

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA CAROLINE MAIA

**ATOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS: ESTUDO DAS AUTORIZAÇÕES NO
SETOR PORTUÁRIO**

CURITIBA

2015

FERNANDA CAROLINE MAIA

**ATOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS: ESTUDO DAS AUTORIZAÇÕES NO
SETOR PORTUÁRIO**

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção de grau de bacharel.

Orientação: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2015

FERNANDA CAROLINE MAIA

**ATOS ADMINISTRATIVOS NEGOCIAIS: ESTUDO DAS AUTORIZAÇÕES NO
SETOR PORTUÁRIO**

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

Prof. Dr. Rodrigo Luís Kanayama

Prof. Dr. Rafael Wallbach Schwind

Curitiba, 3 de dezembro de 2015.

DEDICATÓRIA

*Aos meus pais e à minha irmã,
por serem a razão da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha família, pelo amor e dedicação a mim dedicados. Sem vocês eu nada seria. A distância só não aflige tanto pela certeza que tenho de que estarão sempre comigo, não importa onde eu precise estar.

Aos amigos que fiz nessa vida, àqueles que ainda permanecem em meu convívio e àqueles que a distância os impossibilita de estarem mais perto. Um agradecimento especial à Camila Maria Fukuyama, Diandra Domingues Cesário, Thaís Portella Fontoura e Victória Claudino Possas, por serem meu porto seguro nessa longa caminhada dos últimos anos.

Aos advogados da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, pelos anos de aprendizado e incentivos diários. Um agradecimento especial a André Guskow Cardoso, Cesar A. Guimarães Pereira, Diego Franzoni, Guilherme A. Vezaro Eiras, Mayara Gasparoto Tonin, Rafael Wallbach Schwind e William Romero, pela companhia e pela oportunidade de fazer parte desse incrível grupo.

Aos estagiários da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, àqueles que lá ainda estão e àqueles que por um breve período me fizeram companhia diariamente. Vocês fazem o dia-a-dia muito mais fácil.

Ao Professor Egon Bockmann Moreira, pela atenciosa orientação e pelo exemplo de acadêmico e profissional que todos os dias demonstra ser. Você é, sem sombra de dúvidas, fonte de inspiração e aprendizado para todos aqueles que tem o privilégio de serem seus alunos.

À Faculdade de Direito, pela oportunidade.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar as transformações engendradas no Direito Administrativo nos últimos séculos, em especial quanto à modificação das formas de atuação administrativa estatal – no que se refere, especificamente, à passagem do ato administrativo para o contrato administrativo. Nessa perspectiva, surgem os chamados atos administrativos negociais, aptos a conciliar o poder estatal e a participação dos cidadãos nas atividades tipicamente administrativas. Inseridas nessa modalidade de ato administrativo, encontram-se as autorizações. Aqui o presente estudo divide-se em duas partes: a primeira parte pretende analisar das autorizações administrativas tradicionais, enquanto que a segunda parte trata das autorizações trazidas pela Lei n.º 12.815/2013. Esse novo diploma legal, ao tratar das autorizações como uma das modalidades de exploração das atividades portuárias, estabelece nova roupagem a esse clássico instituto. Nessa segunda parte do trabalho analisa-se a importância do setor portuário, a tratativa dada pelo ordenamento pátrio no decorrer das últimas décadas e o atual regime de exploração das atividades desse setor. Assim, esse trabalho pretende demonstrar a importância das autorizações para setor portuário e para a própria compreensão da relação existente entre a Administração Pública e os particulares.

Palavras-chave: direito administrativo; atos administrativos negociais; autorização; setor portuário; atividade portuária; marco regulatório.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the changes engendered in administrative law in the last centuries, especially regarding the modification of forms of state administrative action - with regard specifically to the passage of the administrative act to the administrative contract. In this perspective, emerge so-called negotiating administrative acts, able to reconcile the state power and citizen participation in the typically administrative activities. Inserted in this type of administrative act are the authorizations. Here this study is divided into two parts: the first one aims to analyze the traditional administrative authorizations, while the second part deals with authorizations introduced by Law n. 12.815, of 2013. This new law, when dealing with the authorizations as one of the modes of exploitation of the port activities, establishes new guise to this classic institute. In this second part, this paper analyzes the importance of the port sector, the dealings given by the Constitution and law over the past decades and the current exploitation of activities in this sector. Thus, this paper aims to demonstrate the importance of authorizations for port sector and to the understanding of the relationship between public administration and private.

Keywords: administrative law; negotiating administrative acts; authorization; port sector; port activity; regulatory marc.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NEGOCIAL.....	11
2.1. As mutações no Direito Administrativo	11
2.2. Atos administrativos negociais	16
2.2.1. <i>Características gerais</i>	18
2.2.2. <i>Classificações</i>	20
2.2.3. <i>Espécies</i>	22
2.3. Autorizações administrativas.....	26
2.3.1. <i>Conceitos e características gerais</i>	26
2.3.2. <i>Autorizações vinculadas e autorizações discricionárias</i>	29
2.3.3. <i>Autorizações como atos unilaterais ou bilaterais</i>	30
2.3.4. <i>Modalidades de autorizações</i>	31
3. O SETOR PORTUÁRIO E O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO.....	36
3.1. A evolução da legislação portuária no direito brasileiro.....	36
3.1.1. <i>A tratativa constitucional</i>	37
3.1.2. <i>A tratativa infraconstitucional</i>	39
3.1.3. <i>O atual regime jurídico do setor portuário</i>	42
3.2. Características da atividade portuária.....	43
3.2.1. <i>Formas de exploração da atividade portuária</i>	45
3.2.2. <i>A importância da definição da área do porto organizado</i>	46
3.2.3. <i>Exploração das atividades portuárias sob regime de direito privado</i>	48
3.3. Modalidades de exploração indireta da atividade portuária.....	50
3.3.1. <i>Concessões</i>	52
3.3.2. <i>Permissões</i>	55
3.3.3. <i>Arrendamentos</i>	57
3.3.4. <i>Autorizações</i>	58
3.4. O procedimento para outorga de autorizações portuárias.....	62
4. CONCLUSÃO.....	66
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	68

