANTAQ e bem assim pela Secretaria Especial de Portos.

O CONIT, mais que os demais órgãos integrantes da Administração Pública Federal ligados aos transportes, deveria ser o disseminador da cultura de defesa da concorrência para que essa cultura se sedimentasse nas práticas rotineiras dos vários setores que dependem de condições adequadas para a sua atuação no mercado, sem favorecimento à competição imperfeita.

Por todo este cenário, os terminais públicos atingidos diretamente pelos atos praticados pela ANTAQ, poderão buscar a responsabilidade civil da União Federal.

3.4.1 Prejuízos mensuráveis

Considerando a necessidade de comprovação da existência do dano, do ato administrativo praticado e do nexo de causalidade entre este e o dano alegado, é importante não apenas identificá-los, mas, mensurá-los para o fim de obtenção da respectiva indenização.

Verifica-se concretamente os efeitos da nova situação vivida pelo sistema portuário nacional com a atuação dos autorizados que movimentam ilimitadamente cargas de terceiros. No Porto de Itajaí, depois que o terminal portuário de uso misto localizado na margem oposta ao porto público começou a operar, registrou-se a migração de quase 40% (quarenta por cento) da carga para aquele terminal já no primeiro ano de seu funcionamento³⁰⁵, sendo clara a movimentação livre e desproporcional de cargas de terceiros, já que o terminal especializou-se em cargas containerizadas.

Esse percentual pode ser traduzido em números. Não é decorrente do risco do negócio, mas, de ato administrativo com consequências diretas no contrato administrativo do arrendatário, alterando significativamente o seu equilíbrio econômico-financeiro. O nexo de causalidade, assim, está caracterizado por prejuízos plenamente mensuráveis.

Não são mensuráveis somente os prejuízos diretos pela migração da carga, mas, os prejuízos ao arrendatário pelo não cumprimento das metas dos contratos de arrendamento, como as relativas ao número de movimentos.

Além disso, a diminuição da movimentação, nesse e nos demais terminais, promovida pela atuação livre dos terminais privativos mistos, poderá inviabilizar outros investimentos o que, desde que cabalmente comprovados, também ensejarão reparação dos danos sofridos por responsabilidade da União Federal.

³⁰⁵ SUPERINTENDÊNCIA DO PORTO DE ITAJAÍ. Estatísticas. Disponível em: <http://www.portoitajai.com.br/estatisticas/2008/pdf/movimento_geral_12_2008.pdf>. Acesso em: 20 jul. 09

Essas novas condições interferem radicalmente nas condições originais oferecidas quando deflagrada a licitação que ensejou cada arrendamento e, portanto, requerem a responsabilização contratual da União que não está combatendo as condições imperfeitas da nova competição que se impôs.

Há omissão do CONIT nas providências essenciais para combater a competição imperfeita, o que é bastante prejudicial à segurança jurídica, já que prejudica os atuais investidores e repele eventuais novos investimentos no setor em parceria com a Administração Pública, o que é lesivo ao interesse público.

Assim, por atos dos agentes responsáveis pela ANTAQ, a responsabilidade civil da União Federal resta caracterizada, sendo devida a reparação dos danos efetivamente causados. Mas, que grau de responsabilidade tem a União nessa relação?

3.4.2 ANTAQ e União Federal

A ANTAQ é uma autarquia administrativamente independente, que possui autonomia financeira e funcional, e mandato fixo de seus dirigentes sendo, portanto, responsável por seus próprios atos. A agência goza de prerrogativas da Fazenda Pública, conforme artigo 62 da Lei Federal n. 10.233.

De regra geral, o ente responde diretamente pelos prejuízos que causar a terceiros. No entanto, a autarquia especial, natureza jurídica das agências, não exerce atividade tipicamente de natureza privada, como é o caso das que exercem atividades de crédito, indústria, previdência etc.

De tal forma, às Agências Reguladoras como a ANTAQ, são consideradas pessoas executoras de serviço público no lugar do Poder Público, na legítima execução da função pública e, portanto, a União Federal seria também responsável no caso de ser reconhecido o dever de indenizar o administrado. Na prática, para fins de indenização, a União assume o dever subsidiário de indenizar, no caso de exaustão dos recursos da Agência.

Osvaldo Aranha Bandeira de Melo³⁰⁶ pondera que:

Verificada a sua insolvência, há de a pessoa jurídica de direito público, que a criou, responder supletivamente por seus danos, isto é, em caráter subsidiário. Isso porque constitui desdobramento do seu próprio ser. Atua em lugar dessa pessoa jurídica de direito público maior que a criou, para auxiliá-la nos seus cometimentos, como seu órgão indireto, como elemento da sua administração indireta. Trata-se de pessoa jurídica de direito público que faz as vezes do Estado.

A prescrição para a interposição de demanda judicial para o ressarcimento dos danos ou indenização é de cinco anos contados da ocorrência do evento danoso e, então, será ajuizada na esfera da Justiça Federal, contra a ANTAQ e contra a União Federal, cuja responsabilidade é supletiva.

Contudo, entende-se que os arrendatários não apenas demandarão pelo ressarcimento de danos. A situação requer muito mais que isso, pois, pugna pela revisão de contratos de arrendamento e de atos da própria ANTAQ.

Eventual demanda que vise a responsabilidade civil, no presente caso, ensejaria a presença da União no feito, como própria demandada, tendo em vista o interesse da questão e por dizer respeito aos atos da ANTAQ no exercício de uma das competências constitucionais da União.

Ademais, sabe-se que os recursos financeiros da autarquia são resultantes das taxas de seus serviços e, portanto, caso a ANTAQ não tenha suporte financeiro para arcar com quaisquer obrigações de ordem pecuniária de cunho indenizatório, tal ônus será da União Federal.

3.4.3 Jurisprudência em matéria de responsabilidade civil das agências

Considerando a atuação das agências reguladoras ser relativamente recente, não é robusta a diversidade jurisprudencial em torno

³⁰⁶ MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 217.

dessas figuras. Na verdade, é rara a jurisprudência acerca de responsabilidade civil da União por ato das agências reguladoras.

