

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

LIMITES E POSSIBILIDADES DA MODICIDADE E DA
PREVISIBILIDADE NAS TARIFAS E PREÇOS DO SETOR
PORTUÁRIO

MAICON RODRIGUES

Itajaí-SC abril de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

POSSIBILIDADES E LIMITES DA MODICIDADE E DA PREVISIBILIDADE NAS TARIFAS E PREÇOS NO SETOR PORTUÁRIO

MAICON RODRIGUES

Dissertação submetida ao Curso 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 Junior

Itajaí-SC abril de 2016

AGRADECIMENTOS

Aos professores, que contribuíram com o desenvolvimento humano e intelectual desde a graduação no Curso de Direito UNIVALI.

Aos funcionários e toda equipe do CMCJ pelo respeito, profissionalismo e carinho durante o desenvolvimento do curso.

Aos professores Dr. José Carlos Machado e Dr. Paulo Márcio Cruz pelo incentivo, cobranças e referências.

E, finalmente, ao professor orientador, Dr. Osvaldo Agripino de Castro Júnior, uma referência nacional do âmbito do Direito Portuário, exemplo de Professor e principalmente por colocar em prática um dos maiores ensinamentos da humanidade ao ajudar o próximo.

DEDICATÓRIA

Pai e Mãe, exemplos de vida, aos meus irmãos, a todos que compõem minha família e amigos que sempre me incentivaram e estiveram ao meu lado.

A minha noiva Joelma, pelo seu amor e carinho.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

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

Itajaí-SC, abril de 2016.

MAICON RODRIGUES

Mestrando

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

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CAP	Conselho da Autoridade Portuária
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CIF	Cost, Insurance and Freight – Custo, Seguro e Frete
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CONIT	Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte
CPCJ	Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
SEP	Secretaria Especial dos Portos
SPI	Superintendência do Porto de Itajaí
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TECONVI	Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí
UNIVALI	Universidade do Vale do Itajaí

ROL DE CATEGORIAS

Categoria: Conceito Operacional.

Direito Portuário

“Ramo do Direito que tem 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 avulso, do trabalho portuário, e da administração do porto organizado.”¹

Agência Reguladora

“Autarquia especial, criada por lei, também com estrutura colegiada, com a incumbência de normatizar, disciplinar e fiscalizar a prestação, por agentes econômicos públicos e privados, de certos bens e serviços de acentuado interesse público, inseridos no campo da atividade econômica que o Poder Legislativo entendeu por bem destacar e entregar à regulamentação autônoma e especializada de uma entidade administrativa relativamente independente da Administração Central”.²

Captura

Captura é uso do poder político ou econômico, para intervir na fiscalização e decisão do poder público, com o fim de sobrepor um interesse particular em detrimento do interesse público.

Modicidade

Modicidade é proporcionar uma tarifa ou preço com valor adequado e justo quanto à

¹ PASOLD. Cesar Luiz. A configuração do Direito Portuário brasileiro: Exercício de percepção jurídica e institucional. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Direito portuário, regulação e desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 40.

² GOMES. Joaquim Benedito Barbosa. Agências Reguladoras: A metamorfose do Estado e da Democracia. In: Revista de Direito Constitucional, v. 50, 2005-jan./mar. p. 44.

aplicação do serviço prestado, com manutenção de lucro razoável ao prestador do serviço.

Previsibilidade

A previsibilidade é elemento relevante da segurança jurídica, no sentido de promover uma linha regular de futuro, que possa proporcionar planejamento em projetos e atos que resultem em variação temporal.

Tarifas

Tarifa é dotada de critérios objetivos e cristalinos na sua composição, diante de uma análise bilateral entre o usuário e concedente, com critérios justos visando o custeio do serviço. Ela deve ser previsível e observar a modicidade, nos termos do art. 28, inciso I, da Lei n. 10.233/2001; do art. 3º, inciso II, da Lei n. 12.815/2013, e da política tarifária, nos termos do art. 175, inciso III, da Constituição Federal.

Preços

Preço (privado) - remuneração correspondente à contraprestação paga por uma das partes contratantes a outra(s) pelo cumprimento de obrigação de dar ou fazer, quer nos contratos privados quer nos contratos administrativos³.

Preço público é o gênero na qual a tarifa é espécie, e se trata da remuneração que usuário paga para usufruir determinado serviço público.

³ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Taxa, tarifa (Preço Público), Preço(Privado) e Preço Semiprivado ou Quase-Privado. Disponível em:< <http://celc.com.br>>. Acesso: 08 fev. 2016.

SUMÁRIO

RESUMO	p.13
ABSTRACT	p.14
INTRODUÇÃO	p.15
CAPÍTULO 1 - TEORIA GERAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DE INTERESSE PÚBLICO NO SETOR PORTUÁRIO	p.20
1.1 Conceitos relevantes	p.20
1.1.1 Serviço público	p.20
1.1.2 Serviço de interesse público	p.23
1.1.3 Preço Público	p.24
1.1.4 Tarifa	p.25
1.1.5 Preço privado	p.27
1.1.6 Concessão	p.28
1.1.7 Permissão	p.30
1.1.8 Autorização	p.31
1.1.9 Arrendamento Portuário	p.33
1.1.10 Regulação Setorial Independente	p.34
1.1.11 Usuário	p.35
1.1.12 Captura	p.37
1.1.13 Princípio	p.39
1.1.14 Modicidade	p.40
1.1.15 Publicidade	p.43
1.1.16 Previsibilidade	p.44
1.1.17 Princípio da defesa do usuário	p.45
1.1.18 Princípio da defesa da concorrência	p.47
1.1.19 Princípio da Segurança Jurídica	p.48
1.1.20 Princípio da eficiência	p.49
1.1.21 Aumento arbitrário do lucro	p.50
1.1.22 Regulação econômica	p.51

CAPÍTULO 2 - TEORIA GERAL DA REGULAÇÃO SETORIAL DOS TERMINAIS

ARRENDADO E PRIVADO	p.53
2.1. O setor portuário	p.53
2.1.1. Conselho de Autoridade Portuária	p.53
2.1.2. Autoridade Portuária	p.55
2.1.3. Serviço público portuário	p.56
2.1.4. Concessão	p.56
2.1.5. Arrendamento	p.55
2.1.6. Serviço de interesse público no setor portuário	p.57
2.1.7 Terminal de uso privado	p.58
2.2. Regulação setorial independente: As competências da Antaq	p.59
2.2.1. Aspectos introdutórios	p.59
2.3 O marco regulatório no setor portuário	p.64
2.3.1 Serviços públicos prestados pelo terminal arrendado	p.69
2.3.1.1 Reajuste tarifário	p.73
2.3.1.2 Revisão tarifária	p.76
2.3.1.3 Regulação econômica das tarifas	p.78
2.3.2 Serviços autorizados prestados pelo terminal de uso privado	p.80
2.3.2.1 Regulação econômica dos preços	p.82

CAPÍTULO 3 - POSSIBILIDADES E LIMITES DA MODICIDADE E PREVISIBILIDADE NO SETOR PORTUÁRIO: ESTUDO DE CASOS

3.1 Modicidade	p.84
3.1.1 No arrendamento portuário	
3.1.1.1. Caso Libra Rio	
3.1.1.2. Caso APM Terminals	
3.1.2. No terminal de uso privado	
3.1.2.1. Caso Portonave	
3.2. Previsibilidade	p.104
3.2.1 No arrendamento portuário:	
3.2.1.1. Caso Libra Rio	
3.2.1.2. Caso APM Terminals	
3.2.2. No terminal de uso privado :	
3.2.2.1. Caso Portonave	

3.3. O papel da Resolução n. 3.274/2014	p.108
3.3.1. Aspectos introdutórios	
3.3.2. Modicidade	
3.3.2.1. Nos terminais arrendados	
3.3.2.2. Nos terminais de uso privado	
3.3.3. Previsibilidade	
3.3.3.1. Nos terminais arrendados	
3.3.3.2. Nos terminais de uso privado	
3.4. Limites e possibilidades da modicidade e da previsibilidade no setor portuário	
3.4.1 Nos terminais arrendados	p.114
3.4.2 Nos terminais de uso privado	p.114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	p.116
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	p.122

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito, através do Grupo de Pesquisa Estado, Constitucionalismo e Produção do Direito. O tema se justifica pela insegurança jurídica na previsibilidade e na modicidade da tarifa e preços no âmbito portuário quanto à prestação de serviço público e de interesse público. Assim, a hipótese de pesquisa é que o estudo dos principais aspectos do Direito Administrativo e do Direito Portuário, em especial o dispositivo do marco regulatório do setor - Leis n. 12.815/2013 e n. 10.233/2001, que regulamenta e cria a Antaq, e CRFB/88, com o auxílio da regulação setorial independente e da análise de casos, contribuem para o aumento da efetividade da modicidade e da previsibilidade nas tarifas e preços do setor portuário. Para alcançar seu objetivo a pesquisa é dividida em três capítulos. O Capítulo 1 trata da teoria geral dos serviços públicos e de interesse público do setor portuário, apresenta os seus principais institutos e conceitos jurídicos relevantes, para fins de compreensão do tema da dissertação. O Capítulo 2 trata da regulação setorial dos terminais arrendados e privados, da análise e competências da Antaq e do marco regulatório no setor portuário. Discorre, ainda, sobre os serviços públicos prestados pelo arrendatário bem como de interesse público prestado pelo autorizatário, procedimentos para revisão e reajuste tarifário e papel da regulação econômica das tarifas e preços. Por fim, o Capítulo 3, dedica-se às possibilidades e limites dos princípios da modicidade e previsibilidade no setor portuário por meio da análise de casos do terminal arrendado Libra Rio, APM Terminals, Itajaí, Santa Catarina e do terminal de uso privado Portonave, em Navegantes, Santa Catarina. Em seguida, são feitas as considerações finais.

Palavras Chaves: Direito Portuário. Regulação. Modicidade. Previsibilidade.

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Constitutionalism and Production of Law, of the research group State, Constitutionalism and Production of Law. The theme is justified by the legal uncertainty over the predictability and moderateness of tariffs and prices in the port sector. The research hypothesis is that an analysis of the main aspects of Administrative Law and Port Law, especially the instrument of the regulatory framework of the sector i.e. Laws 12.815/2013 and 10.233/2001, which created and regulate Antaq, and the Federal Constitution with the support of independent sector regulation, and an analysis of cases, can help increase the effectiveness of predictability in the tariffs and prices of the port sector. The research is divided in three chapters. Chapter 1 gives an overview of the theme of the dissertation, presenting the general theory of public services and public interest of the port sector, and its main institutes and relevant legal concepts. Chapter 2 focuses on the sector regulation of leased and private terminals, with an analysis of the competences of Antaq and the regulatory framework in the port sector. This chapter also addresses the public services provided by the leaseholder, and the public interest provided by the autorizatório, procedures for reviewing and readjusting tariffs, and the role of economic regulation of tariffs and prices. Chapter 3 focuses on the possibilities and limits of the principles of moderateness and predictability in the port sector, through an analysis of cases of the terminal leased by Libra Rio; APM Terminals, in Itajaí in the state of Santa Catarina, and the private usage terminal Portonave, in Navegantes, in the same state. Some final considerations are given at the end.

Keywords: Port Law. Regulation. Moderateness. Predictability

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O setor portuário possui papel fundamental na economia global e, especialmente, em Santa Catarina, se trata do principal canal de acesso ao comércio de importação e exportação de produtos. Nesse cenário, assumem relevância a previsibilidade e a modicidade das tarifas e preços, de modo que o seu estudo pode contribuir para desenvolver o setor no Brasil.

O tema é um dos mais relevantes da agenda regulatória do setor de (i) portos públicos e (ii) privados, na perspectiva da defesa dos direitos dos usuários, tendo em vista a inexistência de poder dissuasório da regulação estatal para punir as práticas abusivas que violam a modicidade tarifária e de preços. A percepção jurídica, em face das evidências encontradas na pesquisa, é de que a violação a esses princípios é a regra.

As práticas comerciais de fixação de preços pressupõem a boa-fé, ademais, o aumento abusivo e desmedido já é moralmente repugnado pela sociedade. Esta percepção deve ocorrer nos serviços públicos ou de interesse público, como aqueles do setor portuário, porque afeta desde os usuários dos serviços portuários até o consumidor final do produto que transita pelo porto.

Afinal, em tempos de crise, o aumento da carga tributária, combinado com a inflação, produz um período turbulento, tanto para governo quanto para empresários e trabalhadores.

Neste cenário, se os princípios da eficiência, da previsibilidade e da modicidade nas tarifas e preços fossem aplicados de modo eficaz no setor portuário, poderiam aumentar o desenvolvimento econômico do Brasil? Acredita-se que sim. Por tal motivo se deu a escolha do tema objeto da pesquisa.

Nos (i) terminais públicos os abusos nos reajustes das tarifas são

comuns. Para citar um exemplo, cabe mencionar a omissão da autoridade portuária do Porto do Rio de Janeiro (Companhia Docas do Rio de Janeiro), em relação aos reajustes ilegais do Terminal Libra Rio.

Nesse caso, há evidências de captura da autoridade portuária pelos interesses do terminal arrendado (poder econômico), porque aquela permitiu que o arrendatário Terminal Libra Rio efetuasse o (i.1) reajuste de até 490% quando o permitido era 10% (período de julho/2012 a janeiro/2014), e cobrasse tarifas com reajustes acima do permitido no contrato de arrendamento (IGP-M), além de (i.2) não submeter o reajuste à homologação da Antaq (art. 27, inciso VIII, da Lei n. 10.233/2001)⁴.

Por sua vez, nos (ii) terminais de uso privado não é diferente. São comuns os abusos de aumentos de preços, acima da inflação acumulada no período, tal como se deu com a Portonave entre 01.01.2010 a 01.01.2016, quando se verificou aumentos entre 135% e 590,91%⁵., conforme tabelas de reajustes da Portonave, enquanto o IGP-M acumulado do período foi de 42,96%. São ilegalidades que ainda continuam no setor portuário, após a Reforma Portuária e a edição do Regulamento Portuário (Resolução n. 3.274/2014) em que pese a retórica da Antaq de que há fiscalização.

Esse cenário de insegurança jurídica, em face da imprevisibilidade dos reajustes e aumentos, com violação do princípio da modicidade, prejudica ainda mais os custos logísticos dos usuários brasileiros. Isso se dá, inclusive, com o aumento da oferta de terminais de uso privado decorrente da expansão das outorgas

⁴ Para evitar os reajustes abusivos sem controle do Estado, e pelas evidências de captura do Conselho de Autoridade Portuária e da autoridade portuária pelo arrendatário, vez que competia ao CAP homologar o reajuste, a Reforma Portuária, alterou tal controle, centralizando-o e transferindo-o para a Antaq, nos termos da Lei n. 10.233/2001: Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

⁵ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. "Reajuste tarifário" terminal Libra Rio 2014: Reforma Portuária para valer?. Disponível em: <www.uprj.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2016.

de terminais autorizados pela nova Lei dos Portos - 12.815/2013, que cobram preços privados, mas também se submetem aos princípios da modicidade e da previsibilidade.

Não obstante, tais abusos ocorrem apesar da edição do Regulamento Portuário - Res. n. 3.274/2014, que aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas, e será explorado nesta pesquisa.

Assim, a presente Dissertação tem como objetivo contribuir para o aumento da efetividade dos princípios da modicidade e previsibilidade nas tarifas e preços no setor portuário, por meio do estudo dos principais aspectos jurídicos que envolvem o tema, através de estudo de casos, decorridos mais de três anos da Reforma Portuária (MP n. 595, de 5 de dezembro de 2012) .

Pretende-se contribuir para a redução dos custos de transação no setor portuário, e resgatar a importância da modicidade tarifária como instrumento de políticas públicas e, por sua vez, o conceito e relevância da política tarifária para o serviço público.

Para que o Estado outorgue a prestação de serviços públicos através de concessão, arrendamento e autorização é necessário eficácia dos princípios da modicidade e da previsibilidade.

As consequências econômicas e sociais causadas pela insegurança jurídica na aplicação desses princípios, nas tarifas e preços, resultam em inibição de investimentos estrangeiros no setor produtivo da economia, especialmente na infraestrutura e nas atividades econômicas dos usuários.

A regulação setorial independente deve intervir de maneira pontual e tecnicamente significativa nas falhas de mercado e de governo, especialmente nas assimetrias que prejudicam a livre concorrência, a defesa dos contratos e dos usuários, evitando práticas abusivas e aumento arbitrário do lucro.

Para atingir o seu objetivo geral, a pesquisa estudará os principais aspectos do Direito Administrativo Econômico que envolve o Direito Portuário, em

especial os dispositivos relativos à modicidade e previsibilidade das tarifas e preços nos contratos de concessão, arrendamento (tarifa) e autorização (preço privado). Pretende-se, portanto, contribuir para a segurança jurídica e a eficiência do setor portuário no novo marco regulatório.

Assim sendo, a hipótese de pesquisa é que o estudo dos principais aspectos do Direito Administrativo e do Direito Portuário, em especial o novo marco regulatório do setor - Lei 12.815/2013 - e a Lei da Antaq – Lei n. 10.233/2001, na Constituição Federal, com o auxílio da regulação setorial independente e da análise de casos, contribui para o aumento da efetividade da modicidade e da previsibilidade nas tarifas e preços do setor portuário.

Para confirmar a hipótese e atingir o objetivo geral, a dissertação possui três objetivos específicos, quais sejam: (i) conceituar serviço público e de interesse público no setor portuário, bem como principais institutos jurídicos relevantes ao tema (ii) definir e interpretar a regulação setorial independente e competências da Antaq diante do novo marco regulatório e (iii) conceituar e definir a aplicação das possibilidades e limites da previsibilidade e da modicidade de tarifas e preços no âmbito portuário compondo terminais públicos e privados.

Para atingir o seu objetivo, a presente dissertação é composta de três capítulos. Cada capítulo discorre sobre um objetivo específico.

Principia-se, no Capítulo 1, com uma contribuição para a teoria geral dos serviços públicos e de interesse público do setor portuário, apresenta os seus principais institutos e conceitos jurídicos relevantes para fins de compreensão do tema da Dissertação.

O Capítulo 2 trata da regulação setorial dos terminais arrendados e privados, da análise das competências da Antaq e do marco regulatório no setor portuário. Discorre sobre os serviços públicos prestados pelo arrendatário e quanto de interesse público prestado pelo autorizatário, bem como os procedimentos para revisão e reajuste tarifário e o papel da regulação econômica das tarifas e preços.

O Capítulo 3 dedica-se às possibilidades e limites dos princípios da

modicidade e da previsibilidade no setor portuário por meio da análise de caso do terminal arrendado Libra Rio, localizado no município do Rio de Janeiro, e do autorizatário, por meio do terminal de uso privado Portonave S/A, em Navegantes, Santa Catarina.

O citado capítulo também trata das possibilidades e limites do uso da Resolução n. 3.274/2014, para aumentar a efetividade dos citados princípios no setor portuário, vez que dispõe sobre as sanções aos terminais públicos arrendados e terminais de uso privado.

O presente Relatório de Pesquisa encerra com as considerações finais, um resumo das conclusões de cada capítulo, bem como análise da confirmação ou não da hipótese da pesquisa acima mencionada, com sugestões para a efetividade dos princípios da modicidade e da previsibilidade nas tarifas e preços no setor portuário.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação foi utilizado o método indutivo⁶, na fase de tratamento de dados o método foi cartesiano e o relatório dos resultados expresso na presente dissertação é composto na base lógica indutiva e técnicas de pesquisa bibliográficas e estudo de casos.

⁶ (...) pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral (...): PASOLD, Cesar Luiz. Prática de Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica, p. 104.

CAPÍTULO 1

TEORIA GERAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E DE INTERESSE PÚBLICO DO SETOR PORTUÁRIO

O aperfeiçoamento do ambiente institucional ocorrem as operações portuárias demanda o desenvolvimento de uma teoria geral dos serviços públicos e de interesse público voltado para o setor portuário.

Trata-se de uma ferramenta relevante para compreender os fundamentos jurídicos que determinam porque, por exemplo, arrendatário portuário cobra tarifa e o terminal de uso privado cobra preço.

A natureza do arrendamento é de serviço público delegado ao particular arrendatário que, por sua vez, cobra uma tarifa para manutenção do serviço, sendo necessário estudar a natureza da tarifa e a sua conexão com serviço público.

Quanto à autorização de exploração portuária, esta possui natureza de preço, porque não é serviço público, mas serviço de interesse público, porque o marco regulatório não exige licitação prévia para a outorga de autorização.

Neste cenário, o novo marco regulatório, com a edição da Lei n. 12.815/2013, trouxe inovações legislativas no âmbito portuário, ao passo que temas como usuário, captura, modicidade, publicidade, previsibilidade e os princípios norteadores do Direito Portuário foram se consolidando durante os vinte anos de vigência da Lei n. 8.630/1993, revogada pela lei mencionada.

Desta forma, é importante apresentar os aspectos jurídicos relevantes dos serviços públicos e de interesse público da atividade portuária, por intermédio dos princípios de Direito Público que norteiam a atividade portuária através de concessão, arrendamento e autorização no setor portuário.

1.1 Conceitos relevantes

1.1.1 Serviço público

O conceito de serviço público é tema controverso entre os doutrinadores. No entanto, entende-se que este conceito é resultante de um processo histórico moldado conforme as peculiaridades jurídicas e culturais de cada Estado.

Este processo de evolução é retratado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como participação efetiva das demandas sociais exigentes cada vez mais com as necessidades coletivas:

Com a Revolução Industrial, a prestação de serviços públicos recebeu formidável impulso, pressionada por demandas sociais cada vez mais exigentes, reclamando soluções legalizadas, centralizadas, padronizadas e de grande escala, para atender satisfatoriamente a crescentes necessidades coletivas, dilatando ainda mais os cometimentos públicos afetos ao Estado Moderno, de modo que, com a prestação dos serviços públicos, o Estado, atuando tanto por seus próprios órgãos quanto por seus delegados, passou a satisfazer não apenas a necessidades, como a uma ampla gama de utilidades gerais da sociedade, para tanto bastando nada mais que em lei as considerasse de interesse público e as submetesse a um regime especial, também público⁷.

Já quanto à realidade brasileira, no que concerne à concepção de serviços públicos, denota-se que, apesar de sua previsão na Constituição Federal - arts. 21; 37; 129, inciso II; 145, inciso I; 175; 197 e 198, a objetividade quanto ao seu conceito não se demonstra cristalina, haja vista as diversas conotações aplicadas para serviços públicos. Tais circunstâncias são observadas por Alexandre dos Santos Aragão:

A Constituição Brasileira de 1988, apesar de, ao contrário da maioria dos Países em que foram construídas as teorias sobre serviços públicos, possuir várias regras sobre eles, não chega a ser precisa na utilização da nomenclatura, ora se referindo a serviços públicos em sentido apenas econômico, como atividades da titularidade do Estado que podem dar lucro (ex., arts. 145, II, e 175), ora como sinônimo de Administração Pública (ex., art. 37), ora para tratar de serviço de saúde prestado pelo Estado (ex., art. 198). Outras vezes se refere apenas a “serviços” (ex., art. 21) e a “serviços de relevância

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 191.

pública” (ex., arts. 129,II, e 197)⁸.

Assim sendo, o doutrinador discorre que a CRFB/88 poderia contemplar, em tese, diversas concepções doutrinárias de serviços públicos, dentre elas: (i) concepção amplíssima de serviço público; (ii), concepção ampla de serviço público; (iii) concepção restrita de serviço público e (iv) concepção restritíssima de serviço público⁹.

Resguardada a análise de cada conceito, adota o autor como o mais adequado a terceira opção, ou seja, o conceito restrito de serviço público, por entender como o mais operacional, por contemplar um conjunto de atividades, conforme abordagem a seguir:

Passamos, então, à terceira acepção de serviço público – o seu conceito -, que, a nosso ver, é o mais operacional por contemplar um conjunto de atividades (serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais) que, apesar de não terem regimes jurídicos idênticos (uns só podem ser prestados pela iniciativa privada mediante delegação do poder público, outros quando muito necessitam apenas autorizações administrativas de polícia; uns são via de regra cobrados dos usuários, outros geralmente são gratuitos etc.), possuem um mínimo satisfatório de pontos em comum (“unidade de sentido”) capaz de justificar a sua inclusão no mesmo conceito (ambos são em maior ou menor escala sujeitos à legislação consumerista; são específicos e divisíveis; geram direitos subjetivos individuais etc.)¹⁰.

Por fim, a análise deste instituto revela um conceito de serviço público, considerando a CRFB/88, em consonância com a evolução político-econômica, qual seja:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente

⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138-143.

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 151.

ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade¹¹.

Nesta esteira, há diversos requisitos adotados pela doutrina quanto à concepção do serviço público, sendo observado como objeto fim o bem estar da coletividade e seus respectivos anseios.