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo como visto hoje é fruto das diversas transformações engendradas no bojo da sociedade desde o início do século XX. As alterações derivadas dos diversos modelos de Estado refletem diretamente na concepção dada a esse ramo do direito.

A transformação mais relevante ao presente estudo consiste na passagem da utilização do ato administrativo como manifestação do poder do Estado para a utilização do contrato administrativo como instrumento apto a proporcionar maior participação do particular na atuação administrativa.

Ademais, há algum tempo o ato administrativo como concebido pelas gerações anteriores ganhou novos contornos, também adeptos à ideia de valorização do contrato administrativo. Surgem, nesse caso, os atos administrativos negociais, fruto de uma maior interação entre o Estado e a sociedade quando do exercício das atividades administrativas.

Exemplo dessa espécie de ato é a autorização, que tem por objeto, em termos gerais, o desempenho de determinada atividade ou o exercício de um direito por um particular, a ser outorgada pela Administração Pública. Esse instituto, a despeito de não encontrar na doutrina ou jurisprudência unanimidade quanto a sua conceituação, continua a despertar diversos questionamentos.

A Lei n.º 12.815/2013, denominada Nova Lei dos Portos, trouxe às autorizações uma nova roupagem, afetando diretamente as tentativas de conceituação desse instituto até então existentes no Direito Administrativo.

A autorização portuária caracteriza-se como modalidade de exploração indireta das atividades portuárias, ao lado das concessões, permissões e arrendamentos. Desses se difere na medida em que seu exercício se dá sob a égide do direito privado, enquanto que as demais modalidades submetem-se ao regime de direito público.

Assim, a despeito da divergência doutrinária quanto a autorização ser ou não modalidade de prestação de serviço público, fato é que esse instituto possui papel fundamental no desenvolvimento do setor portuário.

Além disso, é necessário que a interpretação desse instituto deixe de lado as antigas concepções trazidas pelo Direito Administrativo Tradicional e seja realizada a partir da concepção trazida pela Nova Lei dos Portos, sem que haja o intercâmbio

de velhos conceitos que não se enquadram na noção moderna dada às autorizações.

O escopo do presente trabalho parte da análise das autorizações administrativas como concebidas pelo Direito Administrativo Tradicional, para na sequência contrastá-las com a nova concepção trazida pelo Direito Portuário.

No primeiro capítulo analisam-se as mutações sofridas pelo Direito Administrativo nos últimos séculos – e que afetaram diretamente na forma de concepção dos institutos que dizem respeito à atuação administrativa estatal. Na sequência, passa-se à análise dos chamados atos administrativos negociais, fruto dessas alterações engendradas no ramo do Direito Administrativo. Por fim, passa-se à análise das autorizações administrativas tradicionais, partindo de seus diversos conceitos encontrados na doutrina pátria e estrangeira, passando pelas características fundamentais à sua compreensão e culminando com a análise das diversas modalidades de autorizações – ponto esse que levará o presente estudo à análise do setor portuário.

No segundo capítulo passa-se à análise da importância do setor portuário e a evolução legislativa engendrada nesse setor nas últimas décadas, com o estudo da tratativa dada pelas Constituições Federais e pelas legislações infraconstitucionais. Na sequência, passa-se à análise das características da atividade portuária e das modalidades de exploração dessa atividade. Uma dessas modalidades exploração são as autorizações, que serão estudadas a partir da contraposição com as demais modalidades de outorga (concessões, permissões e arrendamentos) e, na sequência, quanto ao procedimento para sua outorga.

Dessa forma, busca-se traçar uma linha evolutiva entre as diversas mutações ocorridas no Direito Administrativo e a sua relação direta com o surgimento desse novo conceito dado à autorização como modalidade de exploração da atividade portuária.

2. ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA NEGOCIAL

O Direito Administrativo, como percebido hoje, é fruto da crescente expansão da atuação da Administração Pública iniciada no século XX. Sua estrutura incorpora cada vez mais interesses distintos (e até mesmo contraditórios), mas diretamente relacionados com as complexidades da sociedade.¹

No contexto do Estado liberal, o Direito Administrativo se constituía principalmente por atuações unilaterais, representadas pelos atos administrativos. Porém, com o passar do tempo e com o advento do chamado Estado social, o contrato administrativo se tornou instrumento fundamental de ação do Estado nos domínios econômico e social, em substituição ao papel antes ocupado pelo ato.²

Para além dessa mudança, houve também a alteração da própria concepção de ato administrativo. Aquele ato que anteriormente era visto apenas como unilateral e imperativo, passou a ganhar ele próprio contornos contratuais.³ Esses traços contratuais, típicos dos negócios jurídicos, podem ser encontrados nos chamados atos administrativos negociais.