Em recente análise pelo Tribunal Federal da 4ª Região, nos autos da Apelação Cível 2003.70.05.000227-5/PR³⁰⁷, tendo como Apelante a União Federal, ao apreciar pedido do Ministério Público de responsabilização daquela, entendeu a Corte que não teria havido, naquele caso concreto, a omissão da ANATEL no dever de fiscalização das prestadoras de serviços de telefonia. Mas, caso houvesse essa omissão, haveria responsabilidade civil da União. Nesse caso, assim se manifestou o citado TRF:

Atendendo ao disposto no art. 21, XI, da Constituição Federal, a Lei nº 9.472/97 criou a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, agência reguladora, com natureza de autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério das Comunicações. As agências reguladoras assumem atribuições inerentes ao Poder Executivo. *In casu*, foi atribuído à ANATEL o dever de fiscalização e a aplicação de penalidades relativas ao serviço de telecomunicações (art. 19, VI e XVIII, Lei nº 9.472/97). **Eventual responsabilidade da União poderia surgir em face de indevida omissão pela ANATEL no cumprimento de suas obrigações.** Todavia, conforme comprovam os documentos dos autos, a ANATEL instaurou o Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigação - PADO (processo nº 53500004030/2000). Dessa forma, não ocorreu omissão no dever de fiscalização pela ANATEL. A demora na conclusão do procedimento é justificável pela complexidade das medidas a serem adotadas. (sem grifo no original).

Em julgado do Supremo Tribunal Federal³⁰⁸, no Recurso Extraordinário 183180-4, do Distrito Federal, em que é recorrente a União Federal, onde a Transbrasil S/A Linhas Aéreas demandou judicialmente no sentido de obter a reajuste de tarifas pelo desequilíbrio econômico-financeiro do seu contrato por conta de plano econômico (ato governamental).

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Autos: AC 2003.70.05.000227-5/PR. Disponível em: <www.trf4.jus.br> . Acesso em: 20 Jul. 2009.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 183180-4. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 Jul. 2009.

Neste julgado há o reconhecimento da existência de contrato entre a Transbrasil S/A (detentora de outorga de atividade de transporte aéreo sob regulação da ANAC) e a União Federal o que evidencia a aplicabilidade da responsabilidade civil em caso de prejuízos sofridos pelos outorgados por ato das agências reguladoras.

3.4.4 Reflexões sobre o cenário atual

As reflexões sobre o tema são necessárias e de grande relevância para o desenvolvimento do Direito. As que se seguem não são concebidas como verdades absolutas, mas, pretendem contribuir, de alguma forma, para a busca do equilíbrio com relação à questão.

O Direito é uma atitude concreta e indissociável, em que a manifestação normativa é uma síntese não fragmentável entre as vivências fáticas e concretas de uma sociedade e os valores desenvolvidos pela Civilização ao longo de seus séculos de experiência. Por isso, uma constituição não se confunde com a vontade dos legisladores que a produziram (por mais sábios que os tenham sido), mas também não se identifica com a vontade passageira dos grupos sociais (por mais amplos que sejam)³⁰⁹.

A ordem jurídico-constitucional num Estado em que o regime jurídico é o *written law* não pode sofrer interferências externas sem que haja uma ampla reforma de seus preceitos, pelas formas mais adequadas.

A inserção das figuras jurídicas das Agências no Brasil, ainda mantém firmes as posturas doutrinárias de que seus regramentos, baseados nos conceitos cada vez mais abrangentes e gerais, não têm o poder de quebrar a ordem constitucional ou legal e, portanto, não têm poder suficiente para excetuar a forma de delegação do serviço público de forma oblíqua, sem a necessária licitação.

Todas as outorgas de arrendamentos portuários em vigor, baseadas na Lei dos Portos, que forem atingidas pelos atos de regulação da

³⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**, p. 291.

ANTAQ, de forma a alterar essencialmente o equilíbrio econômico-financeiro dos respectivos contratos, são passíveis de repactuação contratual para a recomposição da equação econômico-financeira.

Todas as perdas e danos sofridos pelos arrendatários, irrecuperáveis de alguma forma, são da responsabilidade civil do Estado.

No caso em tela, e por conta da sua responsabilidade, o Estado precisa agir de forma a restabelecer condições de equilíbrio, de segurança jurídica, para que os investidores tenham confiança no investimento em empreendimentos públicos. Nesse passo é possível a coesão das políticas públicas para o setor.

Se o caminho para a modernidade do setor portuário for a sua transferência à iniciativa privada sem a necessidade de licitação, a ordem constitucional requererá mudanças importantes, e é neste sentido que o Estado deve agir para atingir o objetivo proposto de forma legítima e em condições de harmonia com a ordem jurídico-constitucional e os anseios da sociedade.

No atual modelo, porém, a delegação dos serviços públicos deverá ser precedida de licitação, procedimento que legitima os preceitos constitucionais de igualdade, oportunizando a participação ampla e irrestrita dos concorrentes e legitimando o processo de escolha do investidor que atuará em nome e no lugar da Administração Pública.

O setor portuário brasileiro vive um momento de reordenação se consideradas as disposições do Decreto Federal n. 6.620. Contudo, a ausência de norma durante os anos que sucederam à edição da Lei dos Portos até a edição do referido Decreto deixou marcas que requerem a atenção e a responsabilização de quem responde pela condução da política do setor pela não compatibilização dos direitos dos terminais de uso público (dos arrendatários).

Esses direitos concedidos aos terminais privativos de uso misto, devido à restrita interpretação do texto legal e aos efeitos da dispersão dos recursos públicos que se reverteriam ao próprio setor, representam risco de precarização das estruturas públicas e consequente utilização e total domínio das novas estruturas pela iniciativa privada.

O rastro formado pelos atos praticados por conta da disposição legal do artigo 4º, inciso II, “b” da Lei dos Portos, enseja a responsabilidade civil do Estado por atos lesivos aos administrados, neles incluídos os arrendatários.

Assim, na lição de José Afonso da Silva, em seu parecer que instrui a ADPF n. 139, esse dispositivo legal seria, inclusive, inconstitucional. O parecer do renomado constitucionalista merece a apreciação da comunidade jurídica para o fim de que, se necessário, sejam tomadas providências no sentido de proteger o ordenamento jurídico pátrio e extirpar preceitos legais que ameacem a sua integridade.

Como forma de contribuição nas discussões presentes, segue a sugestão de um caminho para a recondução à situação de equilíbrio do cenário portuário, como parte da reflexão que esta dissertação pretende provocar.

3.4.5 Destino do Sistema Portuário Nacional

Para a condução da situação atual, partindo das disposições inseridas no Decreto Federal n. 6.620, é importante que a ANTAQ estabeleça prazo para que os atuais autorizados se adaptem às referidas disposições. Conforme exposto, não se tratam de novas regras, mas, da definição de disposições possíveis, dentro da ordem jurídico-constitucional vigente.

3.4.5.1 Autorizações anteriores à vigência do Decreto Federal n. 6.620

As autorizações já conferidas aos terminais de uso privativo misto para operar a carga própria declarada e as cargas de terceiros, se realmente não forem abrangidas pelas disposições do Decreto Federal n. 6.620,

por força do disposto no seu artigo 53, não estariam, a rigor, obrigadas a observar a preponderância da carga própria e a complementariedade e eventualidade da carga de terceiros (cuja natureza guarde semelhança com a carga própria movimentada).