Os serviços portuários possuem natureza de serviço público, quando a prestação for efetuada por intermédio de concessão e arrendamento. Esse tema foi elucidado no Supremo Tribunal Federal, pelo relator Ministro Joaquim Barbosa, que adotou parecer da Advocacia Geral da União, quanto à previsibilidade constitucional no artigo 21, caput e inciso XI, alíneas `d` e `f`.

No seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa determina expressamente que compete à União Federal explorar diretamente ou indiretamente os serviços entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, assim considerando serviço público:

Vê-se, portanto, que os serviços prestados no âmbito das instalações portuárias possuem, claramente, índole de serviço público federal, de sua competência privativa, que pode ser prestado direta ou indiretamente.¹²

1.1.2 Serviço de interesse público

O serviço de interesse público não mais é considerado como monopólio do Estado, vez que pode ser exercido pela iniciativa privada, cabendo, todavia, ao Estado a sua definição e regulação. Assim, há duas formas de classificação do interesse público: (i) a execução pela administração pública de interesses públicos e a (ii) execução pela administração privada de interesses públicos.

Neste contexto, as duas formas são assim definidas por Moreira Neto:

A execução pela administração pública de interesses públicos, que é a tradicional, se realiza através do próprio Estado,

¹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 138.

¹² STF. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.549-7 Pernambuco. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 30 mar. 2006. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

podendo ser direta, neste caso, exercida por suas diversas personalizações constitucionais, ou ser indireta, como a operada por pessoas jurídicas de direito público ou privado, legalmente instituídas, conformando a Administração Pública em seu sentido subjetivo.

Quanto à execução pela administração privada de interesses públicos, que vem apresentando modalidades mais recentes, graças à progressiva abertura do espaço público não estatal, é a que se realiza através de pessoas jurídicas de direito privado, que se vinculam ao Estado sob diversas formas de parceria e de colaboração, como se exporá no Capítulo adequado¹³.

A execução da administração dos interesses públicos é definida pelo Estado, porém, a execução pode ser realizada diretamente ou indiretamente, ou pela iniciativa privada, através de parceria ou colaboração.

No setor portuário, o serviço de interesse público ocorre mediante outorga de autorização para exploração das instalações portuárias, fora da área do porto organizado, conforme os artigos 8º e 9º da Lei nº. 12.815/2013.

1.1.3 Preço Público

Preço público é o gênero na qual a tarifa é espécie, e se trata da remuneração que usuário paga para usufruir determinado serviço público. A opção quanto ao uso ou não do serviço é o que diferencia tarifa de taxa, e esta última é vinculada ao usuário, conforme ensina Aragão:

Toda a disciplina do art. 175 da CF e dos arts. 9º a 13 da Lei nº 8.987/1995 sobre a remuneração da concessionária se refere ao pagamento pelo usuário de tarifas, conceito fungível com o do preço público e distinto do de taxa: enquanto aquela é de natureza contratual e conseqüentemente voluntária, essa é imposta pela lei e é obrigatória.

Segundo o STF, o fundamental para identificar uma ou outra espécie obrigacional é aferir se o particular tem a liberdade de gozar ou não o serviço público em questão.

Se o usuário tem a liberdade de, caso queira, se valer de outros meios adequados à satisfação da suas necessidades

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 202.

(serviços públicos voluntários), será tarifa (ex.: pode-se usar a luz elétrica fornecida pelo serviço público, ou usar a energia solar, um gerador particular, ou mesmo viver sem luz). Já quando o usuário não possuir opção de não utilizar o serviço (serviços públicos compulsórios) será taxa (ex.: na maior parte dos municípios brasileiros, os particulares não podem se recusar a receber o serviço público de coleta domiciliar de lixo, constituindo inclusive infração administrativa a utilização de outro meio para se livrar do lixo produzido).¹⁴

Desta forma, a tarifa está incluída no conceito do serviço público, onde o concedente¹⁵ que deve observar a política tarifária, fixa o valor para determinado serviço, observados os princípios da modicidade tarifária, da previsibilidade e da eficiência dos serviços públicos.

1.1.4 Tarifa

A administração pública outorga ao concessionário o direito de exploração de serviço público que, normalmente, é fixado por intermédio de uma tarifa, cobrada dos usuários pelos serviços prestados, inclusive pelo arrendatário. Trata-se, portanto, da prestação pecuniária mantedora dos serviços concedidos ou arrendados.

Esta análise é feita por Celso Antônio Bandeira de Mello que, assim, dispõe e preconiza os requisitos a serem observados na fixação da tarifa, entre eles, que a mesma deve ser módica ao usuário. Vejamos:

Em geral, o concessionário de serviço público (ou da obra pública) explora o serviço (ou a obra pública) mediante tarifas que cobra diretamente dos usuários, sendo daí que extrai, basicamente, a remuneração que lhe corresponde. Isto não exclui a possibilidade de que sejam também previstas outras fontes de recursos para compor-lhe a remuneração.

Entretanto, as tarifas constituem-se, de regra, na remuneração básica, já que as “provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou dos projetos associados” têm por finalidade “favorecer a modicidade das tarifas” (art. 11 da

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 581.

¹⁵ No setor portuário, é a União Federal através da Secretaria Especial dos Portos.

lei). O mesmo se dirá quando as tarifas forem subsidiadas pelo concedente. Logo, a principal fonte da qual é sacada remuneração do concessionário são as tarifas¹⁶.

A tarifa é estabelecida com métodos técnicos na composição dos valores e execução de qualidade dos serviços, assim, o valor atribuído à tarifa é preciso e deve ser suficiente para viabilizar o projeto.

Dessa forma, os parâmetros a serem seguidos não decorrem de quanto o usuário pode pagar pela tarifa, mas sim quanto é necessário para viabilizar o projeto, com previsibilidade de custos e investimentos. Deve-se levar em consideração o melhor serviço pelo melhor preço. Além disso, o disparate ou desequilíbrio na composição destes valores precisa ser observado pela agência reguladora, competente em caso de eventual abuso.

Egon Bockmann Moreira pondera que a composição deve permitir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato no fornecimento dos serviços, a boa qualidade de atendimento dos usuários e o diapasão entre serviços bons e baratos esperados pelos usuários, relativizando-a quanto à maximização dos lucros do concessionário, da seguinte forma:

A tarifa a ser paga é composta pelos valores representativos dos investimentos que permitam a execução do serviço ao conjunto de usuários (acompanhada do pagamento dos custos, amortização e aferição do lucro). Não é definida nem aleatória nem unilateralmente, mas resulta de cálculos realizados tanto pelo concedente como pelo concessionário. É por meio da definição da tarifa que se instala a possibilidade de projeto autossustável que resulte no fornecimento do serviço e obras. Assim, ela, por um lado, representa a composição que permite o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, por outro lado, a boa qualidade do atendimento aos usuários. É evidente que isso significa conflito de interesses: os usuários desejam serviços bons, abundantes e baratos; o concessionário visa a maximizar o retorno de suas inversões. A busca pelo equilíbrio entre tais extremos, portanto, é dado fundamental a ser levado em consideração pelo concedente (bem como pelas

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 751

autoridades reguladoras)¹⁷.

Neste sentido, tarifa, por ser resultado de um serviço público, permite a sua mutabilidade e visa manter as condições necessárias para execução dos serviços. Ademais, é variável que permite revisão, tanto para maior, quanto para menor, diante das mudanças na sua composição. Sobre o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto discorre sobre sua conceituação e aplicação:

No que se refere ao melhoramento, à expansão dos serviços e aos superiores interesses de segurança pública, ambos também constitucionalmente garantidos, a tarifa é uma contraprestação de natureza pública, por isso, alterável conforme o custo do atendimento do interesse público, importando, esta mutabilidade, no incremento ou na redução das parcelas não remuneratórias de capital, que são integradas no quantum total da tarifa¹⁸.

Desta forma, a tarifa é dotada de critérios objetivos e cristalinos na sua composição, diante de uma análise bilateral entre o usuário e concedente, com critérios justos visando o custeio do serviço. Ela deve ser previsível e observar a modicidade, nos termos do art. 28, inciso I, da Lei n. 10.233/2001; do art. 3º, inciso II, da Lei n. 12.815/2013, e da política tarifária, nos termos do art. 175, inciso III, da CRFB/88.

1.1.5 Preço privado

A execução de serviço na esfera privada resulta na fixação de preço privado através de contratos privados ou administrativos. Na lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral, este assim o conceitua:

Preço (privado) - remuneração correspondente à contraprestação paga por uma das partes contratantes a outra(s) pelo cumprimento de obrigação de dar ou fazer, quer nos contratos privados quer nos contratos administrativos¹⁹.

¹⁷ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Direito das concessões de serviço público inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 263.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 568.

¹⁹ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Taxa, tarifa (Preço Público), Preço(Privado) e Preço Semiprivado ou Quase-Privado. Disponível em:< <http://celc.com.br>>. Acesso: 08 fev. 2016.

Assim sendo, no setor portuário, o preço privado é pago pelo usuário de um serviço de interesse público, tal como aquele que se dá por meio de outorga de autorização de exploração portuária.

Em que pese o conceito de preço privado, esse não dá margem para que o prestador de serviço fixe preços como bem entender ou de forma abusiva, porque se trata de serviço de interesse público, autorizado pelo concedente. Desta forma, deve respeitar a modicidade das tarifas, bem como a defesa da concorrência e o princípio da proibição do aumento arbitrário de lucros, essenciais para a defesa dos direitos dos usuários.

A autorização portuária é definida na Lei n. 12.815/2013, no seu art. 2º, inciso XII, como “outorga de direito à instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”.

Por sua vez, o art. 3º da referida lei estabelece que as instalações portuárias devem seguir diretrizes, entre elas, a modicidade e a publicidade de tarifas e preços, nos termos do seu inciso II. “garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários”.

1.1.6 Concessão

A concessão de serviços públicos comporta diversos conceitos doutrinários que foram se modificando no processo histórico e cognitivo até a presente data. Dentre os doutrinadores pós-Constituição Federal de 1988, encontra-se o conceito de Alexandre dos Santos de Aragão:

É a delegação contratual e remunerada da execução do serviço público a particular para por sua conta e risco explorá-lo de acordo com as disposições contratuais e regulamentares pertinentes, por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público²⁰.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: 28

No tocante às diversas teorias dispostas pela doutrina, a maioria defende que a concessão do serviço público é um contrato administrativo, conforme lecionam Alexandre Santos de Aragão e Diego de Figueiredo Moreira Neto:

Aderimos à corrente que sustenta ser a concessão de serviço público um contrato administrativo, com a peculiaridade de nem todas as suas condições constarem no instrumento do contrato²¹.

Após essas variações históricas, pode-se afirmar que, no direito brasileiro, a concessão é, constitucional e doutrinariamente, um contrato administrativo, destinado a transferir a particulares certas atividades reservadas à Administração²².

Por fim, insta destacar a contextualização trazida por Egon Bockmann Moreira, ao refletir que a evolução da concessão dos serviços públicos, aplicada pela Lei Geral de Concessões, computa os elementos essenciais da atual concessão comum de serviço público:

A concessão comum de serviço público é relação jurídica administrativa típica, unitária e complexa, por meio da qual o Poder Público transfere a execução de determinado serviço público ao particular selecionado em prévia licitação, que assumirá, por prazo certo e por sua conta e risco, a gestão de projeto concessionário autossustentável.

É uma relação jurídica administrativa porque o contrato celebrado estabelece vínculo intersubjetivo, disciplinado pelo direito administrativo, entre concedente e concessionário (cujos efeitos se projetam em face dos usuários), a implicar específico conjunto de direitos, deveres, obrigações e relações especiais.²³

Desta forma, a concessão pública se personifica através de um contrato administrativo, por meio do qual, o Poder Público transfere ao particular a execução de serviço específico e, com a sua gestão, torna o projeto auto-sustentável,

Forense, 2013. p. 542.

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 542.

²² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 373.

²³ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Direito das concessões de serviço público inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 89-90.

observados os princípios e padrões definidos na relação contratual e das concessões.

Já, no que concerne ao setor portuário, à concessão de serviço público deve observar os critérios definidos na Lei n. 12.815/2013 - art. 4º, sendo precedido por licitação, contrato, e em conformidade com a lei e seus regulamentos.

Castro Junior retrata os elementos a serem observados na concessão portuária:

No setor portuário, o contrato de arrendamento (concessão que se dá no porto organizado) deve ser celebrado, por meio de licitação entre o concedente e o concessionário, com participação do usuário, para que a iniciativa privada explore a atividade portuária no âmbito do porto organizado, assim definido na Lei nº 12.815/2013²⁴.

Ademais, os serviços públicos decorrentes de concessão geram dois pólos na relação contratual: concedente e o concessionário. Castro Junior conceitua e diferencia o respectivo instituto bem como critica a fragmentação e sobreposição das competências estatais:

O concedente é o polo ativo do contrato de concessão, o titular do serviço público, e concessionário, a parte que possui o direito de explorar a concessão. Uma característica da delegação dos serviços de interesse coletivo é a fragmentação das competências estatais, a fim de neutralizar influências político-partidárias no Poder Executivo que possam reduzir o caráter técnico²⁵.

1.1.7 Permissão

Apesar de inexistir permissão no serviço portuário brasileiro, é relevante, pelo menos, destacar o conceito desse instituto. A natureza da permissão pode ser modificativa, e depende do caso concreto, tendo em vista as circunstâncias peculiares que resultam os serviços prestados sujeitos à permissão, conforme Egon

²⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 251.

²⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 245.

Bockmann Moreira:

Isto é, a verdadeira natureza jurídica do vínculo estabelecido entre permitente e permissionário de serviço público será revelada não pelo nome que a Administração atribuir ao contrato, nem tampouco pelas lições doutrinárias clássicas, mas sim pelo exame da situação jurídica concreta posta entre o Poder Público e a pessoa privada²⁶.

Aragão conceitua permissão levando em consideração as particularidades decorrentes desta delegação:

A permissão será, assim, a modalidade de delegação de serviço público apropriada quando os bens empregados na prestação de serviço público forem de valor diminuto, ou se, ainda que possuam um valor considerável, tenham uma vida útil curta ou possam ser empregados pelo particular em outras atividades econômicas que não constituam serviços públicos²⁷.

Por fim, o autor²⁸ chama a atenção para que “se houver bens reversíveis a delegação não será uma permissão, mas sim materialmente uma concessão”. Como visto, tendo em vista que o serviço portuário não envolve período de exploração pequeno, o que pode justificar a inexistência de permissão na atividade portuária.

1.1.8 Autorização

A doutrina a seguir elencada adota três tipos de autorizações: (i) ato particular que faculta o particular de determinada atividade (ex: porte de arma); (ii) autorização de uso de bem público e (iii) autorização de serviço de interesse público.

Como o objeto do presente tópico será a análise relativa à autorização de serviço de interesse público no setor portuário, o seu estudo é necessário para a teoria dos serviços públicos.

²⁶ MOREIRA, Egon Bockman. Direito das concessões de serviço público inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p.163.

²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 688.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 688.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua autorização no serviço público, da seguinte forma:

Com relação à autorização de serviço público, constitui ato unilateral, discricionário e precário pelo qual o poder público delega a execução de um serviço público de sua titularidade, para que o particular o execute predominantemente em seu próprio benefício. Exemplo típico é o da autorização dos serviços de energia elétrica previstos no artigo 7º da Lei n. 9.074, de 7-7-95.

Não depende de licitação, porque, sendo o serviço prestado no interesse exclusivo ou predominante do beneficiário, não há viabilidade de competição. O serviço é executado em nome do autorizatário, por sua conta e risco, sujeitando-se à fiscalização pelo poder público. Sendo ato precário, pode ser revogado a qualquer momento, por motivo de interesse público, sem dar direito a indenização. Quanto ao estabelecimento de prazo, aplica-se o quanto foi dito em relação às permissões com prazo²⁹.

Uma análise mais aprofundada revela que a autorização estabelece ao particular o poder para executar, em regime privado, uma atividade legalmente atribuída ao Estado. Logo, diante desta excepcionalidade, em que pese desenvolvida pela iniciativa privada, sua derivação impõe deveres e obrigações decorrentes da sua natureza pública.

Esse ponto de análise inovador é esclarecido por Egon Bockmann Moreira, da seguinte forma:

Ao contrário das autorizações de outrora, nas atuais de serviços constitucionalmente imputados ao Estado o ponto de partida é o setor público dos meios de produção: aqui o particular não é meramente liberado para fazer aquilo que lhe apraz, mas sim se lhe outorga nova condição, inserindo-o noutro setor. Não se acentua a carga declaratória ou da autorização clássica, mas sim a natureza constitutiva do ato administrativo que permite ao agente privado desenvolver, sob regime de direito privado administrativo, certa atividade atribuída normativamente ao Estado. Por isso que estas autorizações não apenas autorizam, mas igualmente obrigam. Será a normatividade específica dos respectivos setores

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 316.

econômicos que definirá a prestação submetida ao regime de autorização (suplementar e/ou concorrencial àquela exercida em regime direto ou de concessão), bem como o desenvolvimento da atividade autorizada³⁰.

1.1.9 Arrendamento Portuário

O tema arrendamento portuário possui modificações diante do marco regulatório, tal como leciona Castro Junior:

O arrendamento portuário é um instituto que foi aperfeiçoado na Lei n. 12.815/2013, e que possui as mesmas cláusulas essenciais da concessão de serviço público portuário (art. 6º), de modo que merece abordagem visando a sua eficiência.³¹

A concepção inicial abordada pelo doutrinador ressalta que, embora o arrendamento portuário possua as mesmas cláusulas essenciais da concessão pública portuária, conclui-se que arrendamento portuário e concessão portuária são institutos diferentes.

Uma vez que a concessão é do serviço público com vista, tanto para administração, quanto para exploração; o arrendamento é para o uso de bem público para exploração, nos termos da Lei n. 12.815/2013 - art. 2º, incisos IX e XI e arts. 5º, 6º, 14 e 16.

Apesar dos institutos serem diferentes, o arrendatário é submetido às obrigações decorrentes dos serviços públicos, haja vista que sua exploração particular não afasta a aplicação aos princípios norteadores do serviço público.

Neste aspecto, destaca Castro Júnior:

Como deriva do serviço público prestado no porto organizado, o arrendamento portuário deve obediência aos princípios do art. 6º da Lei de Concessões, tal como determina o art. 66 da Lei nº 12.815/2013, bem como tem o direito de ser remunerado por tarifa, na forma da proposta comercial vencedora na licitação.

³⁰ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Direito das concessões de serviço público inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p.67.

³¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 291.

(...)

Além disso, o arrendatário se submete a uma série de obrigações típicas de serviço público, como não discriminar usuário, continuidade, eficiência, generalidade e modicidade tarifária, fortalecendo a segurança jurídica e o ambiente competitivo em torno do contrato, corrigindo vícios no modelo privado e aumentando a possibilidade de efetividade da Constituição que elegeu a atividade portuária com serviço público³².

1.10. Regulação Setorial Independente

A regulação setorial independente, no modelo brasileiro, é exercida normalmente pelas agências reguladoras. A independência do órgão regulador é fundamental para o exercício e efetividade da função, tendo em vista que a regulação está sujeita às pressões de grupos de interesse organizados, especialmente prestadores de serviços ou fornecedores de produtos.

Assim, as agências reguladoras setoriais, de uma maneira geral, especialmente pela falta de controle social dos usuários, são vulneráveis a vícios na prática de decisões e, por conseguinte, à ineficácia ou captura da regulação. Sobre esse problema no setor portuário, ensina Castro Junior:

Assim, desde a criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o setor portuário no Brasil possui uma nova forma de intervenção do Estado na atividade econômica, porque é feita por meio de uma agência reguladora setorial independente e, portanto, sem qualquer subordinação administrativa, com exceção do controle do Congresso Nacional, o que não tem sido observado no setor regulado Antaq³³.

Castro Junior elucida e remete a um caso concreto de nomeação política em que definitivamente não é o esperado como critérios republicanos e técnicos para indicação de cargo no setor portuário, da seguinte forma:

A falta de fiscalização permanente e eficaz do Congresso

³² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 296-297.

³³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 89. .

Nacional, inclusive na cobrança da implementação de instituições (Conit, CAP), em parte causados pela ignorância das possibilidades de produção normativa pelos mesmos e regulados (indústria e usuários), bem como inobservância de critérios técnicos do Poder Executivo na indicação de Diretores.

Nesse contexto, deve-se citar a nomeação de um técnico de basquete, assessor de um Senador suplente da base do governo, que foi nomeado para a Agência Nacional de Transportes Terrestres, em 2010, o que faz com que a participação dos usuários seja mais importante³⁴.

Assim a fiscalização do setor regulado deve ser exercida com independência setorial, por meio de expertise adequada e motivada por relatórios técnicos fundamentados por profissionais com conhecimento da matéria.

Dessa forma, poderá ocorrer a eficácia dos serviços públicos e a diminuição das demandas judiciais que prejudicam sobremaneira a economia, devido à morosidade judicial, para julgar demandas complexas e específicas dos diversos setores regulados.

1.1.11 Usuário

O usuário é a figura mais relevante nos serviços públicos, razão de existir dos mesmos, porque o aparato Estatal é desenvolvido pelo Estado com o objetivo de proporcionar ao usuário a adequada prestação do serviço.

Castro Junior conceitua usuário no setor portuário:

É usuário o passageiro que paga a tarifa portuária para embarcar num terminal, ou uma pessoa jurídica que utiliza tal conjunto de serviços para movimentar suas cargas, em sua atividade comercial ou não comercial³⁵.

Celso Antônio Bandeira de Mello retrata a figura do usuário nos serviços públicos, da seguinte forma:

³⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 114.

³⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 102.

Com relação ao primeiro aspecto, compreende-se que as tarifas devem ser módicas (conforme prevê §1º do art.6º), isto é, acessíveis aos usuários, de modo onerá-los excessivamente, pois o serviço público, por definição, corresponde à satisfação de uma necessidade ou conveniência básica dos membros da Sociedade. Este empenho de modicidade está expressado na previsão de fontes alternativas de receita para o concessionário, já dantes mencionadas e cujo fito explícito é o de favorecer tal resultado (art.11).³⁶.

O tema comporta ainda a diferenciação de usuário e consumidor. Assim, é possível que na relação jurídica entre usuário e prestador de serviço público ou de interesse público, seja relação de consumo, em decorrência a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Por sua vez, quando inexistente relação de consumo, o usuário não é consumidor, mas continua sendo usuário.

Castro Junior³⁷ pondera que “para ser consumidor é necessário ter uma relação de consumo, que existe quando há dois requisitos: a vulnerabilidade entre as partes e o destinatário final.”

Elucida, ainda, que todos podem ser usuários de serviço portuário, mas nem todos são consumidores:

Conclui-se, portanto, que todos podem ser usuários de serviços portuários prestados por concessionários, por exemplo, quando pessoa física ou jurídica usa o serviços de um porto público, todavia, somente aqueles que estiverem numa relação de consumo, podem ter a incidência do CDC, e serem considerados consumidores³⁸.

Apesar de o tema comportar distinção entre usuário e consumidor os direitos dos usuários não podem ser ignorados pelo concessionário, porque os usuários de serviços públicos possuem direitos no regime de concessão e permissão de serviços públicos, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo:Malheiros, 2013. p.760.

³⁷ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 100-101.

³⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 102.

A Lei 8.987, de 13.2.1995, que, em cumprimento ao citado art. 175 dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, em seu art. 7º arrola inúmeros direitos dos usuários, a saber: I – receber o serviço adequado, o qual, a teor do art. 6ª, § 1º, é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.³⁹.

Assim sendo, há um rol de direitos conferidos ao usuário, dentre os quais, destaca-se o princípio da modicidade tarifária. A efetividade desse princípio é preocupação do usuário do setor portuário, porque há regulação ineficaz, que pode resultar em preços predatórios, captura e ineficácia da defesa da concorrência e do usuário.

Este é um tema destacado pela doutrina, ao estampar a necessidade de intervenção regulatória eficaz na defesa dos usuários, como ensina Castro Junior:

Ademais, cabe mencionar que o setor portuário era um monopólio estatal e, com a reforma da Lei nº 8.630/1993, com mais de 2/3 da carga movimentada em terminais privados e regulação ineficaz, o que possibilita preços predatórios pelos terminais, já que se trata de uma indústria de rede.

Não sabemos, portanto, o que causa externalidades negativas aos usuários: um monopólio estatal ou um oligopólio privado, já que a defesa da concorrência é requisito fundamental para o desenvolvimento do setor em regime de mercado equilibrado⁴⁰.

1.1.12 Captura

Uma grande preocupação do Estado e dos usuários dos serviços públicos é a captura, porque a agência reguladora criada para fomentar e proteger os interesses públicos pode ser influenciado por grupos econômicos - de interesse - que dominam certo segmento do mercado, especialmente prestadores de serviços, como no setor portuário. É um desvio da regulação setorial.

Carvalho Filho expõe a necessidade de afastar estas prejudiciais

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 760.