2.1. As mutações no Direito Administrativo

As mutações a que se submete o Direito Administrativo possuem relação direta com as transformações engendradas no bojo da sociedade. Nas palavras de Caio TÁCITO: “a história do Direito Administrativo se desdobra em fases sucessivas em paralelo com o desenvolvimento político, econômico e social”.⁴

Cumprido ao Direito Público (nesse estudo em específico, ao Direito Administrativo) submeter as transformações do Estado e da sociedade às normas existentes no ordenamento jurídico. Portanto, é compreensível que o conteúdo

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 15.

² NABAIS, José Casalta. **Contratos fiscais (reflexões acerca da sua admissibilidade)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 15-16.

³ MOREIRA, Egon Bockmann. **Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação)**. Revista de Direito do Estado – RDE, ano 3, nº 10, abril-junho/2008, p. 216.

⁴ TÁCITO, Caio. **Transformações do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo – RDA, nº 214, outubro-dezembro/1998, p. 29.

desse ramo sofra constantes modificações, na medida em que deva acompanhar com celeridade as alterações engendradas no âmbito político, econômico e social.⁵

As revoluções liberais marcaram um *surto de progresso*, visto que foram as responsáveis pelo caminho trilhado em direção à dignificação da pessoa humana, com o reconhecimento de suas liberdades e direitos, bem como a outorga de garantias pelo Estado.⁶ Nesse diapasão, o Direito Administrativo torna-se o ponto de convergência das técnicas utilizadas pelo Estado absolutista com as exigências de liberdade e garantia trazidas pelas revoluções.⁷

No século XVIII, o surgimento do Estado liberal afetou a concepção acerca do papel exercido pela Administração Pública em face da sociedade. Havia um aparente compromisso teórico entre as concepções autoritárias do Antigo Regime (ainda que democráticas) e as novas concepções liberais.⁸ Nesse período, o Estado assegurava o exercício de direitos e liberdades individuais, em especial os direitos de propriedade e personalidade, mas se abstinha de garantir direitos difusos e coletivos – esses tratados mais adiante e de forma específica pelo Estado social.⁹ Paulo OTERO afirma que, nessa época, “o Direito Administrativo surge como o Direito da Administração Pública e não como o Direito dos administrados”.¹⁰

O Estado liberal dava destaque aos institutos que embasavam o poder de império do Estado, demonstrado através de sua atuação discricionária e da exclusão do administrado na formação do processo decisório.¹¹ Por outro lado, o Direito Administrativo “debatia-se com a tarefa de assegurar a primazia da administração sem, no entanto, desprezar a protecção do particular”.¹²

Nesse período foram introduzidas profundas alterações e transformações no domínio da Administração Pública. As instituições remanescentes do Antigo Regime passaram a ser entendidas sob a luz das novas concepções trazidas pelas revoluções liberais. Dessa forma, a mistura das velhas instituições com novos

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 1.

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 8.

⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 16.

⁸ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 20.

⁹ TÁCITO, Caio. **Transformações...**, p. 29.

¹⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 281.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 9.

¹² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 36.

princípios acarreta no surgimento da chamada Administração Pública do Estado liberal.¹³

Esse modelo de Estado caracterizava-se em seu modo de atuação pela utilização quase que exclusiva do ato administrativo.¹⁴ Como essa atuação era vista como uma manifestação autoritária do poder estatal, o Estado passa a, através do ato, conciliar a vertente autoritária que lhe era de origem, com a vertente de garantia dos cidadãos. Há, nas palavras de Vasco Pereira da SILVA uma “dupla função do conceito de acto administrativo, enquanto acto de autoridade e instrumento de garantia dos cidadãos”.¹⁵

Entretanto, o Estado liberal mostrou-se insuficiente para garantir os direitos e liberdades dos indivíduos, sendo necessária uma atuação administrativa mais interventiva, que superasse o individualismo e ampliasse os direitos sociais.¹⁶ Dessa forma, o Estado, que por muito tempo mostrou-se preocupado apenas com o âmbito de atuação política, descobriu uma nova vocação.¹⁷

Assim, durante o século XX, o Estado passa a se caracterizar *social*, na medida em que não se contentava mais com o *laissez faire*, mas que se propunha a *faire ele-même*.¹⁸ “A ‘questão social’ e as crises ‘cíclicas do capitalismo’, dos finais do século XIX e inícios do século XX, vieram colocar novos desafios ao poder político, chamando o Estado a desempenhar novas funções do tipo econômico e social”.¹⁹ Nessa perspectiva, o Estado procurou se reconciliar com a sociedade, tendo conseqüentemente que sacrificar as teses individuais em prol dos direitos da coletividade.²⁰

Passa a ser a missão do Estado social a promoção dos sistemas vitais (serviços públicos essenciais) e de prestações (emprego, segurança social, saúde, acesso a bens culturais), essenciais ao funcionamento da sociedade e à garantia de

¹³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 39.

¹⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 39.

¹⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 40.

¹⁶ CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de; RIBAS, Carolline Leal. **O controle jurisdicional dos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 268, janeiro-abril/2015, p. 88.

¹⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 71.

¹⁸ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 36.