Tal entendimento contraria o disposto na Lei Federal n. 10.233. Conforme já exposto, o artigo 47 da referida Lei estabelece que a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação.

Num confronto entre este dispositivo e o artigo 53 do Decreto Federal n. 6.620, verifica-se que a norma mais recente é hierarquicamente inferior à anterior, de forma que se entende prevalecer a disposição da Lei Federal n. 10.233.

Assim, o artigo 53 do Decreto Federal n. 6.620 não é aplicável, ainda mais que aludido Decreto nada mais fez do que aclarar os conceitos de carga própria e sua preponderância, bem como a característica, eventualidade e complementariedade das cargas de terceiros, enquadrando-as nos princípios constitucionais dos serviços públicos concedidos mediante prévia licitação e dos limites da prestação de serviço portuário de caráter privado.

Dessa forma, fica confirmada a disparidade com que se caracteriza a possibilidade de autorização para terminais de uso privativo misto que intencionam primordialmente a movimentação das cargas de terceiros, num verdadeiro desvirtuamento do instituto.

Sabe-se que a aplicabilidade ou não das disposições do Decreto Federal n. 6.620 sobre os terminais já autorizados poderá ensejar mais discussões, pois os já autorizados invocarão o mesmo princípio da segurança jurídica que foi focado na realização desta pesquisa para refutar alterações que possam atingir as condições que lhe foram proporcionadas pelos atos de outorga da ANTAQ praticados antes do Decreto Federal n. 6.620.

Nesse aspecto, importante é a lição do Ministro Gilmar Ferreira Mendes³¹⁰, ao comentar o destaque feito por Baptista Machado:

O desenvolvimento da doutrina sobre a aplicação da lei no tempo acaba por revelar especificidades do “estatuto contratual” em face do “estatuto legal”. Enquanto este tem pretensão de aplicação imediata, aqueloutro estaria, em princípio, submetido à lei vigente no momento de sua conclusão, a qual seria competente para regê-lo até a extinção da relação contratual.

Considerando que o ato de outorga de autorização não é ato contratual, mas um ato administrativo singular (termo), de caráter precário, para o qual a Lei Federal n. 10.233, em seu artigo 47, já ressalva a inexistência de direito adquirido, não há como invocar tal princípio, considerando que:

O princípio constitucional do direito adquirido não se mostra apto a proteger as posições jurídicas contra eventuais mudanças dos institutos jurídicos ou dos próprios estatutos jurídicos previamente fixados³¹¹.

Assim, ainda que o Decreto Federal n. 6.620 trouxesse uma alteração dos institutos jurídicos ali tratados, as outorgas de autorização já emitidas não protegeriam os autorizados calcados no princípio constitucional do direito adquirido.

Não se pode olvidar que a postura da ANTAQ encorajou os investimentos nos terminais privativos de uso misto com o fito da movimentação de cargas de terceiros.

Também não há como ignorar o fato de que a falta de precisão da Lei dos Portos deixou à deriva (ou ao sabor do entendimento técnico da Agência) o estabelecimento de regras para definição dos parâmetros da carga própria.

³¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 518.

³¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, p. 513.

Teria a Agência perdido a noção do todo e da sua própria função de regulação do setor, permitindo o estabelecimento de terminais privativos de uso misto com desvirtuamento de sua real finalidade?

Mesmo com a imprecisão da Lei dos Portos quanto à proporcionalidade da carga própria, a Agência teria total legitimidade para negar a instalação de terminais privativos de uso misto que demonstrassem risco de se estabelecerem no real intuito de operar livremente a carga de terceiros, considerando os efeitos desses atos no setor e a sua obrigação institucional de zelar para a existência de um ambiente adequado para a competição, protegendo-o da competição imperfeita.

Conforme assevera Marçal Justen Filho, *a natureza da atividade estatal impõe a seus agentes um dever especial de diligência, consistente em prever as consequências de sua conduta ativa e omissiva, adotando todas as providências necessárias para evitar a consumação de danos a terceiros*³¹².

Os efeitos dos atos de autorização nessas condições, ou seja, permitindo movimentação de cargas de terceiros indistintamente, eram perfeitamente previsíveis, e representam um ônus para a União, considerando a responsabilidade civil a que se sujeita, a ser imputada pelos que efetivamente sofreram prejuízos, os terminais públicos, ensejando a recomposição de relações jurídicas amparadas por contrato administrativo e as indenizações e compensações que forem devidas.

Acaso se sustentem as condições atuais dos já autorizados até o início da vigência das disposições do Decreto Federal n. 6.620, sem que estes necessitem atender às referidas disposições, estar-se-ia conferindo direito especial a esses autorizados de prestar serviço público sem licitação. Além disso, seria criado um mercado exclusivo, em condições de competição a eles altamente favoráveis (com liberdade de preços e regido pelo direito privado na prestação de serviços a terceiros) e em flagrante prejuízo do interesse público.

³¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Op. cit., p. 1081

Isso porque os terminais privativos de uso misto não estão adstritos aos compromissos da universalidade dos serviços, da garantia da sua continuidade, de padrões de qualidade, de agilidade, tampouco aos compromissos com as normas para tratamento dos usuários. Sua atuação com relação ao público representa a dispersão de potenciais recursos públicos aplicáveis ao setor, em ordem com a sua política nacional.

Mas, entende-se que estes autorizados já sabiam das “regras do jogo” e desde o início se sujeitaram a se adaptar à alteração das exigências. Dessa forma, não possuem direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, e devem observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe deverá fixar prazo suficiente para adaptação, consoante claramente dispõe o artigo 47 da Lei Federal n. 10.233.

A União, ao contrário do que tem entendido alguns dos representantes no Senado Federal³¹³, por exemplo, precisa coibir as iniciativas de empresas privadas que têm intenção de prestar serviço público portuário sem a devida licitação.

Não podem mais subsistir atos, quer da ANTAQ, ou mesmo da SEP, inclusive iniciativas legislativas, que direcionem para a possibilidade de movimentação livre da carga de terceiros por terminais privativos sem antes haver uma alteração substancial na ordem jurídico-constitucional. Tais atos, sem qualquer sombra de dúvidas, acabam por induzir investimentos dos particulares autorizados, o que também pode representar um ônus altíssimo aos cofres do Estado no futuro.

³¹³ A exemplo, a Senadora Kátia Abreu que apresentou o Projeto de Lei n. 118/2009, que altera completamente as regras para a movimentação de cargas próprias e cargas de terceiro pelos terminais privativos de uso misto. BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 118/2009, de autoria da Senadora Kátia Abreu. Altera a alínea "b", do inciso II, do § 2º, do art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, com vistas a permitir a exploração de instalações portuárias privadas para uso geral. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90248>. Acesso em: 4 ago. 2009.