⁴⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 103.

influências nas agências reguladoras:

A propósito, a relação jurídica entre a agência reguladora e as entidades privadas sob seu controle tem gerado estudos e decisões quanto à necessidade de afastar indevidas influências destas últimas sobre a atuação da primeira, de modo a beneficiar-se as empresas em desfavor dos usuários do serviço. É o que a moderna doutrina denomina de teoria da captura (“capture theory”, na doutrina americana), pela qual se busca impedir uma vinculação promíscua entre a agência, de um lado, e o governo instituidor ou os entes regulados, de outro, com flagrante comprometimento da independência da pessoa controladora⁴¹.

Aragão retrata esta promiscuidade com base na teoria da captura, de Stigler, em face do abuso do poder econômico sobre a política, que nomeia os dirigentes das agências reguladoras. Esse problema também existe no Brasil, em face da quase total falta de organização dos usuários, de modo que é necessário um maior controle social para diminuir a captura. Segundo Aragão:

Em primeiro lugar, não é necessário empregarmos a teoria da captura de Stigler para constataremos a captura do poder político pelo poder econômico no Brasil. Raymundo Faoro, em “Os Donos do Poder” deixa as claras as relações promíscuas sempre existentes no País entre poder político e poder econômico, com elevado patrimonialismo⁴².

Castro Junior ressalta que o ambiente no setor regulado pela Antaq, com grande sobreposição de competências e participação de usuários, praticamente inexistente, é propício para a captura. Para o autor, os meios de combate, capacidade técnica e estrutura organizacional ainda são precárias, da seguinte forma:

Ademais, o orçamento limitado das agências reguladoras, a ignorância do Congresso Nacional e dos usuários na fiscalização e no controle das agências reguladoras e a prestação de serviços em indústria de rede, melhor assessorados tecnicamente do que os quadros da agência

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 495.

⁴² FAORO, Raymundo. Os Donos do Poder. Apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 55.

reguladora, como nas indústrias marítima e portuária, compostas por um pequeno grupo de prestadores de serviços mostram uma debilidade que possibilita um ambiente de grande vulnerabilidade e risco de captura do regulador.

Além disso, os diretores das empresas privadas reguladas, alguns egressos de cargo de primeiro e segundo escalões das agências reguladoras, possuem maiores incentivos para aumentar os lucros das empresas nas quais atuam, tais como participação dos lucros, do que os reguladores.⁴³

No setor portuário, que é um ambiente onde há indústria de rede, ou seja, vários prestadores de serviços muito próximos entre si, à captura requer uma interpretação inovadora. O estudo jurídico e econômico da captura precisa sair do mundo imaginário e realmente contribuir para essa mudança. Castro Junior revela a necessidade de despertar a comunidade jurídica sobre o tema:

A inovação da hermenêutica e no *modus operandi* da regulação do setor portuário é necessária, especialmente porque, na verdade, há um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam aos juristas conhecer, de modo confortável e acrítico, o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas⁴⁴.

Assim, pode-se definir a captura como uso do poder político ou econômico para intervir na regulação setorial e, por sua vez, na decisão do regulador com o fim de sobrepor um interesse particular em detrimento do interesse público.

1.1.13 Princípio

A formação dos princípios ocorre em virtude de um processo histórico, decorrente de catástrofes e abusos de poder, o que fez com que surgisse a necessidade de fixar valores vitais para a sociedade através de princípios jurídicos.

Carlos Ari Sundfeld define, de forma concisa, os princípios na sua concepção de Direito:

⁴³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 288.

⁴⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 289-290.

Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão do seu modo de organizar-se⁴⁵.

Moreira Neto, por sua vez, define princípio como norma indicativa de conduta e estrutura pilar para formação de normas jurídicas:

Daí definir-se, sinteticamente, o princípio jurídico, como uma norma indicativa de conduta, uma vez que sua principal finalidade consiste apenas em assinalar um valor ou um fim, genericamente enunciado, que deva ser especificamente alcançado, não importando em que grau satisfativo, por todas as leis (preceitos ou regras), normas concretamente preceptivas que deles se derivem.

Como os princípios são, em síntese, normas portadoras dos valores e dos fins genéricos do Direito, em sua expressão mais pura, explica-se porque a sua violação apresenta repercussão genérica muito mais ampla e grave, sobre a ordem jurídica, do que uma transgressão de regras, que restritamente os aplicam às espécies fáticas definidas pelos legisladores.⁴⁶

Por fim estabelece que haja hierarquização dos princípios na ordem jurídica, sob os critérios enciclopédico e axiológico. Na ordem jurídica brasileira, em razão da supremacia constitucional, tem-se hierarquia formal entre os princípios constitucionais e os princípios infraconstitucionais.

1.1.14 Modicidade

Conceituar modicidade tarifária é relevante para estabelecer preços justos e adequados ao seu fim e, inclusive, contribuir para a universalidade do serviço. No setor portuário, relevante para o comércio exterior, esse princípio é um dos mais relevantes para a competitividade dos produtos brasileiros.

Nesse quadro, na busca da efetividade da segurança jurídica, cabe a lição do plenário do STF, em voto do Ministro Gilmar Mendes que, assim, descreveu sobre a importância da modicidade tarifária e a proibição do lucro arbitrário em

⁴⁵ SUNFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p. 143.

⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 134-135.

relação ao consumidor:

Nesse fluxo de idéias é de se concluir que a cobrança de assinatura básica viola regras destinadas à proteção do consumidor. Violação que frustra qualquer tentativa do usuário de economizar com a fruição ou gasto daqueles serviços públicos a ele ofertados. O que agride os princípios da universalidade dos serviços públicos e da modicidade das tarifas, pois salta à evidência que do encarecido campo de atuação normativa concorrente faz parte a positivação de regras que impeçam o consumidor de ser espoliado. Espoliação, claro, a se evitar pela densificação de normas que, na própria Constituição, proíbem o aumento arbitrário de lucros empresariais (art. 173, §4º da CF). Dando-se que esse aumento arbitrário caracteriza o que a nossa Lei Fundamental designa por abuso do poder econômico. Abuso que não deixa de caracterizar ilícito pelo fato de a União para ele concorrer por qualquer modo, acumpliciando-se, voluntária ou involuntariamente, com suas concessionárias de serviço público (que é o caso sub judice, respeitosamente o digo).⁴⁷

A falta de uma definição conceitual de modicidade tarifária e a multidisciplinaridade de serviços públicos, resultam na diversidade de tarifas cobradas pelo particular e na dificuldade do controle estatal, via regulação setorial, visando o equilíbrio na composição dos custos.

Para evitar esse problema, que permite abusos do arrendatário ou concessionário, é necessária a homologação do reajuste da tarifa por ato do Estado, in casu, a Antaq, nos termos do art. 27, inciso VIII, da Lei n. 10.233/2001.

Nesse ambiente, a doutrina brasileira tem sugerido soluções para a efetividade da modicidade tarifária, como leciona Egon Bockmann Moreira:

Uma vez fixada essa premissa, o mais importante é a constante busca de resultados ótimos. Dentro desse conjunto de dados, a tarifa deve ser a mais módica possível em vista do serviço a ser administrado e prestado pelo concessionário. No caso das concessões comuns regidas pela Lei Geral das Concessões, módica é a tarifa que está na medida para tornar

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade nº 3.847-SC. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/peticaoinicial/verpeticaoinicial.asp?Base=ADIN&s1=3847&processo=3847>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

o projeto autossustentável – nem mais nem menos que o estritamente necessário para que o serviço seja adequado às respectivas necessidades sociais. Daí a necessidade de constante atenção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato (para mais ou para menos), estampada nas suas revisões periódicas – que são um dos meios mais eficientes de assegurar a modicidade⁴⁸.

Neste aspecto, o autor relata que as políticas públicas e os resultados auferidos pela concessão dos serviços públicos devem ser pautados pela busca de resultados ótimos⁴⁹. Sendo assim, para dar efetividade a este princípio, frisa-se a lição do autor acima:

Nos projetos concessionários, tarifa ótima é aquela que simultaneamente maximiza o bem-estar social e mantém o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. O tema traz preocupações quanto a políticas distributivas eficientes (econômica e socialmente eficientes). Isso tanto no sentido de fixar preço viável para os serviços prestados como o de induzir usuários a praticar o consumo socialmente ótimo (por exemplo, a impedir o desperdício de água, energia ou gás – o que acontecerá se forem gratuitos ou com preço irrisório). A tarifa não pode ter em mira apenas os benefícios gerados aos usuários e terceiros (fixação imprópria para projetos autossustentáveis), nem muito menos o lucro do empresário privado (objetivo secundário de projetos de concessão). Trata-se antes de forma pela qual podem ser implementados benefícios públicos desenvolvimentistas⁵⁰.

No que concerne à modicidade tarifária no setor portuário, há previsão normativa na Lei n. 10.233/2001, que dispõe sobre os objetivos da Antaq ao regular o transporte aquaviário e a atividade portuária, da seguinte forma:

Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

⁴⁸ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Direito das Concessões de Serviço Público - Inteligência da Lei n. 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 263.

⁴⁹ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Direito das Concessões de Serviço Público Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 263.

⁵⁰ BOCKMANN MOREIRA, Egon. Direito das Concessões de Serviço Público Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p. 263.

(...)

a) garantir a movimentação de pessoas e bens, em cumprimento a padrões de eficiência, segurança, conforto, regularidade, pontualidade e modicidade nos fretes e tarifas;

De igual forma, a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre a concessão e permissão de serviços públicos, ressalta a importância da modicidade tarifária, inclusive na exploração de outras fontes provenientes que resultem em tarifas módicas ao usuário:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Por fim, deve-se ressaltar que o arrendatário precisa implementar atividade econômica, de modo que o Estado permita a produção de riqueza, desde que observados diversos princípios, dentre os quais a modicidade tarifária e a previsibilidade, conforme ensina Castro Junior:

Deve-se, contudo, ter em mente que o arrendatário, como qualquer empresa da iniciativa privada que atue ou não mediante contrato administrativo, não presta serviço mediante filantropia, mas com objetivo de lucro, desde que observe a modicidade. Na esfera pública, por sua vez, tem direito à situação estável, intangível, criada pelo contrato.⁵¹

1.1.15 Publicidade

O princípio da publicidade visa promover a transparência dos atos públicos, porque é uma forma de facilitar ao administrado a função de controle social sobre as atividades da administração pública. Ademais, esse princípio viabiliza o acesso à informação⁵² pelo interessado, inclusive, porque a administração pública é

⁵¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 313-314.

⁵² Sobre o tema: BRANCO, Matheus de Andrade. Análise Comparativa dos Modelos de Acesso à Informação no Reino Unido, Suécia, México e Brasil: Uma proposta de Aprimoramento. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Univali: Programa de

bem da coletividade.

Sobre o tema, cabe o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

20. Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.⁵³

O Princípio da Publicidade e acesso à informação encontra-se insculpido tanto na CRFB/88, quanto na legislação pátria, como retrata Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tal princípio está previsto expressamente no art. 37, caput, da Lei Magna, regulamentado por uma importantíssima lei, a de n. 12.527, de 18.11.2011, ademais de contemplado em manifestações específicas do direito à informação sobre os assuntos públicos, quer pelo cidadão, pelo só fato de sê-lo, quer por alguém que seja pessoalmente interessado. É o que se lê no art. 5º, XXXIII (direito à informação) e XXXTV, “b”, este último para o caso específico de certidão (a ser expedida no prazo máximo de 15 dias, conforme a Lei 9.051, de 18.5.1995) para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Além disso, o mesmo art.5º, no inciso LXXII, confere a garantia do habeas data para assegurar judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público, bem como para retificação de dados que neles estejam armazenados.

Na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 52, XXXIII, precitado, quando ‘imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado’.⁵⁴

1.1.16 Previsibilidade

A previsibilidade é elemento relevante da segurança jurídica, no sentido

Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, 2015.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013. p.117.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013. p.117-118.

de promover uma linha regular de futuro, que possa proporcionar planejamento em projetos e atos que resultem em variação temporal.

Intrinsecamente, portanto, a previsibilidade é aliada da segurança jurídica, porque é aspiração natural do ser humano, conforme elucida a doutrina:

Esta 'segurança jurídica' coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano. E a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro; é ela, pois, que enseja projetar e iniciar, conseqüentemente - e não aleatoriamente, ao mero sabor do acaso comportamentos cujos frutos são esperáveis a médio e longo prazo. Dita previsibilidade é, portanto, o que condiciona a ação humana. Esta é a normalidade das coisas.⁵⁵

Do ponto de vista econômico e portuário, previsibilidade e estabilidade são fatores preponderantes para o desenvolvimento, resguardadas situações fora de curso para eventos não previsíveis ou situações de caso fortuito ou força maior.

1.1.17 Defesa do usuário

O usuário possui direito subjetivo público na prestação serviço, que deve ser promovida de forma adequada. Não posto somente como um mero adorno conceitual, este direito é passível de exigência para o seu cumprimento, haja vista que o usuário é peça fundamental para manutenção do serviço e a finalidade do serviço público é prestigiar o usuário.

Egon Bockmann Moreira discorre sobre o direito subjetivo público do usuário consagrado juridicamente:

Sob o ângulo dos usuários, há direito subjetivo público à efetiva prestação do serviço adequado. Eles têm assegurada – nos termos do estatuto e do contrato – uma posição concreta de vantagem pessoal quanto a usufruir imediatamente daquele

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013. p.127.

serviço público. Ou, como prefere Alessi, “a garantia legislativa de uma utilidade substancial direta e imediata para o sujeito titular”. São direitos concernentes à pessoa que deve receber a prestação do serviço, tornados densos e nítidos pela relação jurídico-concessionária. Já não se está diante de acanhado direito subjetivo público à legalidade (omissiva), mas sim de várias ordens de interesses pessoais consagrados juridicamente – que em sede estatutária (legal e regulamentar), que em sede contratual. Advêm, portanto, do sistema jurídico – e não só deste ou daquele texto legal. São direitos relacionais, que exigem alteridade e intersubjetividade: não são só invioláveis pelo outro, mas sim especialmente exigíveis do outro” .⁵⁶

Os direitos dos usuários devem ser defendidos bem como podem ser impostos juridicamente, e sua defesa cabe ao concedente e órgão regulador setorial, conforme ensina a doutrina:

Tais direitos do sujeito usuário, a depender da vontade deste, podem ser impostos juridicamente em face do outro sujeito (imediatamente, o concessionário; mediante, concedente e regulador). Afinal, quando se instala a relação concessionária, constituem-se, quando menos, a proibição de omissão por parte do concessionário e o dever de garantia por parte do concedente⁵⁷.

Assim sendo, o usuário na defesa dos seus direitos deve fazer valer sua pretensão, desde a publicação do edital do processo licitatório, até a tarifa exigida em face do usuário:

Por isso que Joana Batista defende que o usuário do serviço público fique investido “de direito subjetivo público a fim de que este possa exigir que sejam observadas regras e princípios aplicáveis à prestação da atividade, desde o procedimento licitatório anterior à contratação do concessionário, até a remuneração a ser arcada pelo usuário para a fruição do serviço”. Este arco de configurações dos direitos subjetivos merece ter garantido seu exercício imediato, em especial nas hipóteses de haver resistência à pretensão do usuário.⁵⁸

⁵⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo:Malheiros, 2010. p.287-289.

⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p.289.

⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público inteligência

Castro Junior destaca os direitos dos usuários no setor portuário, expondo a preocupação quanto à sua defesa, em decorrência que a maior organização dos exploradores dos serviços gera assimetrias de representatividade que, por sua vez, causam externalidades negativas na produção normativa (a norma é editada para beneficiar o prestador de serviço) e na fiscalização. Este ambiente gera preços predatórios, que demandam a atuação regulatória eficaz da Antaq:

Embora a Antaq tenha sido criada para desenvolver o transporte aquaviário, com a aplicação da Lei nº 9.432/1997 (ordena o transporte aquaviário, nos termos do art. 178 da CF/88), e atividade portuária, cuja norma principal era a Lei dos Portos (nº 8.630/1993) e, a partir de 5 de junho de 2013, por meio da Lei nº 12.815/2013 (Nova Lei dos Portos), os usuários ainda não têm explorado as consequências da Antaq, para a defesa dos seus interesses, ao contrário das EBNs e terminais, que se organizam melhor, gerando uma assimetria de representatividade entre terminais e usuários.

Ademais, cabe mencionar que o setor portuário era um monopólio estatal e, com a reforma da Lei nº 8.630/1993, com mais de 2/3 da carga movimentada em terminais privados e regulação ineficaz, o que possibilita preços predatórios pelos terminais, já que se trata de uma indústria de rede.⁵⁹

1.1.18 Defesa da concorrência

O princípio da defesa da concorrência visa abster o mercado de práticas abusivas, decorrentes de conluio ou situações que inviabilizem ou reduzam a competitividade. Neste diapasão, Casagrande relata que deve haver o mínimo de rivalidade entre os agentes econômicos:

O teor do princípio da livre-concorrência é bem mais complexo de precisar que o de propriedade privada, já que envolve direitos difusos, e não um direito privado. Para melhor entender o conteúdo desse princípio, é importante destacar uma premissa fundamental da ordem econômica estabelecida pela Constituição de 1988, qual seja, a de que uma economia de mercado, com decisões descentralizadas pelos agentes econômicos, é a melhor forma de organização da economia, e

da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p.67.

⁵⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 102-103.

de que ela só pode funcionar de maneira minimamente adequada se houver rivalidade entre os agentes econômicos em seus esforços para disponibilizar e adquirir bens e serviços no mercado.⁶⁰

Eliane Martins relata que a concorrência deve ser natural e criada pelo livre jogo de oferta e da demanda, e não por acordo entre empresários, da seguinte forma:

A crença da concorrência como mecanismo balizador natural dos parâmetros de atuação empresarial se consolida como dogma do liberalismo econômico. No âmbito da concorrência marítima, tem se considerado a premissa de que os preços dos fretes e as condições de serviços devem fixar pelo livre jogo de oferta e demanda, e não por acordos entre empresários⁶¹.

Castro Junior discorre sobre a previsibilidade normativa e constitucional na legislação pátria, relativa à defesa de concorrência no âmbito portuário, por meio da Constituição Federal - art. 170, inciso V e art. 173, § 4º, das Leis nºs 12.529/2011 e 10.233/2001. Assim, o autor discorre sobre práticas a serem observadas para o aperfeiçoamento da livre concorrência:

Com o propósito de corrigir falhas apontadas, podem ser propostas regras de regulação compatíveis com o mercado e a legislação, bem como a Antaq pode realizar ações de promoção de defesa da concorrência, com base na sua competência anteriormente fundamentada, por meio de parcerias com a Secretaria de Acompanhamento Econômico e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.⁶²

1.1.19 Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica é sustentação basilar do ordenamento jurídico, especialmente no Estado Democrático de Direito. Nesta linha de raciocínio cabe a lição de Moreira Neto:

⁶⁰ CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Regulação Pró-Concorrencial de acesso a ativos de infraestrutura: Regime Jurídico e Aspectos Econômicos. In: SCHAPIRO, Mário Gomes. (coord.) Direito econômico regulatório. São Paulo: Saraiva, 2010 (Série GV-law). p. 76.

⁶¹ OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. Curso de direito marítimo - Teoria geral. Vol. I. Barueri: Manole, 2014. p. 67.

⁶² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 140.

Ainda que o homem possa viver sob injustiças, como as tem suportado imemorialmente, o certo é que, para a própria existência da sociedade e como condição para que qualquer uma logre o progresso, será sempre necessário um mínimo de segurança institucional⁶³.

Da segurança jurídica, que é cimento das civilizações, derivam outros princípios como boa-fé, moralidade, eficiência, previsibilidade e modicidade. Nesse passo, elucida Carvalho Filho:

Como já foi sublinhado em estudos modernos sobre o tema, o princípio em tela comporta dois vetores básicos quanto às perspectivas do cidadão. De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas e se oferece a criação de novos mecanismos de defesa por parte do administrado, inclusive alguns deles, como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, de uso mais constante no direito privado⁶⁴.

A confiança no Estado e a segurança jurídica de que as regras e as normas serão aplicadas, resulta em planejamento sólido com credibilidade necessária para o desenvolvimento de uma nação. Sobre esse relevante princípio, cabe o conceito de Castro Junior:

A segurança jurídica constitui a garantia de que as normas e as regras que regulamentam o conjunto de atividades em determinado Estado serão cumpridos pelos agentes do Estado e entes privados que atuam nos seus limites.⁶⁵

1.1.20 Eficiência

O princípio da eficiência pode ser adotado para o servidor público ou para a administração pública direta ou indireta, a fim de viabilizar serviços públicos ou de interesse público adequado. Neste aspecto, ensina Di Pietro:

⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 140.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 37-38.

⁶⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial, 2004. p. 45.

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público⁶⁶.

O princípio da eficiência busca que, além da legalidade, os serviços públicos ou de interesse público sejam efetivados com presteza, perfeição e rendimento funcional, ou seja, espera que a prestação de serviço seja efetuada de acordo com as necessidades do tomador do serviço.

1.1.21 Aumento arbitrário do lucro

A livre concorrência deve ser incentivada pelo Estado, a tal ponto que a concorrência natural fixe os valores de mercado, sendo esta saudável entre os diversos agentes econômicos e os usuários. Cabe destacar que inexistente norma que identifique critérios e metodologia para a defesa da concorrência no setor portuário.

No entanto, quando a liberdade de preços torna-se abusiva, ao ponto de prejudicar o mercado e, principalmente, o usuário, cabe a regulação do mercado zelar pela estabilidade econômica. Neste sentido, manifesta-se Aragão:

Cumpram também observar que a liberdade de preços deve ser mantida apenas enquanto gerar efeitos positivos para os consumidores, sem abusos do poder econômico, devendo, portanto, estar sempre sujeita a um diuturno acompanhamento por parte da Administração Pública, que, no caso das atividades sob publicatio, poderá ir além dos controles concorrenciais de proteção à economia popular, exercendo as prerrogativas inerentes ao poder concedente, dominus do serviço⁶⁷.

De igual sorte, atuar no mercado com lucros arbitrários e desproporcionais, agravado com prerrogativa de dominação, provoca um sistema

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. Brasília: OAB Editora, 2014. p. 84.

⁶⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 412.

nocivo ao Estado, aos prestadores de serviços e, principalmente, aos usuários dos serviços. Sobre o tema, Carvalho Filho descreve que a prática deve ser reprimida por ser abusiva e ilegal:

Finalmente, temos como forma abusiva o aumento arbitrário dos lucros, que também guarda relação com as formas anteriores. Sempre que a empresa intenta dominar o mercado e eliminar o sistema de concorrência, seu objetivo é mesmo o de auferir lucros despropositados e arbitrários. E não se precisa ir muito longe para constatar ser essa outra forma de abuso do poder econômico. Se o lucro é arbitrário, quem o está pagando é a massa de consumidores do produto ou do serviço. Ocorrendo essa conduta, cabe ao Estado reprimi-la por ser abusiva e ilegal⁶⁸.

1.1.22 Regulação econômica

Externalidades negativas econômicas, como aquelas que violam a defesa da concorrência, podem prejudicar o mercado afetando o bem estar dos indivíduos e do Estado em geral. Esta instabilidade deve ser combatida pelas agências reguladoras, a fim de proporcionar uma regulação econômica em prol do interesse público no mercado regulado.

Castro Junior informa alguns problemas que exigem regulação econômica:

Essa forma de regulação, dentre vários motivos que a justificam, preocupa-se com a existência de falhas de mercado, dentre as quais podem ser citadas a concorrência imperfeita, os preços e tarifas predatórios e, portanto, não módicos.

A intervenção ocorre, então, em face de uma inabilidade dos agentes do mercado para lidarem com problemas estruturais particulares, dentre os quais a concorrência desleal entre os citados agentes⁶⁹.

O autor⁷⁰ elenca as principais funções e problemas a serem combatidos

⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014. p. 932.

⁶⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 167.

⁷⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São

pela regulação econômica, dentre eles: (i) controle do poder do monopólio; (ii) controle dos lucros abusivos; (iii) compensação para as externalidades; (iv) informação inadequada; (v) competição excessiva; (vi) desigualdade no poder de barganha; (vii) racionalização, que inclui planejamento da indústria; (viii) moral hazard; (ix) paternalismo; e (x) escassez.

O controle da ordem econômica não se limita às atividades de serviços públicos. Práticas da iniciativa privada que resultem em concorrência imperfeita, preços e tarifas predatórios, comportam a regulação econômica eficaz, conforme ensina a doutrina:

Ressalte-se que a livre iniciativa pressupõe preços livres, todavia, encontra limites da ordem econômica constitucional, não sendo, portanto, um valor absoluto, em face da proteção do consumidor. Portanto, o aumento do preço (privado) portuário, por terminais autorizados, que implique aumento arbitrário de lucros, não é tolerado pela ordem econômica constitucional, cabendo aos órgãos administrativos de controle e fiscalização, como Antaq e Cade, impor limites e aplicar sanções para coibir abusos⁷¹.