¹⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 72.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 391.

um nível mínimo de bem-estar. O Estado social torna-se, portanto, um *Estado de prestações*.²¹

A Administração Pública do Estado social torna-se o principal instrumento de realização das novas funções a serem desempenhadas pelo Estado, bem como da satisfação das necessidades a ele agora atribuídas. Passa-se de uma Administração agressiva para uma Administração marcadamente prestadora ou constitutiva.²²

Inicia-se nesse momento o desaparecimento da separação clássica entre Estado e a sociedade, entre a Administração Pública e os administrados. Esses diferentes polos “encontram-se agora ligados por relações duradouras, que implicam uma interpenetração e colaboração recíprocas”, marcados por relações continuadas e duradouras.²³

O Estado Social flexibilizou e diversificou seus modos de atuação, substituindo os meios autoritários (anteriormente representados em grande parte pelo ato administrativo) por formas mais consensuais de atuação.²⁴ Entretanto, o conceito autoritário de ato sobreviveu por mais algum tempo, apesar de que “já não era mais, como fora antes, um instrumento jurídico flexível e adequado para a resolução dos novos problemas com que se defrontava a moderna Administração”.²⁵

Observa-se, portanto, o surgimento da contratualização da atividade administrativa, manifestada através da celebração de contratos entre a Administração Pública e os particulares para a persecução de fins públicos, bem como na busca pelo consenso – ainda que através da atuação unilateral da Administração.²⁶ O ato perde, portanto, sua posição de quase exclusividade no âmbito das relações administrativas.²⁷

Entretanto, esse modelo de Estado sofreu duras críticas, pois se mostrou pouco eficiente quanto à promoção da democracia econômica e social almejada.²⁸

²¹ SANTAMARIA PASTOR. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991, p. 163. *apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, p. 73.

²² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, p. 74.

²³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, p. 76.

²⁴ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, p. 103.

²⁵ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, p. 71.

²⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, p. 105-106.

²⁷ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca...*, p. 109.

²⁸ CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de; RIBAS, Carolline Leal. *O controle...*, p. 90.

Há um evidente “esgotamento do modelo do Estado-providência, incapaz, também ele, de continuar a dar uma resposta satisfatória aos mais recentes problemas colocados pela evolução da sociedade”.²⁹

Isso propiciou o surgimento do chamado Estado democrático, de onde surge a concepção de Direito Administrativo como “direito do Estado e dos administrados”.³⁰ Há uma harmonização entre o estímulo à iniciativa privada e a responsabilidade pública em áreas essenciais ao bem-estar social.³¹

O enclausuramento político do Direito Administrativo começa a se desfazer, proporcionando a esse ramo a abertura necessária à reabilitação da pessoa como administrado, em consonância com o *status* já conquistado enquanto eleitor e jurisdicionado.³²

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO afirma que o Direito Administrativo perde sua característica autoritária, herança do período liberal francês, na medida em que passa a ser

[...] um Direito Público das relações introvertidas e extrovertidas da Administração Pública, que não rege somente as relações internas entre os entes e os órgãos da Administração (administração introvertida), como e principalmente, as relações externas da Administração em face dos administrados (administração extrovertida), com submissão aos princípios da confiança legítima e da segurança jurídica.³³

A partir dessa concepção teórica, o Direito Administrativo novamente reconcilia o Estado e a sociedade através de mecanismos de participação social, criando o que Caio Tácito chamou de *Direito Administrativo Participativo*.³⁴

As novas estruturas de comunicação presentes na sociedade despertaram nos cidadãos a consciência sobre seus interesses, sobre a natureza de sua relação com o Estado, levando-os a reclamar por maior participação nas atividades desenvolvidas pela Administração Pública e que a eles diretamente afetam.³⁵

²⁹ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 122.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 33.

³¹ TÁCITO, Caio. **Transformações...**, p. 30.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 11.

³³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações nos serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, n.º 1, fevereiro-abril/2005, p. 7.

³⁴ TÁCITO, Caio. **Transformações...**, p. 34.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 12.

Os particulares deixam de ser vistos apenas como destinatários e participantes da atuação administrativa, para assumirem a posição de sujeitos autônomos frente à Administração Pública, com quem podem estabelecer verdadeiras relações jurídicas.³⁶

Dessa forma, mostrou-se necessário criar novos mecanismos de atuação política, formais ou informais, que sejam aptos a defender os múltiplos interesses que se pode encontrar no bojo da sociedade. Tais mecanismos encontram-se na tradicional representação política, bem como nas formas diretas e indiretas de expressão vinculativa da vontade do administrado.³⁷

Nas palavras de FORSTHOFF, “nos Estados modernos, as pessoas afirmam-se, não através de uma liberdade individual que lhes é garantida, mas antes através da participação, que se torna uma condição de existência do cidadão individual”.³⁸

Observa-se, portanto, a existência de um direito comum dos administrados face ao Estado administrador.³⁹ Assim sendo, com o aumento da interação sociedade-Estado, pode-se vislumbrar um futuro de maior legitimidade e eficiência da ação estatal.⁴⁰

2.2. Atos administrativos negociais

Ato administrativo é “a declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes, expedida em nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob regime de direito público e sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.⁴¹

Tal noção surgiu para diferenciar essa forma de atuação estatal, marcada por características diametralmente opostas à dos atos civis, dos atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário – a lei e a sentença, respectivamente.⁴²

O ato administrativo se expressa através de declaração unilateral da Administração. Há aqui uma regulação unilateral, diferentemente do contrato administrativo, em que há uma regulação bilateral ou consensual.⁴³

³⁶ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 126.

³⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 13.

³⁸ FORSTHOFF, Ernst. **Die Verwaltung**. Berlin: Kohlhammer, 1938, p. 45 *apud* SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca...**, p. 79.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 33.

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 15.

⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 11.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo...**, p. 12.

Acerca do contrato administrativo, faz-se necessário entendê-lo como um acordo entre duas ou mais partes, visando à produção de um determinado resultado jurídico. Há duas declarações de vontade que se correspondem e se dirigem a um fim comum. O que o diferencia dos demais contratos é o fato da relação jurídica acima descrita ser uma relação jurídica pública⁴⁴, na medida em que há uma concordância entre as declarações da autoridade pública e do cidadão.⁴⁵

Em observância ao modelo estatal vigente, a Administração passa a resolver os problemas não de forma unilateral, ou seja, “de cima para baixo, mas em cooperação com os cidadãos afetados”.⁴⁶

Entretanto, além da atuação Administrativa exteriorizada pelo contrato, “o ato administrativo pode ser o resultado do esforço comum da administração e cidadão para uma solução objetivamente conveniente e irrepreensível juridicamente”.⁴⁷ Nessa perspectiva é que se podem enquadrar os atos administrativos negociais.

Os atos administrativos negociais “são todos aqueles que contêm uma declaração de vontade da Administração apta a concretizar determinado negócio jurídico ou a deferir certa faculdade ao particular, nas condições impostas ou consentidas pelo Poder Público”.⁴⁸

Nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES:

À falta de uma denominação específica em nossa Língua para essas manifestações unilaterais da Administração, e das quais se originam negócios jurídicos públicos, permitimo-nos denominá-los atos administrativos negociais, numa tradução livre do Castelhana - *acto administrativo, negócio jurídico* - mas literal do italiano - *atti amministrativi negoziali* e do Alemão - *rechtsgeschäftliche Verwaltungsakte*.⁴⁹

⁴³ MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 115.

⁴⁴ MAURER, Hartmut. **Elementos...**, p. 115.

⁴⁵ MAURER, Hartmut. **Elementos...**, p. 118.

⁴⁶ MAURER, Hartmut. **Elementos...**, p. 133.

⁴⁷ MAURER, Hartmut. **Elementos...**, p. 138.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 206.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo...**, p. 205.

Cid Tomanik POMPEU define atos administrativos negociais como atos em que a vontade da Administração destina-se a atingir determinado fim, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico.⁵⁰

Celso Antônio Bandeira de MELLO, por sua vez, define atos negociais como aqueles em que “a vontade administrativa é, de direito, preordenada à obtenção de um resultado jurídico, sendo ela que cria imediatamente os efeitos jurídicos, embora dentro dos quadros legais”.⁵¹

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que os atos administrativos negociais não se confundem com os negócios jurídicos, na medida em que, apesar de produzirem os efeitos pretendidos pelas partes, não são esses por elas livremente estipulados, mas decorrem da lei.⁵² Dessa forma, considera a autora que são atos administrativos negociais “aqueles que são queridos por ambas as partes; excluem-se os impostos pela Administração, independentemente de consentimento do particular”.⁵³

Para Miguel REALE, os atos administrativos negociais são plenamente compatíveis com a estrutura do Estado de Direito, pois existem “campos de ação reconhecidos de maneira autônoma tanto para os indivíduos como para a Administração Pública”. Nessa perspectiva, permite-se que a Administração e o particular firmem contratos também situados no domínio do Direito Público, que visam tanto à realização de fins privados, como a satisfação de interesses públicos.⁵⁴

2.2.1. Características gerais

Em regra, os atos administrativos negociais são produzidos a partir do interesse precípua do particular. Entretanto, em alguns casos os atos podem corresponder diretamente ao interesse da Administração Pública, na medida em que o particular tornar-se-á responsável por determinada atividade ou serviço útil à

⁵⁰ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 433.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 233.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 234.

⁵⁴ REALE, Miguel. *Atos administrativos negociais*. In: **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 134.

coletividade.⁵⁵ A expedição dessa espécie de ato se situa no contexto de um negócio administrativo, caracterizado por sua bilateralidade e pela estipulação de direitos e deveres correlatos entre as partes signatárias.⁵⁶

O que diretamente distingue os atos administrativos negociais dos demais atos praticados pela Administração Pública são os requisitos para sua expedição e os efeitos que se dirigem ao seu destinatário.⁵⁷ Essa espécie de ato produz efeitos concretos e individuais para ambas as partes que dele participam, de forma a criar direitos, obrigações e encargos que terão que ser observados de forma recíproca por ambas as partes.⁵⁸

Apesar de serem considerados unilaterais por grande parte da doutrina, essa modalidade de ato administrativo possui conteúdo tipicamente negocial, pois retrata o interesse recíproco da Administração Pública e do administrado, mas que não adentra a esfera da contratualidade propriamente dita.⁵⁹ Portanto, esses atos necessitam sempre da participação direta do particular interessado para que se formem de maneira plena.⁶⁰

Nesse sentido, afirma Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO que a manifestação de vontade do particular não constitui elemento necessário à formação do ato, mas sim elemento necessário para incitar a Administração Pública à prática do ato.⁶¹

A despeito dessa discussão, ainda que os atos administrativos negociais sejam unilaterais, é necessário que o particular observe determinadas disposições acerca do conteúdo e da execução de tal tarefa e que foram estipuladas pelo ordenamento pátrio.⁶²

Sobre desse processo dispõe Hely Lopes MEIRELLES:

Os atos administrativos negociais são expedidos após o requerimento do particular interessado na realização de um negócio jurídico ou de uma atividade material que dependa da aprovação da Administração Pública.