Em situação específica de responsabilidade civil da União com relação aos investimentos feitos pelos terminais privativos de uso misto, no caso de permanecerem os parâmetros constitucionais vigentes, é certo que será devidamente valorada a condição de risco assumida pelos autorizados que, na verdade, não foram surpreendidos com novas condições, já que estavam eles conscientemente trilhando por caminhos sinuosos, sujeitos à definição que acabou sendo trazida pelo Decreto Federal n. 6.620.

O referido Decreto atende aos preceitos constitucionais que regem a execução indireta dos serviços públicos (através de concessões ou permissões) pelo Poder Público, na forma do artigo 175 da CRFB/1988.

Dessa forma, somente uma alteração substancial nas disposições constitucionais seria capaz de alterar a condição da prestação de serviços de movimentação de cargas de terceiros pelos terminais privativos de uso misto com características de serviço público.

Considerando o atual contexto em que essa discussão acontece, o que desperta as mais contraditórias opiniões, considera-se válido comentar brevemente o Projeto de Lei que está em trâmite neste momento no Congresso Nacional, assunto do próximo item desta pesquisa.

3.4.5.2 Projeto de Lei n. 118/2009

Está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei³¹⁴ da Senadora Kátia Abreu que, numa simplória e diminuta redação, altera radicalmente o artigo 4º da Lei Federal n. 8.630. Se aprovado, serão incalculáveis os impactos na estrutura do sistema portuário nacional, principalmente quanto às instalações públicas.

A singeleza da alteração não dá a noção da dimensão do seu alcance.

³¹⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 118/2009 de autoria da Senadora Kátia Abreu. Altera a alínea "b", do inciso II, do § 2º, do art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, com vistas a permitir a exploração de instalações portuárias privadas para uso geral. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90248>. Acesso em: 4 ago. 2009.

O texto atual do artigo 4º, § 2º, alínea “b”, da Lei Federal n. 8.630, dispõe que a exploração da instalação portuária, de que trata o artigo, far-se-á sob uma das seguintes modalidades: (I) uso público e (II) uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria e b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

O projeto de lei se presta a acrescentar, ao final da alínea “b”, a seguinte disposição: *independente do percentual de ambas as cargas*. Ou seja, ao terminal privativo de uso misto se admitiria a movimentação de carga própria e de terceiros independentemente do percentual de ambas as cargas. Poderia, assim, ser autorizada a instalação de terminal privativo de uso misto para movimentar 0,1% de carga própria e 99,9% de carga de terceiro.

Transcreve-se a justificativa do projeto:

O medíocre investimento público em infraestrutura de transportes ao longo dos últimos 30 anos evidencia de forma incontestada a incapacidade governamental de honrar seus compromissos com esse suporte vital para o pleno desenvolvimento da economia brasileira.

De fato, a falta de investimentos se reflete no duplo problema de escassez de infraestrutura de transportes e na precária conservação do pouco existente, o que impõe enormes barreiras ao agronegócio e à interiorização do desenvolvimento brasileiro.

As concessões dos portos, ferrovias e rodovias executadas ao longo de pouco mais de uma década mostram resultados muito exitosos quando confrontados ao cenário anterior. A verdade é que o investidor privado trouxe melhorias operacionais aos portos, forte crescimento da oferta e da confiabilidade do transporte ferroviário, e a melhor conservação dentre as rodovias nacionais.

Mesmo o Presidente Lula e sua equipe, que notoriamente sempre foram refratários aos avanços do processo de concessões da infraestrutura, já se renderam às suas vantagens e concederam alguns trechos rodoviários, com aparente sucesso, que pode ser medido pela baixas tarifas de pedágio que serão cobradas dos usuários.

Assim, não faz sentido que um investidor privado que tenha capital e interesse não possa construir e explorar um porto para

servir apenas às cargas de terceiros – com ou sem participação de suas próprias cargas –, como o impede a legislação atual.

O Brasil, ante o seguido crescimento de sua produção agrícola e ante a incapacidade de sua infraestrutura para lidar com esse crescimento – como, aliás, vêm alertando as entidades representativas do setor, que já falam na possibilidade de um “apagão logístico” –, não pode prescindir da ajuda do investidor privado para resolver tais problemas, por conta de eventuais restrições ideológicas já abandonadas, até mesmo, por tradicionais correntes de esquerda.

Assim sendo, acreditamos ser urgente a revisão de dispositivo antiquado de nossa legislação, razão pela qual solicitamos o apoio dos nobres Pares à proposição que ora apresentamos.

A aprovação deste Projeto de Lei confrontaria a disposição constitucional do artigo 175 da CRFB/1988, que estabelece a necessidade de licitação para a prestação indireta de serviços públicos pelo Poder Público, através das outorgas de concessão e permissão.

O modelo que a Senadora considera antiquado é o que garante a segurança jurídica aos próprios investidores que, nos últimos anos, através de procedimentos em linha com ordem constitucional vigente, investiram nas estruturas públicas, mediante contratos de concessão e arrendamento.

Verifica-se da justificativa apresentada o entendimento de que o investidor com condições de investir num porto privado para movimentar cargas de terceiros deveria fazê-lo livremente, com ou sem carga própria. A redação da lei em trâmite, mantém a conjunção “e” na alínea “b” acima referida, ou seja, *carga própria “e” carga de terceiros*, pelo que permaneceria a obrigação de coexistirem os dois tipos de carga, sendo irrelevante o percentual de uma e da outra.

Os efeitos da aprovação desta Lei são previsíveis, mas de proporções ainda incalculáveis, o que aumentaria ainda mais o leque de contratos administrativos já firmados pela União atingidos pelo desequilíbrio total do mercado, provocado pela entrada, indistinta, de investidores voltados à movimentação de cargas de terceiros.

Tal situação aumentaria a insegurança jurídica no setor, o que não é favorável à atração de novos investimentos, e culminaria no aumento dos encargos da União por sua responsabilidade civil.

O Projeto de Lei proposto pela Senadora Kátia Abreu, n. 118/2009, revela flagrante inconstitucionalidade.

3.4.5.3 Postura da ANTAQ e atuação do CONIT

A ANTAQ está promovendo a alteração da sua Resolução n. 517, não da forma já proposta, mas, com novos contornos a fim de adequá-la às disposições, agora mais claras, com relação às autorizações de terminais privativos de uso misto, conforme Decreto Federal n. 6.620.

Nesse mesmo passo, deverá intensificar as fiscalizações para a aferição do efetivo cumprimento dos requisitos legais de autorização, assim como tem procedido quanto aos terminais públicos e portos organizados.

Concedido o prazo para as adaptações das autorizações em trâmite e, não se verificando a adequação necessária, uma providência salutar seria incluir o empreendimento no Plano Geral de Outorgas. Assim incluído, se outra não for a destinação do empreendimento a ser dado pelo seu titular, poderia ser promovida a licitação dos terminais de uso privativo misto que estivessem em desacordo com as normas.