Desta forma, a regulação econômica é necessária para defender o interesse público, corrigindo falhas do mercado e promovendo um mercado equilibrado, com preços módicos e previsíveis.

Esta função cabe às agências reguladoras, porque dotadas de técnica acurada e competência sobre a matéria, proporcionando equilíbrio do mercado, segurança jurídica dos contratos e a defesa da concorrência e dos usuários, bem como redução de intervenção judicial (judicialização da regulação).

Em face da relevância do tema para a previsibilidade e modicidade nos serviços portuários, foram apresentados os principais institutos da regulação setorial portuária, no presente capítulo, bem como será tratado, no Capítulo 2, uma Teoria Geral da Regulação setorial dos terminais arrendado e privados

Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 167.

⁷¹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 168.

CAPÍTULO 2

TEORIA GERAL DA REGULAÇÃO SETORIAL DOS TERMINAIS ARRENDADO E DE USO PRIVADO

O setor portuário possui papel singular no desenvolvimento econômico do Brasil, notadamente a sua relevância para alavancar o comércio exterior, especialmente através da movimentação de cargas.

Ocorre que esse crescimento das operações portuárias demanda instituições eficazes nos setores público e privado. A sua falta pode gerar falhas de mercado ou assimetrias de representação e de informação, como violação dos princípios da modicidade e da previsibilidade. Isso ocorre na relação do usuário do serviço com o concessionário, arrendatário ou terminal de uso privado.

Assim sendo, cabe neste Capítulo 2 o estudo da regulação setorial dos terminais arrendado e de uso privado. O primeiro por se tratar de serviço público, e o segundo, serviço de interesse público.

O núcleo da discussão encontra-se na tarifa e no preço cobrado pelo arrendatário e autorizatário, respectivamente: Quais requisitos são adotados para reajuste e revisão tarifária? E no caso dos serviços prestados pelo terminal de uso privado, autorizatário, onde é desnecessária a homologação do aumento pela Antaq, é possível a regulação econômica de preços (privados)?

Todos esses aspectos serão analisados à luz do novo marco regulatório, da doutrina, da jurisprudência, da Constituição Federal e da competência da Antaq, por meio da teoria geral da regulação setorial dos terminais arrendados e de uso privado.

2.1 O setor portuário

2.1.1. Conselho de Autoridade Portuária

O Conselho de Autoridade Portuária é órgão consultivo da administração

do porto, que atua no âmbito do porto organizado, conforme previsto na Lei nº 12.815/2013⁷², que revogou a Lei nº 8.630/1993. Possuem, na sua composição, representantes da classe empresarial; dentre os quais o usuário, que participa somente com uma vaga dentre as dezesseis; dos trabalhadores portuários e do poder público, nos termos do art. 20, da Lei dos Portos:

O Decreto nº 8.033/2013, que regulamenta a matéria, estabelece no seu art. 36, que será instituído em cada porto organizado, um Conselho de Autoridade Portuária, que atuará como órgão consultivo do porto organizado.

As mudanças relativas sobre as atribuições do Conselho de Autoridade Portuária, apesar de relativamente recente, não passaram despercebidas aos olhos da doutrina, tal como ensina Castro Junior:

Observe-se que o Conselho de Autoridade Portuária que na legislação anterior era dotado de uma quota razoável de poder disciplinador (entre as suas competências, então, encontrava-se em primeiro lugar a de “baixar o regulamento de exploração”), agora é constituído de órgão consultivo da Administração do Porto.⁷³

Desta forma, a legislação atual suprime poderes do CAP, porque antes o poder definido pelo conselho era deliberativo e vinculava os atos da Administração Portuária. Atualmente, o CAP tem poder meramente consultivo, de forma que administração portuária tem discricionariedade para aceitar ou não a sua decisão.

Nesta seara, cabe mencionar que as competências do Conselho de Autoridade Portuária, estão dispostas no § 1º do art. 36 do Decreto nº 8.033/2013:

Art. 36. Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto.

§ 1º Compete ao conselho de autoridade portuária sugerir:

⁷² Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

⁷³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 73.

- I - alterações do regulamento de exploração do porto;
- II - alterações no plano de desenvolvimento e zoneamento do porto;
- III - ações para promover a racionalização e a otimização do uso das instalações portuárias;
- IV - medidas para fomentar a ação industrial e comercial do porto;
- V - ações com objetivo de desenvolver mecanismos para atração de cargas;
- VI - medidas que visem estimular a competitividade; e
- VII - outras medidas e ações de interesse do porto.

2.1.2 Autoridade Portuária

A Lei nº 12.815/2013, no seu art. 17, caput, dispõe que a administração do porto é exercida pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado e que a administração do porto organizado é feita pela autoridade portuária, conforme o § 1º do citado artigo, que possui as suas competências nos termos dos incisos I a XV e § 2º ao 4º.

Desta forma, por força de lei, restou atribuída como autoridade portuária a administração do porto, sendo desta a responsabilidade por todos os atos elencados supracitados, que são relevantes para o segmento portuário.

A citada reforma portuária, contudo, suprimiu poderes do CAP, que exercia a autoridade portuária no porto organizado, e centralizou tais poderes na Antaq e a SEP. Esta decisão tem sido criticada pela doutrina, vez que contrária à tendência mundial contemporânea de descentralização da gestão, conforme ensina Castro Júnior:

Outra inovação na nova legislação é que a administração do porto organizado é exercida pela autoridade portuária. Trata-se

de conceito diverso da Lei nº 8.630/1993, na qual a autoridade portuária era um binômio (administração do porto + Conselho de Autoridade Portuária) (...)

Para terminar tal conflito, o governo de forma centralizadora, entendeu que seria melhor definir a autoridade portuária é a administração do porto, posição que vai na direção contrária ao que ocorre nos portos mais avançados do mundo, nos quais a tendência é para a descentralização.⁷⁴

2.1.3. Serviço público portuário

Serviço público portuário é a prestação de serviço ao usuário, atribuído ao Estado, executado por intermédio de concessão ou arrendamento, de forma centralizada, descentralizada ou delegada ao particular, respeitando os direitos e garantias do usuário e da função pública dos serviços.

A Lei n. 12.815, de 05 de junho de 2013, dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e atividades desempenhadas pelos operadores portuários, disciplina e conceitua, ainda, concessão e arrendamento portuário bem como a exploração indireta por intermédio de autorização, nos termos do art. 1º e § 1º e 2º.

2.1.4 Concessão

A concessão é definida pelo inciso IX, do art. 2º, da Lei n. 12.815/2013: “IX - concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado;”

A norma define, ainda, em seu art. 4º, que a concessão será realizada mediante contrato a ser definido por licitação. Já o seu inciso XIV, estabelece a obrigatoriedade de prestações de informações, além do poder concedente, à agência reguladora do setor – Antaq.

2.1.5 Arrendamento

O arrendamento é também definido pela Lei n. 12.815/2013, no inciso XI

⁷⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 279.

do seu art. 2º, como cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado.

Conforme texto normativo, o arrendamento possui alguns elementos diferentes da concessão, já que o mesmo confere o direito de tão somente explorar a área e infraestrutura dentro do porto organizado, excluindo-se sua administração, que ficará por conta da União ou do concessionário.

Deverá, ainda, cumprir os mesmos critérios estabelecidos na concessão, ou seja, ser precedida de licitação e mediante contrato, prestar informações ao concedente e à Antaq, bem como considerar a menor tarifa ou tempo de movimentação de carga, prestando um serviço público.

2.1.6. Serviços de interesse público no setor portuário

Visando promover o desenvolvimento econômico, portuário, turístico e a competitividade, o legislador criou diversas formas de exploração do serviço público, tal como ocorre no arrendamento portuário.

Em que pese a previsibilidade e possibilidade quanto à exploração de serviço público, coube, ainda, à iniciativa privada, a exploração dos serviços fora da área do porto organizado, como o terminal de uso privativo, que deve ser explorado às expensas do empresariado privado.

Desta maneira, o particular presta serviço portuário em área privada, fora do porto organizado, e com recursos próprios. Não obstante, a prestação do serviço possui natureza de interesse público, haja vista que o setor portuário é atividade econômica nacional, com previsão constitucional, logo, devem ser respeitados os ditames do interesse público e do usuário.

Estes serviços, estão compreendidos dentro do conceito de instalações portuárias. Com efeito, mesmo que executado dentro da esfera privada, são vinculados a direitos e obrigações. Sobre o tema, assim dispõe o inciso III, do art. 2º, da Lei n. 12.815/2013, in verbis:

III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;

2.1.7 Terminal de uso privado

O terminal de uso privado está localizado fora da área do porto organizado e é outorgado por meio de autorização para exploração de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, decorrente de atividade aquaviária, nos termos do inciso IV, do art. 2º, da Lei n. 12.815/2013, in verbis: “IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;”.

Por ser espécie do gênero instalação portuária, deve submeter-se às diretrizes portuárias estabelecidas em lei, entre elas a modicidade e publicidade das tarifas e preços, bem como estímulo à concorrência, da seguinte forma:

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

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

V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

Neste capítulo discorre-se sobre uma teoria geral do serviços públicos e de interesse público no setor portuário. Assim, são apresentados conceitos e aspectos relevantes que envolvem a dinâmica do setor, dentre os quais a definição de usuário, concessionário, arrendatário, serviço público, tarifa, preço, dentre outros.

Trata-se, portanto, de uma teoria geral que visa contribuir para a

compreensão da regulação setorial das operações portuárias prestadas pelos arrendatários e terminais de uso privado e, especialmente, da modicidade e da previsibilidade das tarifas e dos preços cobrados pelos mesmos do usuário.

2.2. Regulação setorial independente: As competências da Antaq

2.2.1 Aspectos introdutórios

A regulação setorial independente decorre do desenvolvimento institucional para a intervenção do Estado em determinado segmento de importância econômica.

Assim sendo, a experiência de regulação setorial por meio das agências reguladoras no Brasil sofreu influência no direito comparado, especialmente do modelo norte-americano, conforme destaca Castro Junior:

O aperfeiçoamento das agências brasileiras reguladoras de transportes por meio do estudo do modelo norte-americano é relevante porque as agências brasileiras tiveram forte influência daquele modelo. O formato agência independente é uma importante inovação organizacional que resultou de ampla barganha por meio da qual o Congresso delegava funções às agências sem que isso implicasse o fortalecimento excessivo do Poder Executivo americano⁷⁵.

Neste contexto, o que antes era uma intervenção direta do Estado na economia, passou ao longo de décadas de experiência no Brasil por uma transformação moderada, conforme ensina Marçal Justen Filho:

No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas⁷⁶.

⁷⁵ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. *Direito Regulatório e Inovação na Regulação de Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 39.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

Nesse cenário, a função das agências reguladoras é justamente promover o desenvolvimento econômico, por ter que ser constituída com profissionais de capacidade técnica setorial especializada e independência funcional. Com tais requisitos, a agência poderá intervir de forma mais eficaz no mercado proporcionando confiança no setor regulado.

No processo de desestatização da economia brasileira, coube a delegação para a iniciativa privada da exploração de atividades típicas de serviços públicos, conforme relata Coimbra:

A desestatização foi desenvolvida no Brasil, basicamente, de quatro formas distintas que podem ser classificadas como: concessão, permissão, privatização e terceirização. Todas elas passam por uma quinta forma, mais abrangente, que se intitula desregulamentação. Vale ressaltar, que a atividade passada as mãos da iniciativa privada, continua sendo dever do Estado, que apenas transfere a sua execução para estas empresas. Portanto, em última instância, o serviço prestado continua sendo público, pois a iniciativa privada atua como uma longa manus do poder estatal⁷⁷.

Ademais, por se tratar de regulação setorial independente, é necessário que não haja subordinação ou influência externa no setor regulado, porque a independência é condição sine qua non para a efetividade do conceito regulação setorial. Nesse sentido, Aguillar discorre da seguinte forma:

A principal diferença entre as antigas agências estatais e as atuais agências reguladoras reside na forma jurídica destas, que são autarquias de regime especial, com orçamentos próprios e uma relativa autonomia financeira e institucional do Poder Executivo, não havendo subordinação hierárquica ao Ministério a que estão vinculadas. Integrantes das agências reguladoras são nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, porém, não são demissíveis ad nutum. Os antigos órgãos reguladores tinham sua estrutura dependente e subordinada aos Ministérios ou à Presidência da República, dependência essa não apenas de ordem orçamentária, mas de todo gênero⁷⁸.

⁷⁷ COIMBRA, Marcio Chalegre. O Estado Regulador. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/453/o-estado-regulador>>. Acesso em: 09 fev.2016.

⁷⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito

Tem-se, ainda, a visão holística de Juarez Freitas, que compreende o modelo regulatório tradicional com as aspirações universais de bens essenciais e serviços de qualidade. Para o autor, cabe às agências reguladoras, efetivamente, exercer seu poder de polícia no setor regulado:

Falta constituir, portanto, um modelo regulatório interdisciplinar, com o aprimoramento do regime daqueles que exercem a função regulatória indelegável, compreendida como inerência do poder de polícia administrativa, que viabilize a universalização de bens essenciais e de serviços de qualidade⁷⁹.

Concernente ao Direito Portuário brasileiro, a Antaq é incumbida da regulação setorial independente, por meio da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, sem subordinação administrativa ao poder concedente – SEP –, mas ao controle do Congresso Nacional.

Desta forma, a regulação setorial do setor portuário é exercida pela Antaq nas instalações portuárias dentro e fora do porto organizado, e por meio do Conselho de Autoridade Portuária no porto organizado, como órgão consultivo da administração portuária.

Por sua vez, o conceito de regulação setorial dos portos é importante para a segurança jurídica, bem como a definição das atribuições, legislação e objetivos desta categoria. Neste aspecto, Castro Junior propõe o seguinte conceito:

Conceitua-se regulação setorial dos portos no Brasil como conjunto de medidas legislativas, administrativas e criadas pelos usuários e prestadores de serviços do setor portuário, com fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente das Leis nºs 12.815/2013, 9.432/1997, 9.537/1997, 10.233/2001 e 11.518/2007, sob coordenação das diretrizes do Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Conit).⁸⁰

Supranacional. São Paulo: Atlas, 2009, p. 227.

⁷⁹ FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 219.

⁸⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 89.

Desta forma, os usuários e prestadores de serviços possuem a previsibilidade constitucional e legislativa quanto aos parâmetros e objetivos da sua atividade e conduta. Assim, no caso de práticas nocivas que afrontem tais dispositivos, é necessária a intervenção estatal, de forma que é relevante apresentar as competências da Antaq.

Antes, contudo, de adentrar nas competências da Antaq, cabe esclarecer se as atribuições das agências reguladoras afetam a separação dos poderes no Estado. Aragão, em uma análise doutrinária e histórica, conclui que as agências se inserem perfeitamente no marco das separação de poderes:

Por todo exposto, concluímos o presente Item respondendo às indagações inicialmente feitas; e o fazemos afirmar que as agências reguladoras independentes se inserem perfeitamente no marco da separação de poderes do Estado contemporâneo, contribuindo ainda para a realização dos seus objetivos materiais mais relevantes de descentralização e democratização do exercício do poder.⁸¹

Outrossim, as atribuições e competências relativas às agências reguladoras possuem previsibilidade constitucional e infraconstitucional, ou seja, os órgãos reguladores trabalham amparados pela legislação que lhes dá competência para elaborar normas. Para tanto, devem respeitar os preceitos da legalidade, com vistas ao interesse público, conforme Camila Silva Lima:

Os órgãos reguladores, dentro do marco regulatório, atuam, especialmente, pela edição de normas, que explicitam conceitos jurídicos indeterminados dentro de cada segmento regulado, orientando a atuação dos agentes de mercado com vistas ao atendimento do interesse público (o fazem “em virtude de lei”).⁸²

Concernente às agências reguladoras, neste caso, a Antaq, as funções da regulação setorial independente são as seguintes⁸³: normativa, fiscalizatória,

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 378.

⁸² LIMA, Camila Silva. Direito Regulatório. Anais da I Mostra de Pesquisa, Extensão e Cultura Cejurps. Itajaí: Editora Univali, 2005. p. 31.

⁸³ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 108-109.

sancionatória, dialógica, adjudicatória e distributiva, todas basilares para a segurança jurídica e a eficiência da regulação do setor.

O poder normativo atribuído à Antaq é revestido, inclusive, de sanções pecuniárias previstas em lei, todavia, para que tais sanções sejam legais, o processo normativo deve respeitar os princípios da motivação bem como da submissão do texto à consulta pública.

Consoante as aspirações contemporâneas da regulação econômica adequada e ponderada, entende a doutrina portuária que o poder normativo concedido às agências reguladoras não ofende a legalidade formal:

Com efeito, discorda-se da posição dos autores citados, restrita ao princípio da legalidade formal, uma vez que em descompasso com a teoria da regulação, especialmente com os anseios de uma regulação econômica adequada e ponderada, que acompanhe o dinamismo e atenda as especificações das demandas do setor regulado⁸⁴.

Nesta mesma linha de raciocínio, é o posicionamento de Thiago Testini de Mello:

A Antaq, criada pela Lei n. 10.233/01, recebeu as atribuições de Agente Regulador mencionadas em seção anterior. Notadamente, possui poder normativo por força de lei. Ou seja, a lei delegou a ela a competência para editar regulamentos afetos ao setor regulado⁸⁵.

Cabe destacar, ainda, que o poder normativo atribuído à Antaq, deve possuir indepedência funcional, portanto, não cabe interferência externa quanto ao seu veto, inclusive pelo próprio Congresso Nacional, conforme ensina Castro Junior:

Como órgão do Poder Executivo, a Antaq, ao editar atos administrativos, não pode sofrer ingerência normativa do Congresso Nacional acerca da sua competência exclusiva, sob

⁸⁴ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 110.

⁸⁵ Miller, Thiago Testini de Mello. Direito portuário: regulação e trabalho na Lei. 12.815/13. São Paulo: All Print Editora, 2015. p. 40.

pena de violação da teoria da separação dos poderes⁸⁶.

Por fim, as principais competências da Antaq encontram-se estabelecidas no art. 27 da Lei nº 10.233/2001, que descreve sua esfera de atuação, com destaque aos incisos VII, XVI e XXV, que tratam, respectivamente, do reajuste e da revisão tarifária, do poder para celebrar atos de outorga de concessão e fiscalização portuária:

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

(...)

VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

(...)

XXV - celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infraestrutura aquaviária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

(...)

XXVI - fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, em conformidade com o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

2.3 O marco regulatório no setor portuário

O marco regulatório do setor portuário advém de um processo histórico de evolução da legislação brasileira, que constitucionalizou a atividade portuária, a partir da Constituição Federal de 1988, pois, até então, o setor era disciplinado pelo regime jurídico infraconstitucional.

⁸⁶ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 112.

Assim sendo, a CRFB/88 trouxe uma evolução das Constituições pretéritas, no sentido de incluir o aspecto econômico de sua exploração, conforme abordado por Miller:

A Constituição Federal de 1988(CF/88) trouxe, além de uma renovação na estrutura político-jurídica do Estado e na organização da sociedade, uma concepção moderna sobre a Ordem Econômica e a participação estatal nela⁸⁷.

De igual sorte, coube ao constituinte atribuir a União à competência privativa para legislar sobre a matéria portuária:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

Desta forma, cinco anos após a promulgação da Constituição Federal, o setor portuário sofreu grande transformação com a edição da Lei n. 8.630/93, que dispunha sobre o regime de exploração dos portos organizados e instalações portuárias.

A primeira lei portuária pós-CRFB/88 trouxe inovações concernentes à inserção do setor privado na exploração portuária, vez que, antes, essa atribuição era exclusivamente estatal. Dessa forma, por intermédio de licitação, houve a possibilidade de arrendar ao particular a exploração de serviço público, da seguinte forma:

A Lei nº 8.630/93 seguiu essa orientação, trazendo para o âmbito do setor privado serviços antes executados com exclusividade pelas estatais. Todavia, nos casos envolvendo a gestão de áreas e instalações do porto organizado, o legislador sujeitou a escolha do titular à obrigatoriedade do procedimento das licitações, condicionando os respectivos contratos de arrendamento à obrigatoriedade ainda de adoção de determinadas cláusulas próprias ao poderes exorbitantes⁸⁸.

⁸⁷ MILLER, Thiago Testini de Mello. Direito portuário: regulação e trabalho na Lei. 12.815/13. São Paulo: All Print, 2015. p. 45.

⁸⁸ MILLER, Thiago Testini de Mello. Direito portuário: regulação e trabalho na Lei.

Outro importante evento na história do marco regulatório portuário fora a criação da agência reguladora setorial, em 05 de junho de 2001, por intermédio da Lei nº 10.233, denominada Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq).

A partir da edição dessa norma, o Estado passa a ter uma forma independente e setorial para regulação da atividade econômica portuária, por meio de uma agência reguladora de Estado e não de governo.

Não menos importante é destacar o papel fundamental do Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte (Conit), regulamentando pelo Decreto n. 6.550/2008, alterado pelo Decreto nº 7.789/2012 com suas competências atribuídas nos arts. 5º ao 7º-A da Lei n. 10.233/2001.

Castro Junior traz à tona a importância do Conit na regulação dos transportes, portos e no desenvolvimento econômico portuário. Destaca a necessária participação do respectivo conselho para a eficiência não somente no setor portuário como na infraestrutura de transportes nacional.

Em face disso, as políticas de desenvolvimento, diretrizes, objetivos dos sistemas viários, políticas de apoio, coordenação e promoção da competitividade tornaram-se inócuas diante do não funcionamento do Conit.

Neste sentido, Castro Junior expõe as mazelas ocorridas em virtude do Conselho Nacional de Integração de Políticas Públicas de Transporte (Conit) não ter funcionamento eficaz até os dias atuais:

Sustenta-se que grande parte dos problemas da infraestrutura, que não permitem uma logística brasileira eficiente, decorre do não funcionamento do Conit. Tal problema ocorre porque a demanda logística exige soluções multimodais, de modo que deve ser compreendida como um sistema, com um todo conexo, interligado de forma eficaz e sustentável⁸⁹.

Respeitados as legislações, resoluções e decretos que contribuíram para

12.815/13. São Paulo: All Print, 2015. p. 47.
⁸⁹ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 130.

a produção do marco regulatório portuário, cabe destacar outro fator histórico contemporâneo do setor: a reforma portuária.

Trata-se da reforma que decorre da promulgação da Lei n. 12.815/2013, que é uma importante renovação legislativa, embora sem grande debate no Congresso Nacional, que poderá ajudar o desenvolvimento portuário no futuro, desde que seja reduzido o déficit institucional do setor, especialmente ineficácia da regulação setorial.

Entretanto, novos problemas e paradigmas surgiram, inclusive acerca da influência econômica dos grupos de interesse da iniciativa privada no governo e na Antaq, em face da falta de incentivo e de organização dos usuários, aliada à ampliação da exploração portuária privada por meio de outorga de autorização sem fiscalização eficaz dos preços cobrados.

Os órgãos reguladores e fiscalizadores acabaram sofrendo grande influência desses grupos de interesses, que têm gerado externalidades negativas à economia, especialmente violação da previsibilidade e da modicidade.

Castro Junior sustenta que o problema não estava efetivamente na lei revogada - Lei n. 8.630/1993 - que carecia de alguns ajustes, mas sim na gestão portuária, problemas que ainda perpetuam, do seguinte modo:

Vários problemas que provocaram a Reforma Portuária, que se deu a partir da edição da MP nº 595/2012, convertido no PLC nº 9/2013 e, posteriormente, na Lei nº 12.815/2013; Decretos nº 7.680/2012 – cria a Comissão Nacional para assuntos de Praticagem (CNAP) e nº 7.681/2012 – cria a Comissão Nacional das Autoridades nos Portos (Conaportos), sob coordenação da Secretaria de Portos da Presidência da República, e nº 8.033/2013 decorreram, mais da omissão ou ineficiência da Antaq, da SEP, do Congresso Nacional e do governo federal, na regulação do setor portuário, do que do marco regulatório anterior a reforma⁹⁰.

Pontualmente observada pelo autor, à mudança legislativa se dera mais

⁹⁰ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 130.

pela omissão e ineficiências dos órgãos estatais e interferência externa no setor regulado, do que propriamente na edição de nova lei. Acredita-se que fora necessária a reforma portuária diante da má prestação de serviços públicos e da inibição de investimentos privados causados pelo Decreto n. 6.620/2008.

Com efeito, a nova Lei n. 12.813/2013 trouxe um modelo centralizador do sistema portuário, ao ponto de deixar clara a necessidade da interferência econômica no setor portuário, bem como delinear que atividade portuária é um serviço público. Neste aspecto, José Carlos Higa de Freitas comenta:

Atualmente, o quadro normativo estabelecido pela Lei n.º 12.815, de 05 de junho de 2013, estabelece claramente um modelo centralizador do planejamento do sistema portuário nas figuras da agência nacional de transportes aquaviários e na secretaria especial dos portos, determinando regimes jurídicos distintos para terminais portuários localizados dentro e fora do porto organizado sem considerar que a forma de exploração portuária possui características diferentes conforme o tipo de carga movimentada e seu respectivo mercado econômico e que a atividade portuária deve ser considerada um serviço público⁹¹.