⁵⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais.** Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 158, outubro-dezembro/1984, p. 17.

⁵⁶ REALE, Miguel. **Atos administrativos...**, p. 141.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 17.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 17.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo...**, p. 205.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 16.

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014, p. 174.

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 16-17.

Sua formação dá-se através de processo administrativo, no qual o particular deve demonstrar a legitimidade de sua pretensão, bem como o atendimento de todas as exigências trazidas pela lei para o deferimento do pedido.⁶³

Hely Lopes MEIRELLES também caracteriza essa espécie de ato como *biface*, pois, em geral, após a sua expedição, segue-se à expedição de um ato de Direito Privado, que completa o negócio jurídico requerido pelo particular e deferido pela Administração Pública.⁶⁴

Além disso, enquanto os atos administrativos normativos são os que contêm um comando geral e abstrato⁶⁵, os atos administrativos negociais são sempre específicos, operando efeitos jurídicos entre as partes⁶⁶ – gerando, em especial, efeitos específicos e individuais ao particular interessado.⁶⁷

2.2.2. Classificações

Os atos administrativos negociais podem ser subdivididos em: ampliativos ou restritivos – sendo ampliativos aqueles que aumentam a possibilidade de exercício de determinadas atribuições e formam relações jurídicas até então inexistentes (como, por exemplo, a autorização, admissão, aprovação etc.) e restritivos aqueles que limitam a esfera jurídica de determinados sujeitos a partir da prática ou abstenção de determinados atos, que em geral possuem caráter punitivo (como, por exemplo, as multas, sanções etc.).⁶⁸

Além disso, os atos administrativos negociais podem ser classificados em vinculados ou discricionários e definitivos ou precários. A vinculação se refere à existência de dispositivos legais que versem sobre a formação do ato, enquanto que a discricionariedade se refere à liberdade que possui a Administração para expedir ou não esse ato. Por outro lado, o ato será definitivo quando sua formação estiver vinculada a um direito individual do particular, enquanto que será precário se derivar da liberdade da Administração.⁶⁹

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 15.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo...**, p. 210.

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 151.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 17.

⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo...**, p. 205.

⁶⁸ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 49.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 16.

Para Odete MEDAUAR, a discricionariedade irá se manifestar não no próprio ato, mas através do poder que possui a Administração para expedi-lo, após a análise do juízo de oportunidade e conveniência.⁷⁰

Lúcia Valle FIGUEIREDO, por sua vez, afirma que “os atos vinculados são praticados quando esteja o administrador diante de conceitos unissignificativos”, ou seja, que admitem apenas uma única solução. Já os atos discricionários seriam aqueles “em que o administrador tem opções indiferentes, pois se qualquer delas for escolhida, haverá cumprimento da norma legal”.⁷¹

Celso Antônio Bandeira de MELLO define a vinculação da seguinte forma:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existirem prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.⁷²

Por outro lado, os atos discricionários seriam aqueles praticados a partir de uma margem de liberdade para avaliação ou decisão. Além disso, caberá também à Administração estabelecer quais serão os critérios de conveniência e oportunidade a serem utilizados nessa avaliação, ainda que esteja adstrita à lei reguladora da expedição desses atos.⁷³

Marçal JUSTEN FILHO distingue essas duas espécies da seguinte forma:

Nos primeiros [atos administrativos vinculados] a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos [atos administrativos discricionários] a disciplina legal deixou ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.⁷⁴

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 129.

⁷¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 203.

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 438.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 438.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 438-439.

Essas classificações constituem ponto essencial para que seja feita a diferenciação entre as diversas espécies de atos administrativos negociais, conforme se verá a seguir.

2.2.3. *Espécies*

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO identifica como espécies de atos administrativos negociais os seguintes expedientes: admissões, licenças, permissões, registros e autorizações.

Para ele, admissões são atos que outorgam uma situação jurídica a alguém para que usufrua de uma determinada vantagem pública. Confere-se determinado *status* a quem cumpra determinadas condições previstas em lei.⁷⁵

Celso Antônio Bandeira de MELLO, por sua vez, afirma que a admissão é o ato administrativo unilateral e vinculado, pelo qual a Administração “faculta a alguém a inclusão em estabelecimento governamental para gozo de um serviço público”. Além disso, utiliza essa expressão para designar o ato de investidura precária de alguém como servidor público na qualidade de extranumerário, ou seja, sem provimento de cargo – ato esse que considera ser inconstitucional.⁷⁶

Por outro lado, para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, as licenças são atos administrativos vinculados que indicam a concordância da Administração Pública com determinada atividade praticada pelos particulares, desde que cumpridos certos requisitos previstos em lei.⁷⁷

Lúcia Valle FIGUEIREDO conceitua licença como ato vinculado que faculta ao particular o desfrute de situação regida pelo ordenamento pátrio. Como exemplo cita as licenças ambientais e urbanísticas.⁷⁸

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, licença é o ato unilateral e vinculado pelo qual “a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos”.⁷⁹

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 174.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 447.

⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 174.

⁷⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...**, p. 172.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 448.

Marçal JUSTEN FILHO, por sua vez, estabelece que a licença é ato administrativo vinculado, através do qual a Administração Pública declara que o particular preencheu os requisitos exigidos em lei e, na sequência, constitui o direito de um particular ao exercício de uma profissão ou atividade privada.⁸⁰ Dessa forma,

[...] a licença reflete a atividade de controle do Estado sobre o exercício de direitos privados, visando à ordenação e harmonização com os interesses coletivos. [...] Não pode ser negada mediante a invocação de inconveniência ou inoportunidade, uma vez que sua outorga é condicionada objetivamente ao preenchimento de certos requisitos.⁸¹

As permissões, por outro lado, são atos discricionários nos quais a Administração manifesta sua concordância precária com atividades a serem praticadas pelos administrados. A importância dessa concordância consiste no fato de que nessas atividades há predominante interesse público.⁸²

Para Marçal JUSTEN FILHO, permissão é o ato administrativo unilateral e discricionário, que tem por objeto a prestação de serviço público ou a utilização de um bem público para fins específicos. Além disso, a precariedade é característica essencial dessa espécie de ato.⁸³

Egon Bockmann MOREIRA, por sua vez, afirma que permissão é o “ato administrativo pelo qual o Poder Público enseja que determinada pessoa privada exerça, a título precário, determinado serviço público”.⁸⁴

Já os registros são atos administrativos de caráter vinculado que “expressam, por meio de assentamentos públicos, o reconhecimento administrativo da satisfação de requisitos legalmente estabelecidos para a prática de atos da vida privada, por parte do administrado que os requer”.⁸⁵

Por fim – e ao que mais interessa ao presente estudo – Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO conceitua as autorizações como atos administrativos discricionários pelo qual a Administração Pública expressa sua concordância

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 406-407.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 407.

⁸² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 174.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 408.

⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, n.º 18, maio-junho-julho/2009, p. 1.

⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 174.

precária com determinadas atividades exercidas pelos particulares, mas que possuem predominante interesse privado e reduzido interesse público, ainda que existente.⁸⁶

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário através do qual a Administração Pública faculta ao particular o exercício de determinada atividade material e que possui, como regra, caráter precário.⁸⁷

Marçal JUSTEN FILHO, por sua vez, conceitua o instituto da autorização da seguinte forma:

Autorização é um ato administrativo editado no exercício de competência discricionária, tendo por objeto o desempenho de uma atividade privada, o exercício de um direito ou a constituição de uma situação de fato, caracterizada pelo cunho de precariedade e revogabilidade a qualquer tempo. A autorização é também utilizada para indicar o ato administrativo unilateral e precário editado no exercício de competência discricionária que faculta a particular o uso temporário de bem público.⁸⁸

Assim, a distinção precípua entre autorizações e licenças é que esta, “sendo vinculada, apenas reconhece direito prévio, enquanto a autorização, discricionária, amplia a esfera jurídica dos particulares”.⁸⁹ Ou seja, a licença não admite juízo discricionário, pois a Administração Pública está totalmente vinculada, cumprindo-lhe apenas

[...] conferir objetivamente medidas, recuos, volumes ou custos do produto e deferir o pedido, se demonstrado o atendimento às condições legais, ou indeferi-lo, na situação oposta. Por isso se costuma atribuir ao provimento administrativo caráter meramente declaratório, voltado a reconhecer direito preexistente: é que a Administração não exerce no caso qualquer juízo volitivo.

A autorização, por sua vez, possui como campo de atuação “o setor econômico privado, a livre iniciativa e a respectiva barreira de entrada existente em

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 174.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 448.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 407.

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 46.

lei: desde que cumpridas determinadas exigências, o Estado autoriza que o particular desempenhe aquela atividade econômica”.⁹⁰

Ademais, a diferença entre admissão e autorização consiste no fato de que, enquanto “a autorização é ato discricionário do Estado que remove obstáculo legal a fim de que o beneficiário desempenhe atividade na qual está interessado”, a admissão é ato vinculado que “faculta a alguém o exercício de um direito a determinada participação na vida pública ou a determinada utilidade ou prestação que deve corresponder ao próprio ente de que emana”.⁹¹

Nessa perspectiva, mostra-se interessante detalhar a classificação adotada por Lúcia Valle FIGUEIREDO, que parte da classificação de Massimo Severo GIANNINI acerca dos chamados *provimentos*.

A partir dessa teorização, Lúcia Vale FIGUEIREDO conceitua como *provimentos autorizatários* aqueles que possibilitam ao indivíduo o exercício de atividades legalmente permitidas, sendo tal provimento subordinado à realização de interesses tanto públicos quanto privados.⁹² Esses interesses privados se manifestam através da possibilidade do indivíduo realizar certas atividades, comportamentos ou exercer determinados direitos anteriormente consagrados, mas que precisam da manifestação da Administração Pública para se concretizarem.⁹³

Essa forma de provimento se difere dos *provimentos concessivos* e dos *ablatórios* na medida em que não se confundem com a atribuição de vantagens particulares em matérias pertinentes aos Poderes Públicos (como, por exemplo, concessões de função pública no caso dos vigias urbanos ou a concessão de atos honoríficos), nem ao menos tratam do sacrifício de interesses e bens de um determinado sujeito em prol de outro (como, por exemplo, a desapropriação, supressão da possibilidade do exercício de profissão etc.).⁹⁴

A partir da ideia de provimentos autorizatários, Lúcia Valle FIGUEIREDO indica a existência dos seguintes atos administrativos que neles se enquadram: dispensa, aprovação, permissão, licença, e, por fim, autorização.