Para tanto, os titulares do domínio útil do imóvel e do empreendimento edificado seriam compensados com a indenização pelos investimentos efetuados, acaso os próprios, permitidos a participar do certame licitatório, não fossem vencedores da concorrência, e desde que tais empreendimentos fossem mesmo importantes para a estrutura portuária nacional.

Considerando a falta de cultura de defesa da concorrência, é importante estabelecer uma interação da ANTAQ com o CADE³¹⁵ para que este

³¹⁵ Nesse sentido, é importante que o Congresso aprove o projeto de lei que visa reformar a estrutura do CADE. *in* SENADO FEDERAL. Projeto de Lei n. 3.937, apresentado em 09 de fevereiro de 2009. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de

órgão aja, com toda a sua experiência, em auxílio à capacitação dos servidores da ANTAQ sobre a defesa da concorrência, bem como, dependendo da situação a ser analisada, auxilie a ANTAQ na análise concorrencial das inovações e alterações das outorgas (em andamento e em fase de requerimento).

É essencial, ainda, que os CAPs atuem fortemente quando os portos organizados sob sua jurisdição forem afetados por práticas concorrenciais que caracterizem a competição imperfeita. Essa atuação deverá se dar através de manifestações à ANTAQ, considerando que seus atos se limitam aos portos organizados e não há competência do CAP na instituição de regras que atinjam terceiros, ainda que tenha competência para promover a proteção às boas práticas concorrenciais a fim de evitar um ambiente de competição imperfeita.

Por fim, a instituição efetiva do CONIT é um instrumento imprescindível à mais adequada solução dos problemas e necessidades do cenário portuário atual, com possibilidade de reflexões consistentes e à integração dos segmentos de transporte envolvidos, para a melhor condução das políticas públicas do transporte, nelas incluídos os portos e terminais portuários e, bem assim, as companhias docas.

dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=89289> . Acesso em 30 jul. 2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível perceber através dos capítulos desta Dissertação que o tema da responsabilização civil da União por atos da ANTAQ, atos esse que contribuíram para a instalação de um ambiente de competição imperfeita, com desvantagens com relação aos arrendatários, é um debate ainda necessário, considerando tudo o que até o momento tem sido vivenciado pelos portos e instalações portuárias arrendadas na disputa pelo mesmo mercado acessado pelos terminais privativos de uso misto através das suas autorizações.

O problema sobre a edição de normas federais e atos normativos na atividade portuária pela ANTAQ, e sua respectiva aplicação nos processos de outorgas de autorização de terminais privativos mistos, tem provocado insegurança jurídica no setor da atividade portuária, originariamente decorrente da imprecisão da Lei Federal n. 8.630, que não dispôs em critérios claros as condições para as referidas autorizações.

Por sua vez, de acordo com a Resolução n. 517-ANTAQ, atualmente em revisão pela Agência, os critérios subjetivos, dependentes de estudos técnicos, e sem comprovação dos principais requisitos, como a existência de carga própria suficiente a justificar o empreendimento, conduziram o sistema portuário, considerado em certos aspectos meio à deriva, a um novo cenário de competição.

Com a edição do Decreto Federal n. 6.620, de forma favorável ao cenário jurídico ideal de convivência entre os arrendatários e os autorizados, houve uma disposição mais clara sobre os critérios aplicáveis às autorizações.

Trata-se da necessidade do reforço à exigência da preponderância da carga própria, da subsidiariedade e eventualidade da carga de terceiros, bem como, da relação clara entre as características das cargas de terceiro com as das cargas próprias a serem movimentadas no terminal autorizado. Por outro lado, houve disposição contrária ao comando da Lei Federal n. 10.233, estabelecendo-se que os critérios ali dispostos não atingiriam os atos já praticados, disposição essa que resulta em verdadeira “reserva de mercado” aos terminais privativos de uso misto estabelecidos até então.

O estudo sob a ótica da responsabilidade civil contribui para o debate. Ainda que seja possível um modelo portuário mais condizente com as necessidades de investimentos no setor, essa “migração” para o novo modelo não pode resultar em discrepâncias prejudiciais aos investidores, sendo certo que tal situação aumenta a insegurança jurídica, não colabora para o incremento da economia do setor e inviabiliza investimentos privados de interesse público. Diante disso, verifica-se que a hipótese levantada para a pesquisa realmente se confirmou, conforme se pode verificar do contido na presente Dissertação.

Após o estudo dos principais aspectos dos procedimentos para arrendamentos portuários em portos organizados e para a autorização de terminais privativos de uso misto sob a luz da responsabilidade civil do Estado, com ênfase no desequilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos, verificou-se que há providências factíveis para a recuperação do equilíbrio dos contratos administrativos dos arrendatários e de um ambiente ideal e propício para a livre competição.

A análise dos aspectos jurídicos desses procedimentos contribui para o aumento da segurança jurídica dos investimentos privados de interesse público, uma vez que a questão da competição imperfeita que atinge os contratos administrativos pode ser melhor resolvida de forma a garantir tranquilidade aos investidores e atrair maiores investimentos ao setor. Com isso, todo o setor portuário e os segmentos que dele sobrevivem são beneficiados. Protege-se, assim, com maior efetividade, o interesse público.

Para tanto, a pesquisa contou com o estudo dos conceitos operacionais relevantes das outorgas de concessão de arrendamento portuário e da autorização para terminal privativo de uso misto. Assim sendo, além do rol de categorias trazidas no início desta Dissertação, o Capítulo 1 apresentou pontos relevantes à pesquisa e identificou os princípios aplicáveis à legitimação dos atos de regulação das entidades regulatórias da atividade portuária, principalmente relativos ao sistema de outorgas.

Com essa identificação foi possível considerar que faltou proporcionalidade aos atos da ANTAQ, pois se valeram do uso da discricionariedade baseado na falta de definição legal para a sua prática, sem atendimento aos preceitos da ordem constitucional vigente, tendo como maior finalidade o interesse privado em detrimento do interesse público e, portanto, sem a razoabilidade esperada dos seus agentes.

A profusão de idéias até o momento levantadas pelas discussões estabelecidas em torno do tema das outorgas analisadas tem dividido opiniões. O estudo criterioso identificou os elementos constitucionais, dentre eles, a admissão de autorização para exploração de serviços portuários, na forma do artigo 21, XII, “f” da CRFB/1988, e a necessidade de licitação, na forma do artigo 175 da CRFB, na hipótese de a exploração se configurar em prestação de serviços públicos.