Por fim, destaca-se que o marco regulatório do setor portuário possui vasta legislação, como leis, decretos e resoluções. Não obstante, é necessário, efetivamente, que cada instituição exerça o seu papel com eficiência, proporcionando o desenvolvimento econômico, por meio do fortalecimento do Estado, dos prestadores de serviços e dos usuários de maneira isonômica e justa, com o fim de refletir em segurança jurídica.

Neste viés, finaliza Castro Junior, ao refletir que o mais importante não é a quantidade de normas, e sim a efetividade do marco regulatório que possibilite que o regulador ocupe o espaço dominado pela captura, com o objetivo de prestigiar o interesse público:

Ademais, os problemas do setor demandam soluções que decorrem mais de interpretação e aplicação de normas, do que

⁹¹ FREITAS, José Carlos Higa de. Novo Marco Regulatório do setor portuário: forças econômicas e construção histórica. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br>> Acesso em: 23 fev.2016.

da falta dessas. O regulador ainda não ocupou os espaços regulatórios que foram deixados pelo marco regulatório a serem ocupados pelo interesse público⁹².

Neste aspecto, cabe ao legislativo e ao judiciário proporcionar ambiente favorável, sem interesses políticos, com a condução de profissionais preparados tecnicamente com conhecimento de gestão portuária na busca de resultados eficazes no setor regulado.

2.3.1 Serviços públicos prestados pelo terminal arrendado

Os serviços públicos prestados pelo terminal arrendado decorrem de licitação pública por força do art. 4º da Lei n. 12.815/13, ou seja, o arrendatário precisa se submeter a um processo licitatório, que conterà as regras do jogo e quais os termos contratuais a serem submetidos ao arrendatário.

Ao passo que o vencedor do certame estará sujeito a um contrato administrativo celebrado com o concessionário, a minuta contratual fixará direitos e obrigações de ambas as partes, bem como o objeto contratual e a forma de remuneração dos serviços, através de tarifa.

Portanto, o objeto contratual será o tipo de atividade a ser exercida pelo arrendatário e a remuneração dos serviços será a contrapartida pelo serviço público executado, compreendendo o investimento particular no negócio e a manutenção do serviço público prestado.

A previsibilidade e a segurança jurídica são fundamentais em um contrato deste vulto, devendo fixar os métodos de reajustes da tarifa e eventual necessidade do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, por intermédio de uma revisão contratual.

Com efeito, o procedimento licitatório e o contrato administrativo, firmado entre o concessionário e arrendatário, fixam, de maneira cristalina, o objeto contratual e as formas de remuneração, reajustes e revisão tarifária, conforme relata

⁹² CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 94.

Aline Guimarães Diógenes:

Verifica-se, portanto, que há diversos fatos na execução do contrato de concessão que podem causar o seu desequilíbrio econômico-financeiro. Daí a importância de se estabelecer nos editais, bem como nos respectivos contratos, cláusulas e mecanismos de revisões periódicas e extraordinárias, bem como os eventos abrangidos por cada uma delas. Isso se torna ainda mais importante nos casos dos arrendamentos portuários operacionais, tendo em vista que os valores estabelecidos inicialmente nos contratos são definidos a partir de projeções de Fluxo de Caixa de períodos demasiadamente extensos, e, dessa forma, passíveis de alteração ao longo do contrato, necessitando, assim, o correspondente reequilíbrio⁹³.

Assim sendo, a legislação concernente às licitações e aos contratos de arrendamento portuário exige cláusulas específicas, visando não repetir erros do passado. Desta forma, o novo marco regulatório portuário fixou tais parâmetros, por intermédio da Lei nº 12.815/2013 e do decreto regulamentador - Decreto nº 8.033/2013.

A Lei nº 12.815 estabelece, em seu art. 5º, as cláusulas essenciais do contrato de arrendamento portuário, que deverá ser precedido de licitação, consideradas obrigatórias:

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

I - ao objeto, à área e ao prazo;

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

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

⁹³ DIÓGENES, Aline Guimarães. Reajustes e revisões nos contratos de arrendamentos portuários operacionais de uso público: o caso da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). Brasília: 2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

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

V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

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

VII - às responsabilidades das partes;

VIII - à reversão de bens;

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

X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;

XI - às garantias para adequada execução do contrato;

XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

XIII - às hipóteses de extinção do contrato;

XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;

XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;

XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;

XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XVIII - ao foro.

§ 2º Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.

Já o Decreto n. 8.033/2013 define alguns pontos relevantes, como o (i) prazo de arrendamento de 25 anos prorrogáveis uma única vez por igual período (art.19) e (ii) que a expansão de área ensejará a revisão de metas e tarifas contratuais visando à eficiência nos termos do seu art. 24, parágrafo único.

Neste contexto, a legislação atual possui elementos suficientes para que o arrendamento portuário seja efetuado de acordo com os princípios da eficiência, segurança jurídica, modicidade e previsibilidade, cabendo aos órgãos fiscalizadores e regulamentadores uma participação efetiva para o equilíbrio necessário, quando houver desvios ou imperfeições no setor.

Nesta ótica, a tarifa tem papel basilar na relação tríplice de concessionário, arrendatário e usuário, haja vista que a mesma é instrumento mantedor do serviço, conforme ensinam Moreira e Guimarães:

A importância das tarifas como elemento central da economia dos contratos de natureza concessionária implica a necessidade de proteger essa grandeza econômica, de modo a que ela preserve sua essência durante toda a execução do contrato. Isso é importante, especialmente tendo em vista a natureza complexa desses ajustes contratuais e o longo prazo que sua execução demanda⁹⁴.

Por fim, um estudo da aplicação dos institutos reajuste e revisão tarifária são vitais para o entendimento da matéria e objeto em debate, em face da sua importância quanto à aplicação do princípio da previsibilidade nos contratos de arrendamento portuário.

⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Revisão e reajuste das tarifas na nova legislação portuária. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos marítimos e portuários: Responsabilidade Civil. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p.353.

2.3.1.1 Reajuste tarifário

Esse instituto difere da revisão tarifária, que será abordada nos tópicos subsequentes, inclusive com abordagem sobre a natureza jurídica de cada um. No primeiro caso, o reajuste tarifário tem como função manter as condições financeiras inicialmente pactuadas no contrato, o que normalmente é feito pela variação anual decorrente da inflação ou da deflação.

Moreira e Guimarães lecionam sobre o tema:

O reajuste diz respeito a alterações ditas nominais, que visam a preservar o valor real da tarifa em vista do fenômeno inflacionário. Grosso modo, a inflação pode ser conceituada com a queda do poder de compra da moeda correspondente aumento do nível dos preços; já a deflação é a redução do nível dos preços correspondente aumento do poder de compra da moeda.⁹⁵

Os autores esclarecem que a revisão tarifária, com base em índices e previsibilidade, reflete na segurança jurídica na relação regulador, concedente, concessionário, usuários e terceiros, e nos critérios transparentes que homenageiam o princípio da eficiência. Moreira e Guimarães estreitam o quão necessário é esta previsibilidade:

Assim, uma vez divulgado o índice pactuado no dia e mês preestabelecidos, todos (regulador, concedente, concessionário, usuários e terceiros) têm condições de saber qual será o reajuste. Tanto o índice quanto as fórmulas paramétricas são dados públicos de livre acesso⁹⁶.

Nesta sistemática, o reajuste visa manter o poder de compra nos moldes inicialmente contratados, sua aplicação ocorrerá anualmente, diante das mudanças inflacionárias que ocorrem neste período, considera como parâmetro os contratos

⁹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Revisão e reajuste das tarifas na nova legislação portuária. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos marítimos e portuários: Responsabilidade Civil. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p.354.

⁹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Revisão e reajuste das tarifas na nova legislação portuária. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos marítimos e portuários: Responsabilidade Civil. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p.356.

administrativos, que sofrem reajustes anualmente nos termos da Lei nº 10.192/2001 (arts. 2º e 3º).

De igual sorte, deve-se considerar que a natureza jurídica da tarifa, nos contratos de arrendamento, possui o condão de preço público, prestigiado pela doutrina e sedimentado pela jurisprudência. Neste sentido, comenta Castro Junior:

A natureza jurídica do preço público pago pelo usuário arrendatário é tarifa. O terminal é público e uso público, mesmo sendo administrado por ente privado. Não há o que discutir nesse sentido⁹⁷.

A análise e a homologação do reajuste das tarifas portuárias cabem a Antaq, que deverá comunicar previamente, no prazo de mínimo de 15 dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda, nos termos do inciso VII, do art. 27 da Lei n. 10.233/2001:

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

VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)

Antes da reforma portuária, a homologação das tarifas era atribuição do Conselho de Autoridade Portuária, que não era eficaz no exercício dessa competência e no combate às tarifas abusivas, conforme retrata Castro Junior:

Diante desse problema e da falta de controle das Cias. Docas sobre as tarifas, o governo federal resolveu centralizar todo o processo de reajuste de tarifas na Antaq, a fim de combater condutas oportunistas e tarifas abusivas⁹⁸.

Coube, assim, à Antaq, promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias. Dessa forma, a agência reguladora disponibilizou em seu sítio um

⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Revisão e reajuste das tarifas na nova legislação portuária. In: CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos marítimos e portuários: Responsabilidade Civil. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 337-338.

⁹⁸ CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p. 339.

manual para a solicitação de revisão tarifaria, definindo como obrigatórios os seguintes itens:

Quanto à sua formulação, as propostas poderão ser elaboradas de forma a reunir todas as informações e esclarecimentos considerados relevantes pelas Administrações Portuárias, mas deverão apresentar, no mínimo, os seguintes dados e demonstrações:

DEMONSTRATIVO DAS ALTERAÇÕES DOS CUSTOS OPERACIONAIS E DA EVOLUÇÃO DE ÍNDICES DE PREÇOS OU TARIFAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS, REGIONAIS OU NACIONAIS

A evolução de índices de preços ou tarifas servirá de referência para situar o reajuste tarifário no contexto da variação de outros preços públicos. Nesse caso, deverão ser apresentadas, no mínimo, as seguintes informações referentes ao período decorrido após o último reajuste da tarifa portuária:

- ☐ Reajuste salarial dos empregados da Administração do Porto;
- ☐ Reajuste da tarifa de energia elétrica;
- ☐ Reajuste da tarifa de água e esgoto;
- ☐ Reajuste da tarifa de outros serviços públicos regionais;
- ☐ Reajuste dos contratos de prestação de serviços de terceiros firmados pela Administração do Porto;
- ☐ Reajuste de preços dos combustíveis;
- ☐ Variação acumulada do INPC/IBGE;
- ☐ Variação acumulada do IPCA/IBGE;
- ☐ Variação acumulada do IGP-DI/FGV;
- ☐ Variação acumulada do Dólar Comercial.

As alterações dos custos ou das despesas operacionais servirão também de referência para análise e como indicador a ser considerado, entre outros, na avaliação do pleito de reajuste tarifário. Nesse caso, deverão ser apresentados os principais itens de custo ou despesa da Administração do Porto, indicando a sua participação no custo ou despesa total, a variação acumulada no período decorrido após o último reajuste tarifário, bem como seu reflexo na variação do custo

ou despesa total⁹⁹.

O índice definido no contrato administrativo é o parâmetro para o reajuste tarifário. Assim, a agência reguladora do setor precisa considerar todos estes fatores acima enumerados, para fins de noção real dos custos e cálculo do reajuste das tarifas, e estabelecer elementos mínimos para sua composição e motivação dos valores finais de reajuste tarifário a serem repassados ao usuário.

2.3.1.2 Revisão tarifária

A revisão tarifária é outro tema relevante do setor portuário, e possui natureza diferente do reajuste, que visa manter os valores inicialmente firmados no contrato. O procedimento para revisão tarifária é mais complexo, porque podem ser revistos e estabelecidos novos critérios diversos do contrato de arrendamento inicialmente fixado.

Para melhor compreensão do instituto, Moreira e Guimarães definem revisão tarifária nos seguintes termos:

A revisão significa o procedimento pelo qual se pretende emendar, corrigir ou aperfeiçoar a tarifa praticada. É o modo específico de disciplina e controle da tarifa durante todo o prazo contratual. Diz respeito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro sob seu aspecto substancial, com o exame e a reestruturação dos dados cuja combinação configurou a tarifa¹⁰⁰.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, por intermédio da revisão tarifária, significa que a experiência resultante do contrato reflete em uma análise mais precisa da execução dos serviços públicos.

A revisão tarifária é um instrumento fomentador da eficiência almejada pela administração pública e positivada no novo marco regulatório, pode ser de

⁹⁹ Antaq. Portal Tarifas. Disponível em <<http://antaq.gov.br>> acesso em 15.fev.2016.

¹⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Revisão e reajuste das tarifas na nova legislação portuária. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos marítimos e portuários: Responsabilidade Civil. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p.357.

forma periódica¹⁰¹ ou circunstancial. A primeira é fixada e prevista entre as partes pelo instrumento contratual. A segunda se dá por um fato extraordinário, cujos danos ao concessionário ou arrendatário demandam uma revisão.

O novo marco regulatório positivou na Lei n. 12.815/2013, como essencial nos contratos de arrendamento, a previsão e os critérios de revisão e reajuste da tarifa:

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:
(...)
IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

No que diz respeito às revisões extraordinárias, nem todo caso resultará na revisão tarifária. Há eventos que possibilitam ao arrendatário a precaução ou minimização dos riscos, por intermédio de outras fontes garantidoras de eventual dano que ocasione o desequilíbrio. Isso pode ser feito, por exemplo, através de seguro das instalações portuárias.

Aline Guimarães Diógenes comenta o assunto:

Cabe registrar, a respeito da ocorrência desses eventos supervenientes, que atualmente existem formas de o arrendatário, a suas expensas, contratar seguros no mercado para cobrir o impacto negativo gerado sobre a execução contratual, de maneira que nem sempre haverá necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹⁰².

Neste sentido, a revisão deverá ser dotada de elementos suficientes para uma reanálise do contrato e ou eventual caso extraordinário para compor a revisão tarifária, visto que a falta de critérios específicos pode ocasionar uma afronta à

¹⁰¹ MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Revisão e reajuste das tarifas na nova legislação portuária. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos marítimos e portuários: Responsabilidade Civil. São Paulo: Aduaneiras, 2015. p.357.

¹⁰² DIÓGENES, Aline Guimarães. Reajustes e revisões nos contratos de arrendamentos portuários operacionais de uso público: o caso da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). Brasília: 2011. Disponível em:< <http://portal2.tcu.gov.br>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

eficiência e à modicidade tarifária.

Cabe, assim, a regulação da Antaq a fim viabilizar um processo justo e transparente no qual o arrendatário disponibilize todas as planilhas e informações para a recomposição. É relevante, ainda, é a participação do usuário neste processo, a fim opinar e esclarecer as particularidades do mercado regulado e as condições do usuário no pagamento da tarifa.

Afinal, este é um custo que afeta todos os segmentos, desde o concessionário, arrendatário, até o usuário, de modo que é imprescindível que a revisão tarifária seja implementada de maneira transparente, para que os cálculos reduzam ou acabem com eventual desequilíbrio econômico-financeiro. Neste aspecto, cabe a lição de Adão Paulo Ferreira:

A revisão depende de uma análise comparativa entre a equação econômico-financeira inicial e a existente após os eventos apontados pelas partes como ensejadores da revisão. Será este comparativo que demonstrará se houve desequilíbrio ou não. Constatado o desequilíbrio econômico-financeiro, a outra parte da revisão corresponde na análise do grau de responsabilidade de cada um dos envolvidos nos eventos que ocasionaram tal desequilíbrio¹⁰³.

Por fim, a revisão tarifária do novo marco regulatório veio para promover a eficiência e a concorrência do setor portuário, de modo que a simples concorrência da esfera privada não tem o condão proporcionar o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Ressalte-se que, uma das premissas da regulação econômica, é que sua intervenção ocorra quando a concorrência não for natural.

2.3.1.3 Regulação econômica das tarifas

Uma vez analisados o objeto relativo às formas de modificação dos valores da tarifa por intermédio do reajuste e da revisão, bem como sua natureza e elementos necessários para a composição, cumpre destacar outro importante instituto: a regulação econômica das tarifas.

¹⁰³ FERREIRA, Adão Paulo. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário. Dissertação. Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali. Itajaí: Univali, 2012, p. 102.

O que fazer quando o arrendatário não observa os parâmetros de reajuste e a revisão tarifária? Se o reajuste é abusivo e fere a livre concorrência ou há algum tipo de conluio na fixação da tarifa, como deve proceder o Estado para combater tal prática? Quais procedimentos a serem tomados?

Este é o papel da regulação econômica das tarifas, uma vez detectadas ilegalidades, na fixação das tarifas, cabe a intervenção do Estado para estabilizar o setor, função essa a ser exercida e atribuída agência reguladora - Antaq.

Notadamente o usuário está mais sensível às práticas abusivas diante da ineficácia da regulação setorial econômica, seja por não possuir estrutura organizacional suficiente para uma participação eficaz no controle social do reajuste e da revisão tarifária, seja por medo de represálias e ou falta de opções de outros serviços portuários, em face da inexistência de concorrência, quando há um monopólio.

Leonardo Vizeu Figueiredo apresenta algumas lições sobre regulação econômica:

Exercida com o fito de prevenir práticas abusivas, corrigir assimetrias informativas em defesa do consumidor, garantindo, ainda, o cumprimento das políticas públicas adotadas para o condicionamento do exercício do poder econômico por parte dos agentes de mercado¹⁰⁴.

A visão contemporânea de um Estado passa pelo ideal de eficiência nas condutas técnicas na regulação, concernente a intervenção do Estado quanto a praticas que resultem em domínio econômico, prejudicando o desenvolvimento econômico e a concorrência do mercado.

Ademais, a economia brasileira depende sobremaneira da movimentação portuária e, por sua vez, surge a necessidade de tarifas e preços praticados no setor que reflitam em efetividade dos princípios da previsibilidade e a modicidade, requisito essencial para o aumento da competitividade da cadeia logística.

¹⁰⁴ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 143.

Nesse quadro, assume relevância a regulação econômica, por meio do combate às tarifas e preços abusivos cobrados no setor portuário, portanto, aquela deve estar em sintonia com a CRFB/88, como garantia do desenvolvimento, da dignidade da pessoa humana e do bem-estar social, conforme ensina Luís Felipe Valerim Pinheiro:

A Reforma, por qual vem passando a Constituição Federal pátria, é fruto, em grande medida, desta tentativa de inserir um modelo de Estado que possa cumprir com suas competências de conteúdo social e garantir, como objetivo último, o desenvolvimento econômico da Nação, o qual se reverte em dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional e bem-estar social¹⁰⁵.

2.3.2 Serviços autorizados prestados por terminal de uso privado

O novo marco regulatório trouxe inovações que fulminaram debates quanto à natureza dos serviços autorizados pelo terminal de uso privado, em que pese o serviço ser executado pela iniciativa privada e fora do porto organizado, a sua natureza é de atividade econômica de interesse público.

O debate no Direito Portuário até então, conforme pareceres de 13 juristas solicitados pela ABRATEC¹⁰⁶, entre eles Alexandre Santos de Aragão, Carlos Ari Sundfeld e Marçal Justen Filho, era se a prestação de serviço por terminal de uso privado poderia somente executar serviços de carga própria, o que acabou fulminado pela Lei nº. 12.815/2013 e pela revogação do Decreto n. 6.620/2008.

Pela nova norma, não há mais esta distinção de perfil de cargas, o que faz com que o terminal de uso privado possa operar tanto carga própria, como carga de terceiro.

Antes da promulgação do novo marco regulatório, a disputa entre

¹⁰⁵ PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O devido processo legal e o processo administrativo. Biblioteca Digital Fórum Administrativo. Direito Público. Belo Horizonte: ano 2, n.20. out. 2002.

¹⁰⁶ ABRATEC, Associação Brasileira dos Terminais Públicos de Contêineres. Regulação Portuária e Concorrência. Terminais de Uso Público e de Uso Privativo Misto Pareceres Jurídicos e Econômicos Relativos à ADPF nº139. Rio de Janeiro: ABRATEC. 2009.

arrendatário e terminais de uso privado era acirrada, porque o autorizatário somente poderia movimentar carga própria, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal, através da ADPF nº 139.

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 139 fora impetrada pela ABRATEC, pleiteando o reconhecimento de que a Constituição veda a autorização para exploração de terminais privativos de contêineres por empresas que não disponham de carga própria em quantitativos que justifiquem o empreendimento.

A arguição acabou por ser arquivada após a edição da Nova Lei dos Portos, conforme decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, a seguir:

Admite-se a impugnação de atos revogados por meio de ADPF (esta Corte já o fez, por exemplo, na ADPF 33, de minha relatoria, Plenário, DJ 27.10.2006), no entanto, no presente caso a alteração das normas legais de regência da matéria, somada à revogação ou profunda modificação dos atos impugnados, indica a perda de objeto do presente feito, ante a existência de um novo microssistema jurídico a cuidar do assunto, o que tem o condão de alterar significativamente a própria questão constitucional debatida.

A Resolução nº 517/2005 – ANTAQ foi revogada pela Resolução nº 1.660/2010 – ANTAQ, rerratificada pela Resolução nº 1695/2010 – ANTAQ e posteriormente alterada pela Resolução nº 2.192/2011 - ANTAQ.

A Lei 8.630/1993 foi revogada, e os arts. 43 e 44, da Lei 10.233/2001, foram alterados pela Medida Provisória nº 595/2012, convertida na Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Inviável, desse modo, a pretensão da requerente, no sentido de fixar a interpretação dos dispositivos constitucionais mencionados para alterar a interpretação conferida pela ANTAQ nas autorizações dos processos administrativos impugnados, referentes às legislações infraconstitucionais que regulavam a exploração de terminais portuários de uso privativo, por perda superveniente de objeto, conforme entendimento consolidado desta Corte: “A revogação superveniente de ato normativo impugnado prejudica a ação direta de inconstitucionalidade, independentemente da existência de efeitos residuais concretos. Esse entendimento jurisprudencial do Supremo

Tribunal Federal nada mais reflete senão a própria natureza jurídica do controle normativo abstrato, em cujo âmbito não se discutem situações de caráter concreto ou individual". (ADI nº 3272, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 16.12.2013).

Ante o exposto, julgo prejudicada a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, em razão da perda superveniente de seu objeto (art. 21, IX, RISTF). Fica prejudicado o exame da medida liminar.

Publique-se.

Brasília, 11 de fevereiro de 2013.

Ministro GILMAR MENDES - Relator¹⁰⁷.

Assim, a prestação dos serviços e as características do terminal de uso privado equiparam-se ao controle normativo dos serviços públicos. O legislador, ao definir terminal de uso privado na Lei n. 12.815/2013 (§2º, inciso IV), como instalação portuária, categoricamente, inseriu nos pressupostos e diretrizes do art. 3º da citada lei, a modicidade das tarifas e os preços praticados ao usuário bem como fulminando o debate no âmbito do STF.

2.3.2.1 Regulação econômica dos preços

Com a previsão normativa, o novo marco regulatório determina que o terminal de uso privado deva respeitar as diretrizes da modicidade e da publicidade das tarifas e preços, da concorrência, da qualidade dos serviços e os direitos dos usuários. Portanto, por força de lei, existe a possibilidade da regulação econômica de preços no terminal de uso privado.

Desta forma, por via de consequência das competências, caberá à Antaq intervir para evitar e punir práticas abusivas e nas falhas de mercado no âmbito do terminal de uso privado, haja vista o dever de garantir condições de concorrência igualitárias com arrendatários e serviço de interesse público.

O valor do interesse público tem como pressuposto a proeminência da coisa pública. O poder público deve prestigiar à regulação de preços, à sustentabilidade econômica e à continuidade da prestação do serviço.

¹⁰⁷ Supremo Tribunal Federal. ADPF 139 Pernambuco. 11/02/2013. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 abr. 2016.

Nesse tópico, Paulo Márcio da Cruz revela que o novo Contrato Social com o poder público não existe como simples resultante dos interesses privados:

Para a necessidade de um novo Contrato Social, tem-se como ponto de partida a insuficiência do postulado da proeminência da coisa pública: O Poder Público não existe como simples resultante dos interesses privados, mas supõe um pacto social – ou Contrato Social – hígido que preceda e sobrepeça todos os contratos particulares.¹⁰⁸

Por fim, a dicotomia interesse público versus interesse privado pode configurar tanto a coletividade como indiretamente um indivíduo, como o usuário. Carlos Ari Sundfeld faz uma reflexão neste sentido:

Realmente, sabendo que o direito público regula interesses privados! A doutrina, a partir daí, costuma se desviar, pondo-se a discutir, de acordo com a visão de cada pensador e se esquecendo completamente das norma jurídicas, o que é interesse público e o que é interesse privado: um dirá que interesse público é o que afeta toda a sociedade e não o indivíduo isoladamente, outro que o interesse público afeta preponderantemente a sociedade, embora possa interessar indiretamente o indivíduo.¹⁰⁹

Sintetizando o presente capítulo, conclui-se que a regulação setorial independente possui dispositivos no marco regulatório suficientes para uma regulação eficaz de tarifas e preços no setor portuário. O reajuste tarifário, normalmente aplicado anualmente, visa manter as condições inicialmente contratadas de acordo com a perda inflacionária do período, já a revisão tarifária visa estabilizar algum desequilíbrio econômico financeiro não previsto contratualmente.

Nesta esfera, a revisão e o reajuste tarifário, no âmbito do serviço público portuário, devem ser homologados pela agência reguladora Antaq. Quanto ao autorizatário, apesar de não precisar submeter o aumento de preços à homologação da agência reguladora, uma vez detectado que houve abuso e desrespeito à modicidade dos preços, cabe à Antaq intervir, como órgão regulador, concernente a

¹⁰⁸ CRUZ, Paulo Márcio da. Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: Univali, 2011. p.38.

¹⁰⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p. 140.

atividade portuária para punir a conduta abusiva.

A seguir, será feito o estudo das possibilidades e limites da modicidade e previsibilidade no setor portuário, através da análise crítica de casos envolvendo arrendatário que presta serviço público e, portanto, cobra tarifa do usuário, e de terminal de uso privado que presta serviço de interesse público e, dessa forma, cobra preço do usuário.

CAPÍTULO 3

POSSIBILIDADES E LIMITES DA MODICIDADE E PREVISIBILIDADE NO SETOR PORTUÁRIO: ESTUDO DE CASOS

O presente capítulo visa apresentar um estudo mais aprofundado e específico da modicidade de tarifas e preços e previsibilidade no âmbito portuário, incluindo jurisprudência no âmbito judicial e administrativo destes institutos, posicionamentos do Poder Judiciário, Tribunal de Contas da União e Antaq.

Precedentes da matéria visando explorar os direitos e responsabilidades dos usuários, concessionários, arrendatários e autorizatários, quanto à aplicação das tarifas e preços e quais são as possibilidades e os limites da modicidade e previsibilidade dos envolvidos.

O objetivo específico, como já informado na Introdução, é o estudo de casos que compreendem a análise de contratos, tarifas e preços aplicados por arrendatários e autorizatários. Assim, visa apresentar elementos para uma compreensão quanto à prestação do serviço público e de interesse público no que tange à efetividade da modicidade das tarifas e preços, bem como previsibilidade no Direito Portuário.

Os estudos de caso podem levar a um panorama real com elementos e dados trazido à tona, percentuais e serviços aplicados no âmbito portuário e como estes influem no custo final ao usuário e ao consumidor.

3.1 Modicidade

A modicidade dos preços e tarifas é tema de grande valia no setor regulatório, porque é estratégico para o acesso do usuário à prestação do serviço público ou de interesse público. Assim, visa proporcionar uma tarifa com valor adequado e justo quanto à aplicação do serviço prestado, com manutenção de lucro razoável ao prestador do serviço.

Por tal motivo é considerado princípio do Direito Administrativo, como os princípios da eficiência e da economicidade, almejados pela Administração Pública, notadamente, a prestação do serviço possui caráter capitalista, sendo um dos seus objetivo auferir lucro.

Por outro lado é um serviço público ou de interesse público, logo, a aplicação da tarifa deve estabelecer critérios para evitar lucros abusivos ou práticas que ferem a competitividade.

Vale destacar que, quanto à regulação da matéria, o árbitro que promover a fiscalização e a punição, se houver violação da modicidade, não pode ser o usuário ou o prestador do serviço, seja ele concessionário, arrendatário ou autorizatário. É preciso que seja um agente do Estado, imparcial e tecnicamente capacitado para regular a temática.

Desta maneira, no setor portuário, cabe à Antaq dirimir conflitos no mercado regulado e coibir imperfeições que desequilibram o mercado dos serviços portuários.

Neste cenário, a efetividade do princípio da modicidade tarifária possui papel fundamental na relação do serviço prestado ao usuário até o consumidor final. Além disso, uma vez que o usuário, ainda, não seja considerado consumidor da prestação do serviço, o produto movimentado no porto chegará ao consumidor final, que pagará os preços e tarifas praticados.

Nesta esteira, para fins de observância da modicidade tarifária e nos preços regulados por uma agência reguladora – Antaq, quando se trata de consumidor, até o PROCON poderá intervir, sendo legítima a sua intervenção quanto à defesa dos direitos dos consumidores. Desta forma, cabe mencionar julgado do

Superior Tribunal de Justiça relativo à legalidade de atuação do PROCON e acerca da importância das agências reguladoras:

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.541.742 - GO (2015/0162132-6) EMENTA PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. ARTS. 535 DO CPC, 51, 56 E 57 DO CDC E 2º DA LEI 9.784/99. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

(...)

3. "Sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Tal atuação, no entanto, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária." ¹¹⁰.

Com efeito, o Ministro-Relator retrata que as atribuições das agências reguladoras transcendem a questão do direito do consumidor, por se tratar de matéria que envolve serviço público, dentre eles, o da continuidade e universalização do serviço, preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e finalmente o da modicidade tarifária.

Já quanto à previsibilidade normativa do tema modicidade tarifária, o novo marco regulatório trouxe, de forma categórica, a importância deste instituto no setor portuário. Todavia, o princípio da defesa da concorrência (art. 170, inciso IV, da Constituição Federal) não tem sido observado no setor portuário, o que faz com que seja necessária a intervenção da agência reguladora para coibir o abuso do poder

¹¹⁰ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1138591 Rio de Janeiro. 22/09/2019. Relator: Min. Castro Meira. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 02 abr. 2016.

econômico do arrendatário e do autorizatário.

Para tanto, o legislador federal elencou diversos dispositivos que tratam do princípio da modicidade tarifária, tal como o art. 6º, da Lei de Concessão dos serviços públicos - Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995:

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

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

De igual sorte, a atividade portuária prestada no âmbito das instalações portuárias localizados no porto organizado possui natureza de serviço público, podendo ocorrer diretamente como indiretamente, ou seja, tanto a concessão quanto o arredamento possuem natureza de serviço público.

Concernente ao presente tema, o Supremo Tribunal Federal já debateu o tema, não havendo divergência entre os Ministros, quanto ao caráter de serviço público prestado pelo concessionário e arrendatário. Colhe-se trecho do respectivo acórdão, em temática envolvendo o Porto de Suape e a Antaq:

Vê-se, portanto, que os serviços prestados no âmbito das instalações portuárias possuem, claramente, índole de serviço público federal, de sua competência privativa, que pode ser prestado direta ou indiretamente¹¹¹.

Uma vez superada a questão quanto à previsão normativa da modicidade tarifária, vez que o serviço prestado pelo arrendatário ou concessionário resulta em contraprestação denominada tarifa, é cristalino que este possui natureza de serviço público, resta conceituar e compreender a modicidade tarifária.

Conforme a legislação supracitada, a modicidade tarifária encontra-se

¹¹¹ Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.549-7 Pernambuco. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgado em 30/06/2006. Diário da Justiça 10/08/2006. Disponível em: <www.stf.jus.br> . Acesso 14 mar. 2016.

abrangida dentro do conceito de serviço adequado, ou seja, a tarifa deve ser condizente com o serviço prestado, de modo que possa viabilizá-lo com o valor suficiente para prestação do serviço.

Assim sendo, a fixação e atualização da tarifa devem ser pautadas em critérios que não a tornem excessivamente onerosa ou que impeça o usuário do acesso ao serviço. Aliás, é fundamental destacar que, em relação ao serviço prestado, o usuário é peça vital, tal como leciona Pereira ao tratar da modicidade tarifária na remuneração do serviço e a importância do usuário:

Esse princípio não significa que o serviço deva ser gratuito nem deficitário. A razão para a modicidade tarifária é a de que a remuneração pela prestação do serviço não pode ter dimensão que torne impossível ou excessivamente onerosa sua utilização. Se o usuário é instrumental para a realização dos valores subjacentes à instituição de um serviço público, não há sentido em que o montante das tarifas impeça, em termos práticos, o seu acesso ao serviço¹¹².

Nesta concepção, a fixação da modicidade tarifária compreende o conceito de serviço adequado, onde a prestação do serviço resulta em tarifas módicas ao usuário, ao passo que não inviabilize o serviço ou torne abusivo o seu custo. Assim, cabe ao poder regulador intervir para o equilíbrio econômico necessário, incentivando e planejando as atividades econômicas.

Isto se deve ao fato que o poder regulador tem competência mais ampla do que a função estabilizadora, e possui caráter redistributivo na mediação de interesse interno regulado. Nesta toada, ensina Floriano de Azevedo:

Neste sentido, temos que a atividade regulatória estatal não envolve apenas uma função estabilizadora (preservar o equilíbrio do mercado), mas compreende também alguma função redistributiva. Tanto é assim que o texto constitucional (art. 174), ao prever o papel do Estado como ente normativo e regulador da atividade econômica, lista dentre suas

¹¹² PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos. In: Revista Brasileira de Direito Público, n.15, out. 2006.

incumbências a função de incentivar e planejar atividades econômicas, o que dá à regulação uma conotação muito mais ampla do que a simples "correção de falhas de mercado". Porém, é importante que se repita, esse caráter redistributivo (ou, como prefiro, de consecução de objetivos públicos extrassistema econômico) coloca-se pela regulação a partir de uma perspectiva de mediação de interesses e de busca de equilíbrio interno ao sistema regulado¹¹³.

Em que pese o tema comportar posicionamento dominante na doutrina e na jurisprudência, no sentido de que a remuneração paga pelo usuário pelo uso de serviço público ter a natureza jurídica de tarifa, e que essa deve abranger serviço adequado e sofrer a incidência da modicidade tarifária, há julgado do TCU que diverge de tal posição.

Assim, a fim de evitar equívocos na juridicidade (produção, interpretação e aplicação) desse instituto, cabe uma análise crítica do pensamento minoritário insculpido no julgado do TCU a seguir mencionado, que dever ser questionado, para evitar desvios hermenêuticos.

O Tribunal de Contas da União, por intermédio do seu presidente, o Ministro Aroldo Cedraz, acabou modificando o conceito de tarifa no serviço público portuário, ao trazer uma inovação jurídica da qual se diverge, no sentido que há tarifa somente entre concessionário e arrendatário e não entre arrendatário e usuário.

Para o Ministro Aroldo Cedraz, entre arrendatário e usuário há uma espécie de preço, porque há preços livres, da seguinte forma:

116. Embora o novo marco regulatório tenha instituído o regime de tarifas para situações nas quais seja necessária a fixação de limites de preços, não foi eliminada a possibilidade de remuneração por preços livres, nas situações em que não houver impeditivos suficientes à concorrência. Não se exige que todos os serviços portuários prestados por arrendatários, em qualquer situação, sejam remunerados por tarifas fixadas pelo ente público. Tendo em vista o disposto na Lei

¹¹³ NETO, Floriano de Azevedo Marques. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. In: Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n.100, jun. 2009.

12.815/2013 e no Decreto 8.033/2013, os dispositivos da Resolução Antaq 2.240/2011 relativos a preços e tarifas não se mostram incompatíveis com o marco regulatório atual¹¹⁴..

Conclui o relator que o novo marco regulatório - Lei n. 12.815/2013, o valor da tarifa cobrada do usuário, pelo arrendatário, não é necessariamente tarifa e, portanto, não deve ser homologada pelo órgão regulador.

Porém, em alguns casos, ao contrário do que dispõem o marco regulatório do setor portuário e o Direito Administrativo Econômico, o Ministro Aroldo Cedraz entende que não se aplica preços teto, desde que seja caso onde não seja “socialmente necessário”, vejamos:

117. Em suma, além de prever as tradicionais ‘tarifas portuárias’, cobradas pela Autoridade Portuária, o marco regulatório da Lei 12.815/2013 passou a denominar de tarifa o valor cobrado pelo operador portuário, quando este valor for previamente fixado pelo ente regulador, decisão a qual deverá ser regularmente fundamentada e motivada. Continua sendo permitido a cobrança de preços livres, nas situações em que o estabelecimento de preços teto não se fizer socialmente necessário. O entendimento segundo o qual a Lei 12.815/2013 teria extinguido o regime de liberdade de preços, exigindo-se a fixação de tarifas-teto para todos os arrendatários configura interpretação extensiva e incompatível com o princípio da proporcionalidade, em suas diversas concepções¹¹⁵.

Este foi o relatório do Tribunal de Contas da União, quanto à fixação de tarifas limite-teto aos terminais arrendados, contudo, deve-se ressaltar que não fora o posicionamento unânime dos Ministros, tal como o voto revisor, quanto à matéria, especialmente a análise do Ministro Bruno Dantas.

¹¹⁴Tribunal de Contas de União. TC 029.083/2013-3. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão 06/05/2015. Código eletrônico na página TCU na internet: AC-1077-16/15-P. Disponível em:<www.portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹¹⁵Tribunal de Contas de União. TC 029.083/2013-3. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão 06/05/2015. Código eletrônico na página TCU na internet: AC-1077-16/15-P. Disponível em:<www.portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2016.

O voto revisor destaca não ser admissível adoção de liberdade tarifária para terminais arrendados. A importância da política tarifária em serviços concedidos bem como a justa remuneração, deve preponderar, preservar e garantir a modicidade tarifária, inclusive em face da notória assimetria de mercado brasileiro, vejamos:

25. Ao abrir mão de uma interpretação mais intervencionista, destaco, todavia, não ser admissível a adoção da liberdade tarifária para os terminais a serem arrendados sem a devida motivação por parte do poder concedente.

26. A política tarifária de um serviço concedido é questão vital da modelagem da desestatização, seja ela uma política de liberdade, seja de regulação.

27. A tarifa é meio de promover a justa remuneração do concessionário e, concomitantemente, de garantir a modicidade tarifária, razão pela qual deve ser tratada com a devida importância, sobretudo em um mercado demasiadamente complexo, cheio de nuances e marcado, a meu ver, por elevadas assimetrias informacionais e que carece de um ambiente de maior concorrência.

28. A possibilidade de livre negociação de preços entre as partes não deve anular os princípios norteadores das leis que regem os processos de desestatização, dentre os quais o da modicidade tarifária¹¹⁶.

Neste aspecto, apesar de voto vencido, o posicionamento do Ministro Bruno Dantas se alinha com as particularidades da efetividade adequada do marco regulatório que possibilitem garantir a defesa do usuário e da concorrência no desequilibrado e complexo setor portuário.

Destaca-se que o serviço prestado pelo arrendatário é um serviço público, logo, deve ser remunerado por tarifa paga pelo usuário, com previsão legal no ordenamento jurídico quanto ao conceito de tarifa no serviço público. Aliás, a política tarifária tem fundamento constitucional.

¹¹⁶Tribunal de Contas de União. TC 029.083/2013-3. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão 06/05/2015. Código eletrônico na página TCU na internet: AC-1077-16/15-P. Disponível em:<www.portal.tcu.gov.br>. Acesso em: 10 mar. 2016.

Aos usuários dos serviços portuários é necessário praticas governamentais que coíbam lucros abusivos e o desrespeito à modicidade tarifária.

Portanto, reflete a importância que deverá tratar o TCU sobre a matéria, que poderá ensejar o aumento da prática de tarifas abusivas e da afronta à modicidade tarifária no setor portuário.

Desta forma, é que se mantido tal posicionamento do TCU, o arrendatário será duplamente beneficiado, uma vez que poderá invocar a modicidade tarifária do concessionário, por deter o monopólio do conceito de tarifa no âmbito portuário, quanto ao usuário, o arrendatário estabelecerá preços livres.

Praticas abusivas de preços livres já resultaram em prejuízos ao usuário, sendo repudiada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, intitulada de “cheque em branco” em processo relatado pelo Desembargador Silvio de Arruda Beltrão, cuja ementa será adiante transcrita.

Dessa forma, são cristalinos os efeitos prejudiciais pelo não estabelecimento de limites às tarifas reajustadas pelo arrendatário, tal como se verifica em caso envolvendo usuário e o Tecon SUAPE, arrendatário do Porto de Suape, a seguir transcrito:

Contudo, vê-se nitidamente que a empresa estatal (SUAPE) delegou mais poderes e direitos à TECON SUAPE S/A. do que o Estado de Pernambuco recebeu do poder concedente e titular dos serviços públicos (União), por força do convênio firmado para a exploração do Porto de Suape, já que não descumprido a expressiva e inescusável dicção do aludido ato administrativo, de que os serviços portuários prestados, tudo em conformidade com a legislação vigente e sob controle da União, tendo-se em conta sempre e necessariamente os custos e as condições do mercado, típicos do necessário equilíbrio econômico-financeiro da atividade, o arrendamento pactuado foi além do legalmente previsto e do que seria possível pelo convênio legitimador de sua existência, por que concedeu um verdadeiro “cheque em branco” a empresa privada não só se livrar da fiscalização do Ente concedente, como também a praticar, ao seu único e exclusivo critério e talante, os valores cobrados dos eventuais usuários do serviço público. (Apelações Cíveis nº 0115015-6, 0115016-3, 0115017-0,

0115018-7, Rel. Desembargador José Henrique Coelho Dias da Silva. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Tribunal de Justiça de Pernambuco, julgado em 14/04/2011, DJ 14/02/2012)

Assim, a prestação paga pelo serviço público portuário prestado por arrendatário tem natureza jurídica de tarifa, portanto, deve observar, para fins de reajuste: (i) o índice do contrato de arrendamento; (ii) ser homologado e fiscalizado pela Antaq.

Além disso, a tarifa deverá ser módica ao usuário, e consistir numa aplicação de remuneração necessária para a preservação e manutenção de serviço adequado na busca de resultado ótimo, garantindo lucro razoável ao prestador do serviço.

Nos próximos tópicos, serão abordados casos concretos que comprovam a importância da modicidade tarifária, seja no arrendamento portuário, por intermédio de estudo dos casos Libra Terminal Rio S.A e APM Terminals, seja pela análise de caso envolvendo o autorizatário Portonave, em Navegantes, Santa Catarina, que é um terminal de uso privado.

3.1.1 No arrendamento portuário

3.1.1.1 Caso Libra Rio

A empresa Libra Terminal Rio S.A é arrendatária do Porto do Rio de Janeiro, por intermédio do Contrato C-DEPJUR nº 010/98 no ano de 1997, celebrado com a Companhia Docas do Rio de Janeiro, bem como seus respectivos termos aditivos.

Dentre os vários termos aditivos realizados, durante a vigência contratual, chama a atenção o termo de número C-SUPJUR nº. 025/2005, de 15 de abril de 2005. Esse aditivo inclui nas definições da cláusula primeira do contrato de arrendamento os seguintes incisos:

XXXI – Tarifas Portuárias: taxas cobradas pela CDRJ como contrapartida pelo uso da infraestrutura portuária e pela prestação de serviços de uso comum;

XXXII – Preços: aqueles cobrados pela Arrendatária em função de serviços prestados aos usuários nas áreas e instalações portuárias.

Como já mencionado, a natureza jurídica da remuneração paga pelo usuário ao arrendatário pelo uso de serviço público portuário é tarifa. Portanto, a mudança dessa natureza jurídica para preço é uma ilegalidade, especialmente quando se dá por meio de aditivo ao contrato de arrendamento celebrado entre o arrendatário, interessado na alteração, e a concessionária.

Assim, um termo aditivo não pode modificar regime jurídico próprio de serviço público e, dessa forma, violar a Constituição Federal, o edital do certame licitatório e a legislação vigente.

O posicionamento do TCU, se acolhido pela Antaq, poderá dar fundamento jurídico para que o arrendatário efetue o reajuste abusivo das tarifas, com fundamento de que este não se submete ao teto tarifário decorrente da aplicação do índice do contrato, bem como à homologação do ato administrativo pela Antaq, porque se trata de preço e não tarifa.

Tal argumento foi usado pelo Libra Terminal Rio para reajustar as tabelas de serviços básico a partir de 13 de janeiro de 2014, substituindo a tabela vigente desde 01 de julho de 2012, com os novos valores decorrentes deste lapso temporal, período que compreende 1 (um) ano e 06 (seis) meses.

O IGP-M acumulado no período foi de 10,25%, o que corresponde à perda real inflacionária ocorrida durante o período acima (01.07.2012 a 13.01.2014). Neste cenário, logicamente é justo recompor os valores do período, visando manter o equilíbrio econômico das condições inicialmente contratadas.

Todavia, a Libra Terminal Rio efetuou um reajuste abusivo que chegou a 490% no período compreendido. À título exemplificativo, vale transcrever um resumo comparativo dos principais itens que compõem a diferença informada.

Na armazenagem de Importação, ou seja, item 1.6 da tabela – valor

mínimo – por contêiner H/H, 2º período e subseqüentes: i) em julho de 2012 o contêiner de 20 pés custava R\$ 675,02 e o de 40 pés R\$ 1.012,53. Já a tabela com o reajuste de tarifa de ii) 13 de janeiro de 2014, os valores foram, de 20 pés igual a R\$ 1.546,58 e 40 pés igual a R\$ 2.319,86, resultando em reajustes de 129,10% e 129,11% respectivamente.

Ademais, no serviço recebimento/entrega de carga em regimes especiais, ou seja, item 6.2, que trata da liberação em regime DTA – Contêiner, tinha os valores no ano de 2012 para 20 pés R\$ 891,72 e para 40 pés equivalente a R\$ 977,32 atualizado em 2014 para 20 pés e 40 pés o valor unificado de R\$ 1.100,00.

Por fim, o item 6.4 Liberação em regime DTA-Pátio para os contêineres de 20 pés e de 40 pés era o valor de R\$ 818,04 que foi reajustado em janeiro de 2014 para R\$ 1.777,54 para os dois tamanhos de contêiner.

Assim sendo, a variação destes itens supera abusivamente o percentual de 10,25% do IGP-M do período, demonstrado que a arrendatário usou métodos discricionários na composição destes valores, reajustando de forma ilegal a tarifa para o usuário, com o argumento de que o arrendatário cobra preço e não tarifa.

Uma vez que o concedente delegou para a autoridade portuária o direito de celebrar contrato de arrendamento com arrendatário, para que esse explore área da União, dentro do porto organizado, prestando serviço público, o usuário paga tarifa e não preço ao arrendatário. Assim, um termo aditivo não pode alterar a natureza de serviço público.

Muito embora o próprio contrato de arredamento portuário descreva no inciso I, dá clausula trigésima quarta, que o usuário paga tarifa e não preço, já a cláusula sexta dispõe que a modalidade do terminal é de uso público.

A análise de Castro Junior do caso Libra Terminal Rio revela a abusividade do reajuste praticado pelo arrendatário, vejamos:

A Libra efetuou o reajuste como se fosse terminal de uso privado, que não precisa de ato administrativo (homologando no mínimo). A Libra sustenta, equivocadamente, que os valores

praticados por ela são PREÇOS e nós entendemos que são PREÇOS PÚBLICOS, qual sejam TARIFAS¹¹⁷.

Neste contexto, houve intervenção da Antaq quanto aos itens elencados, em virtude do reajuste abusivo mencionado, cuja decisão deixa claro que a empresa Libra Rio presta serviço público e deve se submeter a ato homologatório da agência reguladora, na fixação da tarifa, portanto, determinando a suspensão imediata das tarifas apresentadas, da seguinte forma:

EDITAL DE NOTIFICAÇÃO/2014

O DIRETOR-GERAL SUBSTITUTO DA AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS - ANTAQ, no uso da competência que lhe é conferida pelo artigo 20, inciso II, alínea b, c/c artigo 27, inciso IV da Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001, e pelo artigo 54, inciso IV do Regimento Interno da ANTAQ, NOTIFICAR a arrendatária do Porto do Rio de Janeiro Libra Terminal Rio S.A., inscrita no CNPJ sob o nº 02.373.517/0001-51, para que:

- a) suspenda imediatamente da Tabela de Serviços Básicos Libra Terminais Rio, vigente desde 13/01/2014, o reajuste dos itens listados no Anexo A da presente Notificação, bem como limite a 10% a diferença entre as faixas dos valores cobrados para os períodos de armazenagem;
- b) encaminhe para análise desta Agência as premissas que motivaram os reajustes nos citados itens da tabela de preços;
- c) não emita quaisquer cobranças aos exportadores e importadores por atrasos na liberação de mercadorias ocasionados pelo próprio terminal, bem como oriundas de omissões de atracação de embarcações.

O descumprimento do contido na presente Notificação sujeitará a arrendatária às sanções administrativas, nos termos da Resolução- ANTAQ nº 3.274-ANTAQ, de 2014.

MÁRIO POVIA¹¹⁸.