Essa identificação e exercício de argumentação contribui para harmonizar as condutas administrativas e proporciona maior segurança jurídica aos envolvidos, descartando entendimentos paralelos que visam sustentar a possibilidade de prestação de serviços públicos sem licitação.

Da mesma forma, a análise dos procedimentos de outorga, fiscalização das concessões e permissões, e a regulação do setor, conforme desenvolvido no Capítulo 2, foi importante para conceber a possibilidade da correção de discrepâncias que culminam na ocorrência de competição imperfeita.

Nesse Capítulo, o traçado dos principais aspectos do confronto entre os dois modelos, arrendamentos portuários e terminais privativos

de uso misto, que subsistem sob dois regimes jurídicos distintos mas, na prática, dentro do mesmo contexto de mercado, foi essencial para a identificação do problema e para compreensão das normas desautorizadoras da liberdade concedida aos terminais privativos de uso misto de disputarem as cargas de terceiros.

No Capítulo 3, o enfoque sobre o tema da responsabilidade civil do Estado foi desenvolvido no sentido da identificação da subsistência desta responsabilidade nos atos praticados por agentes da ANTAQ, os quais implicam no desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos firmados com os arrendatários, já que a ANTAQ age em lugar da própria União no desenvolvimento da atividade da Regulação. Na apuração dessa responsabilidade, foi destacada a importância da existência do dano decorrente do ato, ou seja, do nexo de causalidade.

Verificou-se haver nexo de causalidade entre os atos da ANTAQ, de outorga e de fiscalização, comissivos e omissivos, que permitiram a livre atuação dos autorizados na angariação de carga de terceiros, e os prejuízos que se somam diariamente aos arrendatários.

Foi importante identificar que, não obstante a Administração Pública fazer parte dos contratos administrativos, poderá ser responsabilizada ainda que agir de forma desvinculada das cláusulas contratuais, se estas forem capazes de ferir, através de atos comissivos ou omissivos, ainda que no âmbito puramente administrativo, o direito da outra parte, causando a esta desequilíbrio contratual em seu desfavor.

Não sendo possível a revisão contratual ou compensação, a responsabilidade do Estado, no caso, da União, por atos da ANTAQ, subsiste, ainda mais que, conforme se verificou, os danos são perfeitamente palpáveis e capazes de serem medidos.

A análise da responsabilidade civil pode inibir condutas omissivas ou comissivas das agências reguladoras brasileiras. No caso estudado, esse método é importante e colabora para a eficácia da regulação da atividade

portuária, por contribuir para harmonizar e racionalizar as condutas administrativas, além de proporcionar maior segurança jurídica aos envolvidos, resguardando o interesse público.

A pesquisa buscou estender os contornos da discussão, até o momento estabelecida em inúmeros foros para o campo da responsabilidade civil, posto que é inevitável considerar que os reflexos causados aos contratos administrativos serão, oportunamente, postos em pauta para a devida discussão, revisão, eventuais compensações e inevitáveis indenizações para reparação de danos efetivamente incorridos.

A pesquisa não travou a busca para diminuir controvérsias e eliminar discussões, bem como não se dedicou a exaurir conceitos e finalizar a abordagem sobre o tema proposto com o encerramento de uma discussão e a indentificação de melhor solução.

O intuito foi o de contribuir para a discussão, apresentando um ponto de vista que poderá ser útil para a prática diária da assessoria jurídica de entes públicos delegatários ou da assessoria jurídica de empresas arrendatárias ou autorizadas. Também foi o de relatar o resultado dos estudos empreendidos sobre o tema com o propósito da própria dissertação, para cujo tema, com certeza, não se digita um ponto final.

O tema da responsabilidade civil no contexto das outorgas portuárias poderá ser desenvolvido para a apuração específica de quais elementos reais, baseados em estudos econômicos inclusive, são objeto de responsabilização do Estado, quantificando-os.

De outra forma, poderá ser desenvolvido o raciocínio para as possíveis compensações a serem feitas aos arrendatários em seus contratos administrativos, aproximando ou igualando condições de seus contratos às condições permitidas aos autorizados.

Também poderá ser analisado o impacto social, no caso de os terminais privativos de uso misto fazerem a adaptação das condições das autorizações nos termos do Decreto Federal n. 6.620 ou, por eventuais prejuízos

aos terminais privativos de uso misto, por conta do incentivo que os atos da ANTAQ, enfocados neste trabalho, representaram para a decisão acerca dos investimentos realizados, bem como o impacto financeiro por eventual necessidade de adaptação aos critérios até o momento não exigidos.

Enfim, os debates podem ser desdobrados em diversos sentidos como decorrência do tema desta Dissertação, com maior ou menor enfoque no aspecto da responsabilidade civil, das outorgas, ou dos atos de regulação, todos necessários à manutenção da segurança jurídica, e da existência de um ambiente de equilíbrio e em condições de justa competição, que possam manter o interesse e a viabilidade dos investimentos privados nas atividades próprias do Estado.

Essa discussão deve ocorrer sempre de forma harmônica e atendendo, com máxima eficiência e abrangência, o interesse público num setor estratégico e imprescindível para o desenvolvimento do Brasil.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Alexandre de. *Et al.* **Regulação e Concorrência: Perspectivas e Limites da Defesa da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005.

ANJOS, José Haroldo dos; GOMES, Carlos Rubens Caminha. **Curso de Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A Necessidade de Preponderância de Carga Própria nos Terminais Portuários Privativos de Uso Misto**. Parecer concedido à ABRATEC – Associação Brasileira de Terminais de Contêineres de Uso Público. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 139, fl. 154 dos autos. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=334635#PETI%C3%87%C3%830%20INICIAL>. Acesso em: 20 mar. 2009.

_____. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Direito dos Serviços Públicos**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Legalidade e Regulamentos Administrativos no Direito Contemporâneo**. Revista de Direito Constitucional e Internacional IDC, Rio de Janeiro: ano 10, nº 41, 2002.

_____. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas**. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (org.). **Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional**. vol. II. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005, p. 91-138.

ATALIBA, Geraldo. **Regime Constitucional e Leis Nacionais e Federais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nºs 53-54, jan.jun. de 1980.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. **Solução de Controvérsias pelas Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BESERRA, Benjamin Gallotti Beserra. **Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário**. 1 ed. Vol.I. Brasília: Gráfica Alpha, 2005.

BIOLCHINI, Monique Calmon de Almeida. **Regulação Jurídica do Transporte Aquaviário – A regulação da outorga de Autorização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Título original: Teoria dell'ordinamento giuridico.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria do Estado**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n. 55-ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002. Aprova a norma para arrendamento de áreas e instalações portuárias destinadas à movimentação e armazenagem de cargas e ao embarque e desembarque de passageiros. Disponível em: <www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/publicacao/0000000603.pdf>. Acesso em: 30 out. 2008.

BRASIL. ANTAQ. Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Resolução n. 517-ANTAQ, de 18 de outubro de 2005, publicada no Diário Oficial da União em 8

de novembro de 2005. Disponível em: <www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/publicacao/PublicacoesAntigas/Resolucao517.pdf>. Acesso em: 30 out. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (“CRFB/1988”), de 05 de outubro de 1988, e alterações feitas pelas 57 Emendas Constitucionais, sendo a 57ª de 18 de dezembro de 2008, publicada no Diário Oficial da União em edição extra de 18/12/2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 31 jan. 2009.

BRASIL. Decreto n. 4.391, de 26 de setembro de 2002, publicado no Diário Oficial da União em 27 de setembro de 2002. Dispõe sobre arrendamento de áreas e instalações portuárias de que trata a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, cria o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias, estabelece a competência para a realização dos certames licitatórios e a celebração dos contratos de arrendamento respectivos no âmbito do porto organizado, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/2002/D4391.htm> Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Decreto 6.550, de 27 de agosto de 2008, publicado no Diário Oficial da União em 28 de agosto de 2008. Dispõe sobre a estrutura e o funcionamento do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6550.htm>. Acesso em: 30 nov. 2008

BRASIL. Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008, publicado no DOU em 30 de outubro de 2008, que dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Disponível em:

<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htm> Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 8.630 de 25 de fevereiro de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 26 de fevereiro de 1993, Alterada pela Lei nº11.518 de 5 de setembro de 2007, publicada no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007; pela MP nº 320, de 24 de agosto de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 25 de agosto de 2006 e pela Lei nº 11.314 de 3 de Julho de 2006, publicada no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l8630.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 8.666 de 21 de junho de 1993, publicada no Diário Oficial da União de 22.6.1993 e republicado no D.O.U de 6.7.1994, Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial da União de 13 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm> Acesso em 15 jul. 2009.

BRASIL. Lei n. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995 publicada no Diário Oficial da União de 14 de fevereiro de 1995 e republicado no Diário Oficial da União de 28 de setembro de 1998. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.277 de 10 de maio de 1996 publicada no Diário Oficial da União de 13 de maio de 1996. Autoriza a União a delegar aos municípios, estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9277.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.427 de 26 de dezembro de 1996 publicada no Diário Oficial da União em 27 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.719 de 27 de novembro de 1998 publicado no Diário Oficial da União de 30 de novembro de 2008. Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9719.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.784 de 29 de janeiro de 1999 publicado no Diário Oficial da União de 1 de fevereiro de 1999 e retificado no Diário Oficial da União em 11 de março de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.966 de 28 de abril de 2000 publicado no Diário Oficial da União de 29 de abril de 2000. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 10.233 de 5 de junho de 2001 publicado no Diário Oficial da União em 6 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a

Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 10.683 de 28 de maio de 2003 publicada no Diário Oficial da União de 29 de maio de 2003. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.683.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 11.079 de 30 de dezembro de 2004 publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 11.314 de 3 de julho de 2006 publicado no Diário Oficial da União de 4 de julho de 2006. Altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a Lei nº 11.171, de 2 de setembro de 2005, que dispõe sobre a criação de carreiras e do Plano Especial de Cargos do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT, a Lei nº 11.233, de 22 de dezembro de 2005, que institui o Plano Especial de Cargos da Cultura e a Gratificação Específica de Atividade Cultural - GEAC, cria e extingue cargos em comissão no âmbito do Poder Executivo, dispõe sobre servidores da extinta

Legião Brasileira de Assistência, sobre a cessão de servidores para o DNIT e sobre controvérsia concernente à remuneração de servidores do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, a Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, que dispõe sobre os bens imóveis da União, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, a Lei nº 11.046, de 27 de dezembro de 2004; a Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, e a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; revoga dispositivos da Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, da Lei nº 10.871, de 20 de maio de 2004, e da Medida Provisória nº 280, de 15 de fevereiro de 2006; e autoriza prorrogação de contratos temporários em atividades que serão assumidas pela Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Lei/L11314.htm>. Acesso em: 30 out. 2008.

BRASIL. Lei n. 11.518 de 5 de setembro de 2007 publicado no Diário Oficial da União de 6 de setembro de 2007. Acresce e altera dispositivos das Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.893, de 13 de julho de 2004, 5.917, de 10 de setembro de 1973, 11.457, de 16 de março de 2007, e 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, para criar a Secretaria Especial de Portos, e dá outras providências. Disponível no site <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11518.htm>. Acesso em 30 out. 2008.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei n. 118/2009 de autoria da Senadora Kátia Abreu. Altera a alínea "b", do inciso II, do § 2º, do art. 4º da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, com vistas a permitir a exploração de instalações portuárias privadas para uso geral. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90248>. Acesso em: 4 ago. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 139. Disponível em: <www.stf.jus.br> . Acesso em: 20 jan. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 183180-4. Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso em: 20 Jul. 2009.

BRUNA, Sérgio Varella. **Agências Reguladoras. Poder Normativo. Consulta Pública. Revisão Judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUSNELLO, Ronaldo. **Processo de Produção e Regulação Social.** Ijuí: Unijuí, 2005.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado.** 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O problema da responsabilidade civil do Estado por atos ilícitos.** Coimbra: Almedina, 1974.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O Poder Normativo das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro : Lúmen Júris, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência.** 16 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **A Descentralização da Atividade Portuária: Um debate necessário.** Disponível em: <www.advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/artigo_sobre_descentralizacao_d_a_atividade_portuaria__prof._osvaldo_agripino.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2009.

_____. **Aspectos Destacados do Direito Econômico e o Comércio Internacional.** In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (org.) **Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional.** vol. II. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005.

_____. **Aspectos Jurídicos e políticos do processo de municipalização do Porto de Itajaí: uma experiência de luta pela cidadania.** Novos Estudos Jurídicos-NEJ- Vol.11, n.1, p. 153-164, jan/jun. 2006.

_____. (org.). **Direito Marítimo Made in Brasil**. São Paulo: Lex Editora, 2007.

_____. **Direito Regulatório e Inovação nos Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

_____. **Introdução ao Direito Marítimo**. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de. (org.) **Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional**. vol. I. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2004.

_____. **Introdução ao Direito e Desenvolvimento. Estudo Comparado para Reforma do Sistema Judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004.

CATHARINO, José Martins. **O Novo Sistema Portuário Brasileiro-Lei nº 8.630, de 25.2.93**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira dos Terminais Portuários Privativos- ABTP, 1994.

COELHO, Cláudio Domingos Mastrangelo. **Agências Reguladoras e Participação Popular**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 14 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

COLLYER, Wesley O. **Lei dos Portos: O Conselho de Autoridade Portuária e a Busca da Eficiência**. São Paulo: Lex Editora, 2008.