¹¹⁷ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. "Reajuste tarifário" terminal Libra Rio 2014: Reforma Portuária para valer?. Disponível em:<www.uprj.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹¹⁸ Antaq. Edital de Notificação 2014. Diário Oficial da União – Seção 3. p. 4. Nº38 24 de fev. 2014.

Por fim, situação semelhante cometeu o arrendatário Tecon Rio Grande, cuja prática abusiva foi impugnada pelo Ministério Público Federal, vez que efetuou cobrança indevida de tarifa de armazenagem de carga pelo período de 15 dias e não por dia, o que causava enriquecimento ilícito do terminal.

O acórdão do Tribunal Regional da 4ª Região reformou a sentença de primeiro grau, declarando ilegal a cobrança da armazenagem por período, assim como a devolução dos valores pagos abusivamente, foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme trecho do relatório a seguir:

Compete então ao órgão regulador atribuir regime tarifário para o armazenamento de carga pátio, que, por se tratar de serviço efetivamente prestado pelos Portos, deve ser remunerado; porém, não nos mesmos termos e patamares da “tarifa de armazenagem de carga de 15 dias”. Tal fato deverá ser levado em consideração para a fixação do montante indenizatório pretendido pelo recorrido.¹¹⁹

Assim sendo, a análise do caso Libra Rio, inédito do ponto de vista de intervenção do Estado por meio de regulação setorial na efetividade da modicidade tarifária, comprova a necessidade da intervenção do poder regulador e se trata de uma vitória para os usuários do setor portuário.

Demonstra que, efetivamente, existem situações de assimetrias que ferem diretamente a modicidade tarifária e prejudicam o desenvolvimento do Brasil, em face das externalidades negativas decorrentes dos custos logísticos, que prejudicam a competitividade dos produtos brasileiros.

Desta forma, resta claro que a falha de governo, nesse caso, fiscalização do Conselho de Autoridade Portuária e da Companhia Docas do Rio de Janeiro, ocasiona danos aos usuários. Assim, é urgente a intervenção da Antaq em manifesta tarifa abusiva aplicada aos usuários, porquanto fixada pelos arrendatários.

3.1.1.2 Caso APM Terminals (Itajaí)

¹¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.181.643-RS (2010/002897-4). Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em 01/03/2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 mar. 2016.

A empresa APM Terminals (no momento da celebração do contrato era TECONVI SA) foi a vencedora do processo licitatório de arrendamento do Porto de Itajaí que, por sua vez, firmou contrato n. 030/01 com a Superintendência do Porto de Itajaí, concessionária, em 01 de novembro de 2001.

Dentre as cláusulas previstas no citado contrato de arrendamento que regulam o reajuste tarifário, existe a cláusula vigésima quinta que determina que o reajuste deva ser anual e com base nos Índices de Preços do Mercado (IGP-M), conforme transcrito abaixo:

Cláusula Vigésima-Quinta Do Reajuste dos Valores do Arrendamento

1. Os valores monetários expressos neste CONTRATO serão reajustados anualmente, a partir da data de entrega das Propostas na Licitação da qual se originou este CONTRATO, de acordo com a variação do Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), calculado pela Fundação Getúlio Vargas.¹²⁰

Portanto, este é o paradigma de previsibilidade a ser adotado quanto ao reajuste das tarifas portuárias aplicadas aos usuários anualmente. Destaca-se que o contrato prevê a prestação de serviço adequado dentre diversas condições, como a modicidade de preços, a qual atribui a justa correlação entre os encargos do arrendatário e a retribuição dos usuários, conforme a cláusula adiante:

Cláusula Vigésima-Oitava Da Execução das Operações Portuárias e da Prestação do Serviço Adequado.

(...)

2. Os serviços a serem prestados devem observar as condições de regularidade, continuidade, eficiência, atualidade, cortesia na sua prestação e modicidade de preços.

(...)

f) modicidade de preço dos serviços a justa correlação entre os encargos da ARRENDATÁRIA e a retribuição dos usuários.¹²¹

A concessionária deve observar estes princípios, por força contratual e

¹²⁰ Contrato de arrendamento n. 30/01 celebrado entre Superintendência do Porto de Itajaí e TECONVI S.A – Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí.

¹²¹ Contrato de arrendamento n. 30/01 celebrado entre Superintendência do Porto de Itajaí e TECONVI S.A – Terminal de Contêineres do Vale do Itajaí. .

legislativa, especialmente porque o serviço portuário tem natureza de serviço público, está sujeito ao poder regulador e regulamentador da Antaq a quem cabe fiscalizar e arbitrar a penalidade de multa pelo seu descumprimento.

No que tange ao Porto de Itajaí, vale mencionar julgado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que as agências reguladoras possuem poder normativo para editar resolução. No caso em tela, o Porto de Itajaí, foi penalizado com multa, por celebrar aditivo com o arrendatário sem a prévia autorização da Antaq:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES RECURSAIS. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. APLICAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA. INFRAÇÃO À RESOLUÇÃO ANTAQ N.858/2007. EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO CONFERIDO ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS. LEGALIDADE.

(...)

2. Não há ilegalidade na aplicação da multa à recorrente por descumprimento da Resolução n.º 858 da ANTAQ, de 23 de agosto 2007, que determinou à Administração Portuária a obrigação de "submeter à prévia aprovação da ANTAQ a celebração de aditivos contratuais que impliquem prorrogação de prazo, ou qualquer espécie de alteração da área do arrendamento, encaminhando justificativa e demais documentos inerentes a essa alteração", já que amparada na Lei n. 10.233/2001, que disciplina a atuação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, e define, entre outras, as condutas puníveis, as penalidades cabíveis, bem como a forma de gradação da pena.

Recurso especial improvido.¹²²

Neste sentido, o acórdão do STJ deixou claro que a Antaq possui poderes normativo, fiscalizatório e punitivo para, respectivamente, editar norma, fiscalizar e

¹²² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.481.550.-SC (2014/0149539-6). Relator Ministro Humberto Martins. Julgado em 04/11/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 mar. 2016.

aplicar sanções quando há termo aditivo a contrato de arrendamento entre concessionário e arrendatário. Assim, deve ser submetido, à prévia aprovação da Antaq, qualquer termo que implique em modificação ao inicialmente contratado.

Não poderia ser diferente com o caso em tela, pois a fixação da tarifa é elemento essencial para o serviço público adequado. O que aconteceu, de fato, foi o reajuste abusivo de tarifa pelo arrendatário, vez que incompatível com a modicidade tarifária. Aliás, não foi observado o disposto no instrumento contratual quanto à variação anual com base no IGP-M.

O caso da APM Terminals é ainda mais emblemático, pois promove duplamente tarifa abusiva: i) primeiro por fixar tarifas ad valorem sobre o valor CIF da mercadoria importada, ou seja, o arrendatário cobra não pelo custo da operação, mas pelo valor da mercadoria. Se já não bastasse, o arrendatário, ii) aumentou de forma abusiva estes percentuais, como observa Castro Junior:

Em 07.08.2011, a Tabela V – Serviços de Armazenagem do Porto de Itajaí (www.portoitajai.com.br) demonstrava que as tarifas devidas pelo dono da mercadoria importada (ad valorem) item 1.1 até 10 dias de armazenagem ou fração era de 0,26 %.

A publicação da tabela do APM Terminals (www.apmterminals.com.br/servico) das tarifas a partir de 1 jan. 2014 demonstra o aumento abusivo, vez que o primeiro período é 6 dias (um aumento de 40% em relação ao de 7.08.2011) e o percentual é 0,395% pelo período ad valorem CIF (aumento de 51,92%), totalizando 91,92% (40 + 51,92).

Não se justifica no século XXI o modo de cobrança ad valorem sobre o CIF da carga, pois se trata de uma tributação privada, que decorre do período colonial, quando a metrópole portuguesa cobrava o quinhão (20 % ad valorem) dos produtos que eram exportados via alfândegas, sendo essa uma das justificativas para termos portos.¹²³

Como destacou o autor acima, os usuários da arrendatária APM Terminals

¹²³

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. A importância da organização dos usuários dos portos diante dos reajustes abusivos: Reforma Portuária para que?. Disponível em:<www.uprj.com.br>. Acesso em: 18 mar. 2016.

ainda pagam tarifas que seguem um modelo de cobrança criado no período colonial (ad valorem) que, por sua vez, sofrem reajuste abusivo.

É necessária, portanto, a intervenção da Antaq no processo de reajuste de tarifa, porque fere frontalmente a modicidade tarifária, seja porque o arrendatário não respeitou o estabelecido no contrato (variação de acordo com o IGP-M), seja pelo método abusivo na cobrança (ad valorem).

Vale destacar que a administração do próprio porto retirou a tabela do ano 2014 do sítio do Porto de Itajaí, substituída pela tabela de novembro 2015, que retrata os percentuais da tabela V – Serviços de armazenagem para mercadorias ad valorem sobre o valor CIF até 07 dias 0,26% e, a partir do 8º dia, por dia ou fração 0,11% diminuindo em comparativo com a tabela de 2014, que fixava 0,395% para 06 dias.

O sítio¹²⁴ da Antaq informa que as tarifas do porto de Itajaí encontram-se em processo de revisão, sem disponibilização de mais detalhes sobre assunto, haja vista casos concretos de aplicação de tarifas abusivas pelos arrendatários e de aumentos de preços muito acima do IGP-M efetuados pelos TUP's.

3.1.2 No terminal de uso privado

3.1.2.1 Caso Portonave

A Portonave S/A – Terminais Portuários de Navegantes é um terminal de uso privado localizado no município de Navegantes, no Estado de Santa Catarina. A empresa está localizada na margem esquerda do Rio Itajaí-Açu, e iniciou suas operações em 21 de outubro de 2007. Desde então, é concorrente direta do Porto de Itajaí localizado na outra margem do citado rio.

O legislador federal pátrio incluiu a incidência nas instalações portuárias, nos termos do art. 3º, inciso II, da Lei n. 12.815/2013, das diretrizes do setor portuário, dentre as quais a garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e

¹²⁴ Antaq. Tarifas Autoridades Portuárias. Disponível em: <www.antaq.gov.br>. Acesso em: 18 mar. 2016.

preços praticados no setor, bem como da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários. Determinou, assim, que as garantias da modicidade e da previsibilidade incidam sobre os TUP's.

Assim sendo, em que pese o terminal de uso privado não prestar serviço público, o mesmo é objeto da regulação da Antaq, haja vista que o serviço prestado é de interesse público. Aliás, apesar do terminal de uso privado não precisar homologar o aumento de preço cobrado ao usuário na agência reguladora, o TUP deve respeitar o princípio da modicidade no preço (privado) e os princípios da defesa da concorrência e do usuário. Cabe, portanto, à Antaq, em cada caso concreto, definir se há violação ao citado princípio.

Sobre esse problema, a análise das tabelas de preços do terminal privado Portonave, publicada entre 01 de janeiro de 2010 e 01 de janeiro de 2016, evidencia que os aumentos de preços de diversos itens de serviços se deram em percentual bem superior ao IGP-M do período. Não foram observados critérios que justificassem tais aumentos em determinado período.

Nesse cenário, a análise do aumento dos preços das tabelas de 1 janeiro de 2010 a 1 de janeiro de 2016, é possível ter uma percepção crítica dos percentuais de aumentos de preços que violam a modicidade:

TABELA SINTÉTICA-COMPARATIVA DOS AUMENTOS DE PREÇOS DA PORTONAVE (1.1.2010 A 1.1.2016)

ARMAZENAGEM	Valor 2010	Valor 2016	% de aumento
1º período	0,20 % x CIF – (não tinha valor mín.) (07 dias)	0,47% x CIF – Mínimo de R\$ 620,00 por contêiner (06 dias)	135%
Exportação Cargas com dimensões especiais como Open Top excesso, Flat Rack ou “Break Bulk”	07 dias livres, após esse período: R\$ 40,00 p/dia	R\$ 125,00 p/dia + 16,00 p/ ton.	212%

MOVIMENTAÇÃO DE CONTÊINERES			
Levante de contêiner	R\$ 45,00	R\$ 170,00	277,78%
Levante de Flat Rack/OPEN TOP	R\$ 180,00	R\$ 617,00	242,78%
Posicionamento para vistoria	R\$ 150,00	R\$ 630,00	320,00%
Posicionamento para pesagem	R\$ 195,00 (2011)	R\$ 630,00	223,08%
Inspeção (desunitização + utilização) para mudança.	R\$ 1.100,00	R\$ 7.600,00	590,91%
Movimentação de liberação DTA	R\$ 340,00	R\$ 1.100,00	223,53%

Fonte: Elaborado pelo autor a partir das tabelas da Portonave.

O IGPM acumulado entre 1.1.2010 e 1.1.2016, data que foi divulgada a nova tabela Portonave, foi de 42,96%. Assim, a comparação com os percentuais aplicados pela Portonave indica que aumentos que chegam a 12 (doze) vezes o IGPM acumulado no período, como o item Inspeção desunitização e utilização para mudança, que obteve um aumento de 590,91%. Tal valor claramente demonstra um desrespeito à modicidade dos preços.

Cabe destacar que os terminais de uso privado conquistaram o direito de explorar a movimentação de carga de terceiros, com o advento do novo marco regulatório, o que possibilita maiores investimentos privados e de maior oferta de serviços ao usuário.

Apesar disso, os usuários ainda sofrem com os desmandos da falta de regulação eficaz, especialmente a não efetividade da modicidade nos preços, como

se verifica no estudo de caso do terminal de uso privado Portonave.

Não trouxe o citado terminal de uso privado, quaisquer elementos que justificassem os aumentos praticados, o que evidencia afronta à modicidade e, por sua vez, à defesa do usuário. Como se verifica, o terminal efetuou aumentos muito acima do IGP-M acumulado, o que faz com que, tendo em vista a relevância dos custos portuários na logística dos usuários, os seus produtos venham perdendo competitividade.

3.2 Previsibilidade

Uma vez demonstrado que as tarifas e preços praticados devem respeitar a modicidade, outro princípio que pode contribuir para um serviço adequado e, por sua vez, para a equidade no mercado portuário, é o da previsibilidade.

Tanto o usuário, quanto o prestador precisam trabalhar com a previsibilidade na prestação do serviço. Assim, os prestadores de serviços portuários, sejam arrendatários, concessionário ou autorizatários, que garantirem a previsibilidade aos seus usuários, terão um relevante diferencial de atração de carga para o seu terminal.

As regras e a previsibilidade das tarifas e dos preços são instrumentos relevantes que devem incidir não somente nas operações portuárias, ou seja, nas relações entre usuário e prestador de serviço, mas também entre concedente, concessionário e arrendatário, especialmente no que tange ao equilíbrio econômico-financeiro, como ensina Moreira:

Na mesma medida em que o contrato não existe sem a proposição do licitante (e a sua aceitação pela entidade pública), sua aplicação fática é dependente da compreensão dos termos dela. Afinal, o negócio firmado entre concedente e concessionário advém da integração entre a as previsões abstratas da lei e do edital com os termos concretos da proposta vencedora. Esta é que confere determinação e certeza ao contrato – inclusive definindo seu equilíbrio econômico-financeiro¹²⁵.

¹²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviço Público - 104

Afinal, a falta de previsibilidade cria um ambiente de insegurança jurídica, propício para tarifas e preços abusivos, de forma que é necessário que seu controle seja pretérito, uma vez que a intervenção do órgão regulador deve ser efetuada somente quando for necessário.

Por isso, é importante ter cláusulas que tratam da previsibilidade nos contratos, bem como observar a modicidade nas tarifas e nos preços, com a ressalva que tais requisitos são condição necessária, mas não suficiente para reduzir os custos logísticos.

A Antaq defende a previsibilidade, especialmente na fixação dos contratos, tema que já foi objeto de audiência pública realizada pela agência reguladora:

Os execrados “CONTRATOS OPERACIONAIS” têm um espaço no MUNDO PORTUÁRIO, atual e real: Para CARGAS REGULARES eles permitem PREVISIBILIDADE para ambas as partes: Para quem movimenta (DONO DA CARGA, ARMADOR, OPERADOR, etc), e para que provê a INFRA-ESTRUTURA (AUTORIDADE-ADMINISTRADORA.).¹²⁶

Aliás, embora o contrato estabeleça cláusulas de previsibilidade na fixação de tarifas e preços, o usuário é constantemente surpreendido e lesado nos seus direitos, problema que será exposto no estudo de caso a seguir.

3.2.1 No arrendamento portuário

3.2.1.1 Caso Libra Rio

O caso Libra Rio demonstra de forma efetiva o quanto a falta de previsibilidade promove ambiente propício para práticas abusivas, especialmente quanto à modicidade tarifária.

A intervenção pontual da Antaq, que suspendeu a majoração das tarifas

Inteligência da Lei n. 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010. p.229.

¹²⁶ Antaq. Contratos Operacionais Considerações. Disponível em <<http://antaq.gov.br>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

em reajuste de até 490% acima do legal, comprova que as empresas arrendatárias prestam um serviço público, e que o ato administrativo do reajuste depende de ato homologatório da Antaq, nos termos do art. 27, inciso VIII, da Lei n. 10.233/2001.

Torna-se muito mais eficaz e seguro que as partes, autoridade portuária/concessionário e o arrendatário, em cooperação e transparência com o usuário, fixem uma política de previsibilidade na aplicação das tarifas, que proporcione um processo mais célere na composição dos custos e na preparação dos envolvidos diante do novo reajuste.

Tais procedimentos proporcionarão segurança jurídica para o usuário e prestador do serviço, especialmente para o terminal que terá previsibilidade para a obtenção da receita da tarifa.

3.2.1.2 Caso APM Terminals

O Caso APM Terminals revela uma agravante quanto à previsibilidade, isto porque há menção expressa no contrato celebrado entre a concessionária e arrendatário, que firma o IGP-M como índice oficial para o reajuste de tarifa, nos termos da cláusula vigésima quinta.

Como indicado no item 3.1.1.2, Caso APM Terminals (Itajaí), os valores das tarifas da tabela V – Serviços de Armazenagem do Porto de Itajaí, tarifas devidas pelo importador da mercadoria há uma diferença total de 91,92% de entre 2011 a 2014 mesmo com IGP-M acumulado na ordem de 14,95%, conforme retrata Castro Junior:

Voltando aos aumentos recentes do Porto de Itajaí (APM Terminals) vale mencionar que no período (07.08.2011 a 31.12.2013), o IGP-M (FGV) acumulado é cerca de 14,95%. Desse modo, o aumento dessa tarifa (item 1.1. Tabela V= 91,92%) foi de 615% em relação ao IGP-M, o que faz com que tal tarifa seja extorsiva, ou seja, é um enriquecimento ilícito ¹²⁷.

¹²⁷ CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. A importância da organização dos usuários dos portos diante dos reajustes abusivos: Reforma Portuária para que?. Disponível em <http://www.upri.com.br>. Acesso em: 18.mar. 2016.

Tal constatação resultou que a tabela do ano de 2014 fora retirado do sítio do Porto de Itajaí e substituída pela tabela de novembro de 2015, que retrata os percentuais da tabela V – Serviços de armazenagem para mercadorias ad valorem sobre o valor CIF até 07 dias 0,26% e, a partir do 8º dia, por dia ou fração 0,11% diminuindo em comparativo com a tabela de 2014, que fixava 0,395% para 06º dia.

Com efeito, a forma como o arrendatário conduz o reajuste de tarifa anualmente, resulta em uma instabilidade aos usuários que dependem do setor portuário, diante da insegurança jurídica quanto às regras na fixação da tarifa, a falta de previsibilidade, relativo aos limites e possibilidades aplicados pelo arrendatário prejudica o próprio concessionário, usuário, consumidor e o desenvolvimento econômico do País.

3.2.2 No terminal de uso privado

3.2.2.1 Caso Portonave

Como já demonstrado no tópico que trata da modicidade tarifária (item 3.1.2.1) os terminais de uso privado não precisam do ato homologatório da agência reguladora, quanto à fixação da tarifa, porque cobra preço privado, vez que se trata de serviço outorgado mediante autorização. Por tal motivo, é necessário que o Estado, via ente regulador, exerça uma regulação econômica ainda mais eficaz no que concerne à efetividade da modicidade de tarifas e preços.

Assim sendo, as regras quanto à previsibilidade também compõem a segurança jurídica necessária para os preços praticados em atividade econômica de serviço de interesse público. O registro e acompanhamento dos preços (regulação econômica, tal como se dá no setor aéreo pela Anac), nesse caso, é uma política que pode contribuir para a previsibilidade e a modicidade.

Os preços abusivos praticados pela Portonave podem ser observados nas tabelas apresentadas, vez que chegam a aumento de 590,91%, em relação ao período de 1 de janeiro de 2010 a 1 de janeiro de 2016.

A Antaq estabelece, por intermédio da Resolução n. 3.274/2014, em seu

art. 25, que o autorizatário, no caso a Portonave, deverá editar o Termo de Condições próprio, disciplinando a movimentação e armazenagem de cargas, conforme suas especificidades e periculosidade.

Dentre as cláusulas dos termos e condições elaboradas pelo autorizatário, cumpre destacar o item relativo ao preço, art. 8º, adiante transcrito, demonstra que a Portonave não respeita o princípio da previsibilidade na fixação de preços, vejamos:

PREÇO

Art. 8º. Os valores cobrados pela PORTONAVE serão aqueles definidos conforme Tabela Pública de Preços que se encontra publicada em www.portonave.com.br, ressalvados os Acordos específicos firmados com os proprietários ou consignatários da carga.

Parágrafo Primeiro. A tabela de preços divulgada pela PORTONAVE é válida por prazo indeterminado, podendo sofrer alterações a qualquer momento sem aviso prévio.¹²⁸

O parágrafo primeiro do artigo acima, adotado pela autorizatória Portonave, revela que os preços podem sofrer qualquer alteração sem aviso prévio, o que é incompatível com a previsibilidade dos preços.

Neste sentido, configura-se o respectivo item normativo uma possibilidade do terminal de uso privado legitimar os preços abusivos sem quaisquer justificativas ou previsão legal em face dos usuários, revelando descompasso com a efetividade da previsibilidade e da modicidade de preços.

3.3 O papel da Resolução n. 3.274/2014

3.3.1 Aspectos introdutórios

A regulamentação quanto à fiscalização, da Antaq, na prestação de serviços portuários e estabelecimento das infrações administrativas, encontra-se disposta na Resolução n. 3.274/2014.

¹²⁸ Portonave. Termos e condições de prestação de serviços portuários. Disponível em <<http://www.portonave.com.br>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

A respectiva resolução descreve quais condutas são passíveis de fiscalização e multa, no caso do seu descumprimento, abrangendo administrações dos portos organizados, arrendatários de áreas e instalações portuárias, aos operadores portuários e aos autorizatários de instalações portuárias, nos termos a seguir:

Art. 1º Esta norma se destina às administrações dos portos organizados, aos arrendatários de áreas e instalações portuárias, aos operadores portuários e aos autorizatários de instalações portuárias previstas no art. 8º da Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, e tem por objeto estabelecer obrigações para a administração do porto e para a prestação de serviço adequado, bem como definir as respectivas infrações administrativas, nos termos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013¹²⁹.

Para cada conduta estabelecida na resolução é prevista uma sanção, disciplinar, cumulada ou não com multa, as infrações estão sujeitas a penas conforme a gravidade do fato nos art. 26, podendo ser I – Advertência, II – multa, III – proibição de ingresso na área do porto organizado por período de 30 a 180 dias, IV – Suspensão da atividade de operador portuário, pelo período de 30 a 180 dias, V – cancelamento do credenciamento do operador portuário, VI – suspensão, VII cassação e VIII – declaração de inidoneidade.

Igualmente destaca a Resolução n. 3.274/2014, que deverão ser observados o princípio da modicidade tarifária e o combate às práticas abusivas que afrontem a concorrência. Neste aspecto, compondo tanto a Autoridade Portuária, arrendatário e autorizatário, conforme destaca o art. 3º, da citada resolução:

Art. 3º A Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário devem observar permanentemente, sem prejuízo de outras obrigações constantes da regulamentação aplicável e dos respectivos contratos, as seguintes condições mínimas:

(...)

¹²⁹ Antaq. Resolução 3274/2014. Disponível em <<http://www.antaq.gov.br>> Acesso em 05. abril. 2016.

VI - generalidade, assegurando a oferta de serviços, de forma indiscriminada e isonômica a todos os usuários e se abstendo de práticas lesivas à livre concorrência;

VII - modicidade, adotando tarifas ou preços em bases justas, transparentes e não discriminatórias aos usuários e que reflitam a complexidade e os custos das atividades, observando as tarifas ou preços-teto, desde que estabelecidos pela ANTAQ;

Desta maneira, há elementos suficientes para que a Antaq, efetivamente, tome a linha de frente e faça valer os direitos dos usuários como a modicidade tarifária, a previsibilidade e o serviço adequado, nos termos do art. 2º da Resolução n. 3274/2014. Nesse cenário, é preciso que os direitos elencados ao usuário não fiquem somente positivados, mas sejam efetivados nos casos concretos da realidade portuária, caso contrário, tornar-se-á norma obsoleta.