CRETELLA JÚNIOR. José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 1970, p. 210.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. rev.amp. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

_____. Intervenção e Regulação do Estado. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de (org.). **Temas Atuais de Direito do Comércio Internacional**. vol. II. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Ed. Moderna, 1998.

_____. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELMANTO, Celso [et.al]. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. Vol I, 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. 7^o vol., 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo (org.). **As Agências Reguladoras – Coleção Temas de Direito Administrativo N.12**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **CAP. Conselho de Autoridade Portuária. Instrumento de Participação Democrática e de Desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2005.

_____. **Parecer**. Porto Alegre: Março, 2008 *in* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2009.

_____. (org.) **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006.

GALVÃO, Gabriel de Mello. **Fundamentos e Limites da Atribuição de Poder Normativo às Autarquias Autônomas Federais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GIBERTONI, Carla Adriana Comitê. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 2 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GRAU, Eros Roberto Grau. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. FORGIONI, Paula. **O Estado, A Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUERRA, Sérgio. **Controle Judicial dos Atos Regulatórios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____. **Introdução ao Direito das Agências Reguladoras**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUIMARÃES, Edgar. **Cenários do Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 2003.

KRAUSE, Eduardo Battaglia. **Agências Reguladoras no Cenário Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Controle das Agências Reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2008.

LOBÃO, Marcelo Meireles. **Responsabilidade do Estado pela Desconstituição de Contratos Administrativos em razão de Vícios de Nulidade.** São Paulo: Malheiros, 2008.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes – Fundamentos e seu Regime Jurídico.** Belo Horizonte: Forum, 2005.

MAZZA, Alexandre (org.). **Agências Reguladoras: coleção Temas de Direito Administrativo N.13.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 13 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 26 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MELO, Orlando Ferreira de. **Hermenêutica Jurídica**- uma reflexão sobre novos posicionamentos. Itajaí: Editora da UNIVALI, 2001.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MENEZELLO, Maria d'Assunção Costa. **Agências reguladoras e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos anotada**. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

BRASIL. Ministério dos Transportes. Apresentação do Anuário 2000. Disponível em<www.transportes.gov.br/Modal/Portuario/Estatistica/anuario2000/Apresentacao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1855, **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo / Montesquieu**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. (org.) **Agências reguladoras**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Competências administrativas e legislativas para vigilância sanitária de alimentos. **In: Fórum administrativo: Direito público.** Belo Horizonte: Fórum. v.11, jan. 2002, p. 26-30.

MOTTA, Andréa Limani Boinsson. **Regulação Jurídica do Transporte Aquaviário de Mercadorias.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências Reguladoras.** São Paulo: Manole, 2003.

MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Contratos Públicos:** As prerrogativas da Administração e os Direitos das Empresas Contratadas (Segundo as Leis ns. 8.666/93 e 8.883/94). 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Direito Administrativo Sistematizado.** 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Tavares de. **Modernização dos Portos.** 4 ed. São Paulo: Lex Editora, 2006.

OLIVEIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários.** São Paulo : 2008. *in* BRASIL. STF. ADPF 139. fl. 96-140.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernández de. **Delegação e Avocação Administrativas.** 2 ed., rev., Ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário: a conveniência de uma definição tópica**. Disponível em: <www.advocaciapasold.com.br>. Acesso em: 30 out. 2008.

_____. **Lições Preliminares de Direito Portuário**. Florianópolis Conceito Editorial, 2007.

_____. **Metodologia da Comunicação nos Trabalhos Científicos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10 ed. rev. amp. Florianópolis: OAB/SC-Editora, 2007.

_____. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3 ed. rev. atual. amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal. 2003.

_____. **Portuários avulsos e o registro múltiplo**. In: <www.advocaciapasold.com.br>, Seção “ Artigos e Ensaios”. 2007.

PECI, Alketa. **Regulação no Brasil: desenho, governança, avaliação**. Rio de Janeiro: Atlas, 2007.

PEGO, José Paulo Fernandes. **A Posição Dominante Relativa no Direito da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2001.

PEREIRA, Gesner. **Parecer sobre os Efeitos Concorrenciais da Assimetria Regulatória nos Terminais Portuários**. São Paulo: Março de 2008, *in* BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 139, fl. 97-140

PINTO, Helena Elias. **Responsabilidade Civil do Estado por Omissão**: na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

PORTO GENTE. **Trabalhadores ficaram de fora do Decreto 6.620.** Entrevista a Mário Teixeira, presidente da Federação Nacional dos Conferentes e Consertadores de Carga e Descarga, Vigias Portuários, Trabalhadores de Bloco, Arrumadores e Amarradores de Navios nas Atividades Portuárias (Fenccovib), publicada em 21 de novembro de 2008. Disponível em: <www.portogente.com.br/texto.php?cod=18640>. Acesso em: 22 nov. 2008.

PORTO, Marcos Maia. **Portos e o Desenvolvimento.** São Paulo: Aduaneiras, 2007.

_____. **Portos e Meio Ambiente.** São Paulo: Aduaneiras, 2001.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** – situação atual. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica. Princípios e Fundamentos Jurídicos.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa et. al. **Os processos da globalização.** In SANTOS, Boaventura de Sousa. [org.] **A Globalização e as Ciências Sociais.** 3 ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade Civil do Estado Intervencionista.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHAPIRO, Mário Gomes. (Coord.) **Direito e Economia na Regulação Setorial.** São Paulo: Saraiva, 2009.

SECRETARIA ESPECIAL DE PORTOS. Disponível em: <www.portosdobrasil.gov.br/inph/quem-somos/>. Acesso em: 7 abr. 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 32 ed. São Paulo : Malheiros, 2009.

_____. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SMITH, Adam. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations.** Livro I, Capítulo III, Edimburgo: 1776. Disponível em: <www.adamsmith.org/smith/won-bl-c3.htm>. Acesso em: 9 abr. 2009.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA JÚNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação Portuária:** a regulação jurídica dos Serviços Públicos de Infraestrutura Portuária no Brasil. São Paulo : Saraiva, 2008.

STEIN, Alex Sandro. **Curso de Direito Portuário.** São Paulo: LTr, 2002.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial.** 2 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Tratado de Responsabilidade Civil.** 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público.** São Paulo: Malheiros, 2008.

SUPERINTENDÊNCIA DO PORTO DE ITAJAÍ. Estatísticas. Disponível em: <http://www.portoitaiai.com.br/estatisticas/2008/pdf/movimento_geral_12_2008.pdf>. Acesso em: 20 jul. 09

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional.** 22 ed. São Paulo:

Malheiros, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VENTURA, Renato Eduardo. **Agências Reguladoras Federais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **Responsabilidade Civil Empresarial e da Administração Pública.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

WILLEMAN, Flávio de Araújo. **Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.