Assim sendo, insta destacar os pontos e instrumentos disponíveis previstos na resolução para a preservação da modicidade das tarifas e preços e previsibilidade no âmbito portuário.

3.3.2 Modicidade

3.3.2.1 Nos terminais arrendados

Como já demonstrado no estudo de casos, a prática de tarifas abusivas pelo arrendatário e falta de previsibilidade é uma realidade através do estudo de caso apresentados. Nesta seara, a sanção ao infrator não pode se limitar à suspensão da aplicação da tarifa abusiva, é necessário que a intervenção tenha o caráter pedagógico da reprimenda, ou seja, desencoraje o arrendatário a novas condutas de práticas lesivas ao usuário.

Além das sanções elencadas no art. 26, ao praticar a conduta lesiva, deverá o infrator submeter-se à multa estipulada na resolução, quando a sua prática consistir:

32. Constituem infrações administrativas a que se sujeitam a Autoridade Portuária, o arrendatário, o autorizatário e o operador portuário, observadas as responsabilidades legal,

regulamentar e contratualmente atribuídas a cada um desses agentes:

(...)

XXV - adotar tarifas ou preços abusivos, em bases não transparentes ou discriminatórias, ou não refletindo a complexidade e custos das atividades: multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

(...)

XXVII - adotar práticas de propaganda enganosa ou abusiva, ou que possam acarretar a cobrança indevida de valores ao usuário: multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

Desta forma, a não observância pelo arrendatário ao princípio da modicidade tarifária e a prática de tarifas abusivas gera responsabilidade legal quanto à multa, que poderá partir do mínimo de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e chegar ao patamar de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Cabe destacar que a resolução não trouxe um critério discricionário quanto à aplicação, ou seja, uma vez constatada conduta delineada, deverá ser aplicada a pena pecuniária, de forma vinculada, após a ampla defesa e o contraditório.

3.3.2.2 Nos terminais de uso privado.

A temática envolvendo os terminais de uso privado encontra-se cristalina, porque caberá também aos autorizatários a sujeição das infrações administrativas, por disposição expressa do art. 32, caput, da Resolução nº. 3.724/2014.

De igual maneira, a resolução também descreve que todas as obrigações decorrentes dos respectivos itens são vinculados aos TUPs, inclusive, a Antaq, teve o cuidado de colocar o item XXV – tanto tarifas ou preços abusivos não transparentes ou discriminatórias serão sujeitos passivos na aplicação da multa.

Por fim, o não cumprimento das leis, regulamentação, determinações da Antaq e contratos firmados também serão passíveis de multa tanto para o

arrendatário, quanto para o autorizatário, conforme determina o item XXXVII do art. 32, a seguir:

XXXVIII - não cumprir ou não fazer cumprir as leis, a regulamentação da ANTAQ, o contrato de concessão, o convênio de delegação, o contrato de arrendamento, o contrato de adesão, o regulamento do porto organizado, normas de segurança do Código ISPS e as determinações da ANTAQ, da Autoridade Portuária, da CONPORTOS e do poder concedente, exceto quando a conduta infracional se enquadrar em tipo específico contemplado nesta norma: multa de até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais);

Neste sentido, a Resolução n. 3.724/2014 não deixa dúvidas que o preço privado cobrado pelos terminais de uso privado, mesmo que não precise do ato homologatório da Antaq, poderá ser objeto de sanções administrativas e multas pela agência reguladora, quando detectadas práticas abusivas na fixação dos preços.

3.3.3 Previsibilidade

3.3.3.1 Nos terminais arrendados

As normas que tratam da aplicação da previsibilidade não se encontram descritas de maneira expressa na Resolução n. 3.724/2014, todavia, pode-se adotar como a infração do inciso XXV, do art. 32, que sanciona a oferta de tarifas ou preços com base não transparente, com incidência de multa.

Além disso, há previsão de que se houver descumprimento de Leis, regulamentação e contrato de arrendamento ou adesão, não prevista de forma específica na Resolução n. 3.274/2014, nos termos do art. 32, inciso XXXVIII, poderá gerar multa de até R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), tais como práticas que não estimulem a concorrência (Lei n. 12.815/2013, art. 3º, inciso V).

3.3.3.2 Nos terminais de uso privado

Os terminais de uso privado, que prestam serviço mediante outorga de autorização, não estão excluídos da fiscalização e da punição da Antaq e, especialmente da previsibilidade no âmbito portuário, nos termos da Resolução n.

3.274/2014, acima mencionada.

A resolução 3.274/2014 destaca em seu artigo 1º que o objeto da presente norma inclui os autorizatários de instalações portuárias, já o artigo 3º descreve que deveram as condições entre elas, o da eficiência (iii), generalidade (vi) e modicidade (vii), bem como deverá os TUPs respeitar, além dos artigos 2º e 3º, o contrato de adesão e termo de autorização e editar regulamento próprio nos termos do arts. 24 e 25 da respectiva resolução.

Por fim, estabelece tópico específico, das infrações administrativas dos autorizatários, sujeitando-os à cominação das respectivas sanções, indicadas nos artigo 36, itens I a XV.

No transporte aquaviário, exercido mediante outorga de autorização, nos termos da Res. n. 4.271/2015, ainda em fase de estudos, após ter sido submetida à audiência pública, é necessário conhecimento prévio do usuário quanto aos valores de preços bem como é vedado métodos coercitivos ou desleais impostas pelo prestador de serviços. Assim, devem ser mencionados os incisos II e III, do art. 3º, da citada norma, quais sejam:

Art. 3º São direitos básicos do usuário, sem prejuízo de outros estabelecidos em legislação específica e contratualmente:

(...)

II - dispor de informação transparente, correta e precisa por meio de canais de comunicação acessíveis, com conhecimento prévio de todos os serviços ofertados e dos riscos envolvidos, incluindo a composição detalhada dos correspondentes valores dos preços, fretes, taxas e sobretaxas, vedada a publicidade enganosa;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha de prestadores de serviços, vedados métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento dos serviços; e

IV - recorrer à ANTAQ para garantir o exercício de seus direitos e participar do processo regulatório.

Neste sentido, é necessária uma análise ampla da Resolução n. 3.274/2014, com os dispositivos e instrumentos normativos para aplicação correta das regras de fiscalização e infrações no âmbito portuário.

3.4 Limites e possibilidades da modicidade e da previsibilidade no setor portuário

3.4.1 Nos terminais arrendados

Os terminais arrendatários são um importante aliado no desenvolvimento econômico do País, e precisam obter um retorno dos seus investimentos, por meio de lucro razoável para a manutenção das atividades e a prestação do serviço adequado.

Ao arrendatário é atribuída a importante missão institucional de prestar serviço público, que deve ser retribuída com o pagamento de tarifa pelo usuário pela contraprestação do serviço.

De igual forma, e tão importante, é o direito do usuário ao pagamento de uma tarifa justa que contemple a modicidade e a previsibilidade. Por sua vez, os terminais arrendados ao contratarem com o concessionário, precisam de regras objetivas para a cobrança da tarifa e, principalmente, como será o seu reajuste e revisão. Assim, deve-se buscar a segurança jurídica, tanto para o prestador do serviço, quanto para o usuário numa relação comercial que dura décadas.

Neste cenário, cabe à Antaq, de forma eficaz, homologar as tarifas e arbitrar os conflitos entre usuário e arrendatário, bem como oferecer solução neutra e técnica para que sejam preservados os princípios da modicidade tarifária e da previsibilidade.

3.4.2 Nos terminais de uso privado

Os terminais de uso privado são uma inovação que, em função da possibilidade de ampliação de oferta de novos terminais, pode contribuir para

desenvolvimento portuário e econômico no Brasil. O novo marco regulatório, ao acabar com a obrigatoriedade da preponderância de carga própria sobre carga de terceiros, que estava no Decreto n. 6.620/2008, outorgou direitos de exploração ao autorizatário para prestar serviços portuários para terceiros.

Desta forma, os terminais de uso privado prestam serviço de interesse público e contribuem para a movimentação de cargas doméstica e na importação e exportação, via âmbito portuário. Assim, devem observar a previsibilidade e modicidade nos preços, uma vez que a atividade prestada envolve toda a coletividade desde o usuário até o destinatário final, em regra, consumidor.

A Antaq deve, ainda, observar a defesa da concorrência e do usuário, através da oferta de preço módico e nunca abusivo, e que seja previsível. O terminal de uso privado deve respeitar o princípio da boa fé na relação comercial e os direitos do usuário. Este busca, tão somente, serviço prestado de forma adequada, dentro do prazo e por um preço justo.

O objetivo específico desse capítulo é estudar casos que compreendem a análise de contratos, tarifas e preços aplicados por arrendatários e autorizatários, visando à prestação de serviços público e de interesse público que respeitem modicidade das tarifas e preços, bem como a previsibilidade.

Neste sentido, a análise de casos envolvendo a prestação de serviços pelos arrendatários ou pelo terminal de uso privado demonstra que ainda perduram muitas assimetrias que ferem frontalmente a modicidade de tarifas e preços, bem como as regras da previsibilidade.

O governo federal, através do poder concedente, o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União Federal e, principalmente, a Antaq, órgão regulador do Setor Portuário, devem implementar políticas para dar efetividade à previsibilidade e à modicidade de tarifas e preços no âmbito portuário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que processo evolutivo no âmbito portuário promoveu significativos avanços e investimentos nesse setor, desde Constituição Federal de 1988, com a abertura de exploração indireta portuária, passando pelo marco regulatório da Lei n. 8.630/93, até o novo marco regulatório - Lei n. 12.815/2013.

Nesse novo cenário, não menos importante é a regulação setorial independente, exercida pela Antaq, que deve identificar e intervir nas falhas de governo e de mercado, visando criar um ambiente institucional adequado para as operações portuárias.

A escolha do tema da pesquisa decorre da necessidade de aumentar a segurança jurídica dos usuários nas operações portuárias por meio do resgate da importância da efetividade dos princípios da modicidade nas tarifas e nos preços e da previsibilidade no setor portuário, matéria pouco discutida na comunidade jurídica.

Assim, a pesquisa buscou aprofundar e compreender melhor, através da teoria e de estudos de casos, se estão sendo aplicados tais princípios nas operações dos terminais arrendados e de uso privado, após a esperada Reforma Portuária, que iniciou em dezembro de 2012, com a edição da MP n. 595.

A pesquisa objetiva contribuir para um equilíbrio na logística do comércio marítimo, por meio da defesa dos usuários, requisito importante para o desenvolvimento econômico do país, e da segurança jurídica no pagamento da tarifa e do preço. Para tanto, sustenta-se que é necessário um ambiente com modicidade e previsibilidade.

A análise de caso demonstrou que, apesar de toda a discussão que envolveu a Reforma Portuária em 2012, ainda não há critérios específicos na composição das tarifas e preços. Existem, portanto, métodos não transparentes no reajuste, com valores de tarifas muita acima das perdas inflacionárias do período, calculadas com base no IGP-M.

A logística do usuário acaba ficando à deriva, porque opera sem previsibilidade de quais são as regras do jogo, vez que é pouco eficaz a previsibilidade nas despesas de serviços portuários, sejam públicos ou de interesse público.

Cada ano há uma surpresa, vez que os reajustes e aumentos abusivos são suportados de maneira desproporcional pelo usuário e comprador do produto movimentado. Trata-se de desestímulo ao empreendedorismo e ao desenvolvimento da atividade comercial, tão importantes para a sociedade e para prosperidade econômica do Brasil.

Nesta seara, a necessária discussão sobre as possibilidades e limites da previsibilidade, modicidade das tarifas e preços dos serviços prestados pelos arrendatários e autorizatários, a pouca discussão e despertar sobre assunto, acabam postergando e agravando, ainda, as práticas abusivas e anticoncorrenciais.

O estudo dos casos demonstrou que o serviço público prestado pelos terminais arrendatários e o serviço de interesse público prestado pelo terminal de uso privado contemplam casos de aplicação de tarifas e preços que violam a modicidade e a previsibilidade.

Esse cenário de insegurança jurídica aumenta os custos logísticos dos usuários dos serviços portuários, bem como reflete no custo Brasil, vez que prejudica a competitividade dos produtos brasileiros.

Com efeito, o Regulamento Portuário - Res. n. 3274/2014, que aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização da prestação dos serviços portuários e estabelece infrações administrativas, é norma que pode contribuir para a efetividade dos que necessitam que seja praticado pelos órgãos reguladores, especialmente a Antaq.

A regulação setorial independente deve intervir de maneira pontual e tecnicamente significativa nas falhas de mercado e assimetrias fomentando a livre concorrência, e evitando práticas abusivas e aumento arbitrário do lucro, tal como demonstrado no caso dos arrendatários LibraRio e APM Terminals e autorizatário

Portonave.

É necessário um despertar da comunidade jurídica, das instituições públicas e da agência reguladora para a importância das políticas tarifárias no setor portuário, a fim de que a modicidade seja efetivamente aplicada no novo marco regulatório.

Assim, no Capítulo 1 foram apresentados os conceitos de modicidade das tarifas e nos preços, serviço público, serviço de interesse público, tarifa, preço privado, regulação setorial independente, previsibilidade entre outros conceitos que contribuem para melhor compreensão dos fundamentos dos princípios da modicidade e da previsibilidade no setor portuário.

Conclui-se que, apesar da gama de conceitos de modicidade das tarifas e preços, e do restrito debate sobre a previsibilidade, o tema da dissertação é ainda pouco difundido e aplicado no âmbito portuário. Desta forma, uma juridicidade que contemple uma interpretação que vise à efetividade destes institutos acaba sendo pouco aplicado no cotidiano das operações portuárias, tal como um adorno normativo, deixando a norma completa, mas não eficaz.

Já o Capítulo 2 apresentou as competências da Antaq na fiscalização dos terminais arrendados e nos terminais de uso privado. O primeiro é um serviço público, onde a contraprestação é efetuada por tarifa. O segundo é serviço de interesse público, para o qual o usuário paga preço privado.

A conclusão desse capítulo é que a agência reguladora Antaq possui competência normativa e funcional para a fiscalização e punição e, apesar da Resolução n. 3274/2014 ter dispositivos suficientes para práticas de violação da previsibilidade e da modicidade das tarifas e preços, esta tem sido ineficaz.

Não basta confeccionar e editar resoluções e fazer modificações legislativas. Se não há efetiva fiscalização e combate às práticas abusivas, os infratores continuarão cometendo tais ilícitos. Ademais, as principais iniciativas para regular o tema foram feitas através de denúncias de usuários, o que fez com que a agência reguladora instaurasse o procedimento de fiscalização.

Igualmente, conclui-se que o equilíbrio do mercado deve ser meta da Antaq, por que o arrendatário busca isentar-se da natureza de serviço público e dos princípios da modicidade e da previsibilidade, ao defender que a tarifa seja considerada preço.

Trata-se de argumento para fugir da modicidade e da homologação pela Antaq, visando aumentar seus lucros de forma extorsiva. Já o terminal de uso privado, por cobrar preço, entende que não precisa observar o princípio da defesa da concorrência e dos usuários.

Fato é que o arrendatário cobra tarifa e o terminal de uso privado cobra preço, mas todos devem respeitar a efetividade da previsibilidade e modicidade das tarifas e preços. Aquele deve observar que se trata de prestação de um serviço público, e este presta serviço de interesse público.

Finalmente, o Capítulo 3 tratou das possibilidades e limites da modicidade e da previsibilidade no setor portuário, por meio de estudo de casos, no qual restou comprovadas a importância da previsibilidade e da modicidade das tarifas e preços tanto no setor público quanto no setor privado. Verificaram-se, ainda, abusos nos casos estudados, que podem ser punidos com intervenção regulatória e judicial.

A Resolução n. 3.274/2014 demonstrou que pode ser importante aliada no combate às práticas abusivas que violam a modicidade de tarifas e preços, pois dispõe sobre as principais condutas, bem como penas e multas pelas infrações.

Necessária é sua eficácia na realidade portuária, a fim de proporcionar um ambiente seguro e próspero para a atividade portuária, respeitando os direitos e deveres dos usuários, arrendatários e autorizatários.

Conclui-se, portanto, que há um arcabouço jurídico e normativo suficiente para implementação de práticas que resultem em previsibilidade e modicidade das tarifas e preços.

No entanto, os casos que foram objeto de estudo revelam que há necessidade que Antaq faça valer tais normas, bem como tenha o respaldo do

Tribunal de Contas da União.

O estudo demonstrou que o arcabouço legislativo e normativo brasileiro é suficiente para proporcionar uma regulação eficaz para implementação de políticas tarifárias que resultem em previsibilidade e modicidade das tarifas e preços.

São relevantes uma melhor gestão portuária e a suspensão de práticas que promovam a captura do interesse público portuário em detrimento de interesses privados.

Nesse cenário, são relevantes a organização e proteção dos direitos dos usuários, para que tenham tarifas e preços justos, bem como serviço adequado e segurança jurídica para o desenvolvimento das atividades portuária. O aumento do poder de participação dos usuários também é necessário.

Assim, a hipótese de pesquisa restou confirmada, vez que o estudo dos principais aspectos do Direito Administrativo e do Direito Portuário, em especial o dispositivo do marco regulatório do setor - Leis n. 12.815/2013 e n. 10.233/2001, que regulamenta e cria a Antaq, e CRFB/88, com o auxílio da regulação setorial independente e da análise de casos, contribuem para o aumento da efetividade da modicidade e da previsibilidade nas tarifas e preços do setor portuário.

Ademais, o arrendatário presta serviço público e, consequentemente, cobra tarifa, e o terminal de uso privado presta serviço de interesse público, para o qual cobra preço. Além disso, a regulação setorial independente possui papel determinante no combate às práticas abusivas e anticoncorrenciais, com base na CRFB/88, Lei 12.815 e Lei n. 10.233/2001.

Outro importante aliado no combate às práticas abusivas são as resoluções editadas pela Antaq, especialmente a Resolução n. 3.274/2014, que estabelece as condutas, infrações e multas ao caso concreto.

Por fim, restou demonstrado que, decorridos quase três anos e meio da edição da MP n. 595/2012, que trata da Reforma Portuária, continuam os casos de desrespeito à previsibilidade e à modicidade das tarifas e preços em terminais

públicos e privados. A inexistência de uma política de defesa da concorrência no setor também contribui para os abusos.

Sustenta-se, portanto, que uma das formas de combater tais práticas e contribuir para otimizar os serviços da Antaq, detectando e denunciando os problemas de abusos, e proporcionar maior participação dos usuários no controle social dos prestadores de serviços portuários.

Uma das possibilidades é garantir a participação dos usuários, desde o processo de licitação, celebração do contrato, reajuste e revisão de tarifas, dando-lhes mais poder para representação.

A participação do usuário torna o processo mais democrático e proporciona mais fluidez a dinâmica portuária, uma vez que torna mais fácil chegar a um denominador comum entre as partes, com o auxílio do órgão regulador.

Nesse cenário, a pesquisa apontou para a necessidade de aprofundamento do tema, inclusive por meio de estudos comparados com modelos mais eficazes de eficácia de tais princípios (previsibilidade e modicidade) no setor portuário.

Acredita-se, por fim, que há normas suficientes para a aplicação dos princípios da modicidade e da previsibilidade no Setor Portuário, contudo, é necessário ter uma política regulatória que possibilite maior poder coercitivo para que os prestadores de serviços suspendam tais práticas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional. São Paulo: Atlas, 2009.

ABRATEC, Associação Brasileira dos Terminais Públicos de Contêineres. Regulação Portuária e Concorrência. Terminais de Uso Público e de Uso Privativo Misto Pareceres Jurídicos e Econômicos Relativos à ADPF nº139. Rio de Janeiro: ABRATEC. 2009.

ANTAQ. Edital de Notificação 2014. Diário Oficial da União – Seção 3. p. 4. Nº38 24 de fev. 2014.

ANTAQ. Resolução 3274/2014. Disponível em <<http://www.antaq.gov.br>>. Acesso em 05. abril. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Lei 8.987/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm> Acesso em: 10 jan. 2016.

BRASIL. Lei 12.815/2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm> Acesso: 10 jan. 2016.

BRASIL Lei 8.630/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8630.htm> Acesso em: 01 fev. 2016.

BRASIL Lei 10.192/2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm> Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL Lei 10.233/2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm> Acesso em: 20 jan. 2016.

BRASIL. Agência Nacional de Transporte Aquaviário (ANTAQ). Resolução nº 3.274/2014. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000006320.pdf>> 10 de fev. 2016.

BRASIL. Decreto nº 8.033/2013. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm>

Acesso em: 02 mar. 2016.

BRANCO, Matheus de Andrade. Análise Comparativa dos Modelos de Acesso à Informação no Reino Unido, Suécia, México e Brasil: Uma proposta de Aprimoramento. Dissertação de Mestrado em Ciência Jurídica. Univali: Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

CASAGRANDE, Paulo L. Direito econômico regulatório/coordenador Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Saraiva, 2010 (Série GV-law).

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino. A importância da organização dos usuários dos portos diante dos reajustes abusivos: Reforma Portuária para que?. Disponível em <<http://www.urprj.com.br>>. acesso em 18.mar.2016.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos marítimos e portuários: Responsabilidade Civil. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito portuário e a nova regulação. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direito Regulatório e Inovação na Regulação de Transportes e Portos nos Estados Unidos e Brasil. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial, 2004.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. “Reajuste tarifário” terminal Libra Rio 2014: Reforma Portuária para valer?. Disponível em <<http://www.urprj.com.br>> acesso em 13.mar.2016.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Taxa, tarifa (Preço Público), Preço(Privado) e Preço Semiprivado ou Quase-Privado. Disponível em <<http://celc.com.br>> Acesso: 08 fev.2016.

COIMBRA, Marcio Chalegre. O Estado Regulador. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/453/o-estado-regulador>>. Acesso em: 09 fevereiro. 2016.

CRUZ, Paulo Márcio. Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI. Itajaí: editora Univali, 2011.

DIÓGENES, Aline Guimarães. Reajustes e revisões nos contratos de arrendamentos portuários operacionais de uso público: o caso da Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp). Brasília: 2011. Disponível em

<<http://portal2.tcu.gov.br>> acesso em 14.fev.2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Adão Paulo. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento portuário. Dissertação curso de Mestrado – Univali. 2012.

FERREIRA, Sergio de Andréa Ferreira. Direito Administrativo Didático, p.235. In: CARVALHO FILHO, José dos Santos de (coord.). Manual de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Lumen Juris Ltda, 2011.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: Direito ao Futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012

FREITAS, José Carlos Higa de. Novo Marco Regulatório do setor portuário: forças econômicas e construção histórica. Disponível em <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br>>. Acesso: 23 fev.2016)

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

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

LIMA, Camila Silva; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquart. Direito Regulatório. Anais da I Mostra de Pesquisa, Extensão e Cultura Cejurps. Itajaí: Editora Univali, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2011.

MILLER, Thiago Testini de Mello. Direito portuário: regulação e trabalho na Lei. 12.815/13. São Paulo: All Print Editora, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público inteligência da lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Revisão e reajuste

das tarifas na nova legislação portuária. In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de (Org.) Contratos portuários – À luz da nova lei dos portos. São Paulo: Aduaneiras, 2015.

NETO, Floriano de Azevedo Marques Neto. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. In: Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n.100, jun. 2009.

PASOLD, Cesar Luiz. Lições Preliminares de Direito Portuário. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. Prática de Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 11 ed.rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial; Milennium, 2008.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A posição dos usuários e a estipulação da remuneração por serviços públicos. In: Revista Brasileira de Direito Público, n.15, out. 2006.

PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. O devido processo legal e o processo administrativo. Biblioteca Digital Fórum Administrativo. Direito Público. Belo Horizonte: ano 2, n.20. out. 2002.

PORTONAVE. Termos e condições de prestação de serviços portuários. Disponível em:<<http://www.portonave.com.br>> acesso em 20.mar.2016.

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. Curso de direito marítimo,volume I: teoria geral. Barueri: Manole, 2014

Reclamação 2.549-7 Pernambuco. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 30/03/2006. Disponível em: <<http://.stf.jus.br>> acesso 03.fev.2016

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos do Direito Público. São Paulo: Malheiros editores, 2012

Supremo Tribunal Federal. Ação direta de Inconstitucionalidade n° 3.847-SC. Disponível em: <<http://stf.jus.br>> Acesso em: 22/02/2016.

Supremo Tribunal Federal. ADPF 139 Pernambuco. 11/02/2013. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: :<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 02 abr. 2016.

Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.549-7. Pernambuco. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 fev. 2016.

Superior Tribunal de Justiça. REsp 1138591/RJ. Relator Ministro Castro Meira. Segunda Turma. Julgado 22/09/2009. DJe 05/10/2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TC 029.083/2013-3. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão 06/05/2015. Código eletrônico na página TCU na internet: AC-1077-16/15-P.