Os atos administrativos não abarcados pela classificação anterior são os de dispensa e aprovação, que por sua vez dizem respeito, respectivamente, ao ato

⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo...**, p. 46-47.

⁹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. **Definição...**, p. 114.

⁹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...**, p. 169.

⁹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...**, p. 170.

⁹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...**, p. 170.

administrativo vinculado que exonera alguém de um determinado dever legal, como, por exemplo, a prestação de serviço militar obrigatório e o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual a Administração “faculta a prática de ato jurídico ou manifesta sua concordância com ato jurídico já praticado, a fim de lhe dar eficácia”.⁹⁵

O confronto dessas figuras jurídicas, que possuem semelhanças e dissemelhanças, proporciona uma melhor compreensão da espécie a ser considerada, inclusive no âmbito conceitual, visto que além da divergência doutrinária, nem ao menos os Tribunais ou a própria legislação pátria aplicam de forma congruente tais vocábulos, definindo os institutos da autorização, concessão, permissão ou licença como se o mesmo instituto fossem.⁹⁶

Após as considerações acima, passa-se à abordagem do instituto da autorização como espécie do gênero ato administrativo negocial.

2.3. Autorizações administrativas

O estudo das autorizações se inicia pelo exame das formas pelas quais a Administração Pública manifesta sua vontade. Essa manifestação se dá, em grande parte, através do ato administrativo, que visa sempre à preservação do interesse público – na medida em que tem por objeto a aquisição, resguardo, transferência, modificação ou extinção de direitos.⁹⁷

Para os fins do presente estudo, é essencial analisar o conceito de autorização administrativa sob a ótica da possibilidade (ou necessidade) de vinculação à lei, quanto ao papel exercido pelas partes envolvidas e quanto ao conteúdo que a encerra.

2.3.1. Conceitos e características gerais

O instituto da autorização remete à ideia de diálogo entre dois sujeitos de direito que resulta em uma anuência – uma ideia positiva – que irradia do sujeito ativo, detentor dos poderes necessários a essa outorga, para o sujeito passivo, o

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 448.

⁹⁶ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 194.

⁹⁷ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 41.

particular. Dessa forma, “o autorizante ou autorizador, ao ser acionado, outorga ao autorizado uma faculdade ou lhe condiciona o exercício de atividade determinada ou o uso de certos meios”.⁹⁸

Preliminarmente, Cid Tomanik POMPEU ressalta a necessidade de, no momento da definição técnica do vocábulo autorização, sejam sempre utilizadas as palavras outorga, anuência ou assentimento – e não *concessão*, como na errônea expressão “o Poder Público *concedeu a autorização* pleiteada pelo particular”.⁹⁹

Em geral, a doutrina estrangeira interpreta as autorizações administrativas em sentido amplo, significando um ato permissivo ou concessivo.¹⁰⁰ Entretanto, o conceito, já amplamente debatido, ainda encontra percalços para sua plena compreensão. Especialmente na doutrina estrangeira há uma confusão entre o instituto da autorização e outros institutos afins, apesar de o serem marcadamente distintos, como a concessão, a aprovação e a licença.¹⁰¹ A título de exemplo, pode-se citar o caso das autorizações de polícia, chamadas de licença pelo direito italiano.¹⁰²

Nesse diapasão, Cid Tomanik POMPEU afirma que o primeiro obstáculo encontrado na análise das autorizações administrativas no direito estrangeiro é a diferença de idiomas, visto que “cada língua conta com vocábulos específicos para designar os mais variados institutos e, além disso, os autores são geralmente presos ao sentido dado ao termo pelo direito objetivo dos respectivos países”.¹⁰³

A maior parte da doutrina estrangeira entende que o instituto da autorização administrativa abrange, além das atividades materiais exercidas por particulares, o controle que a Administração Pública exerce sobre os entes menores.¹⁰⁴

Por outro lado, a doutrina nacional é mais rigorosa, na medida em que busca empregar o vocábulo autorização em sentido técnico, estrito, e não de forma ampla ou genérica. Dessa forma, adota o posicionamento de que a autorização administrativa deva ser interpretada apenas como a solicitação de um particular em face da Administração, e não como forma de controle hierárquico ou de tutela.¹⁰⁵

⁹⁸ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 59.

⁹⁹ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 61.

¹⁰⁰ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 68.

¹⁰¹ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 58.

¹⁰² POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 57.

¹⁰³ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 189.

¹⁰⁴ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 189.

¹⁰⁵ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 193.

Cid Tomanik POMPEU afirma que as autorizações administrativas relacionam-se diretamente com os conceitos de permitir, anuir, conceder, deixar fazer, outorgar poderes e assentir.¹⁰⁶

Caio TÁCITO, por sua vez, afirma que a autorização administrativa é o ato que propicia a habilitação do sujeito autorizado ao exercício de um direito individual sujeito a controle preventivo pela Administração Pública. Não há o surgimento de um novo direito, mas sim a outorga de eficácia a um direito preexistente, estipulado em lei.¹⁰⁷

José CRETELLA JÚNIOR afirma que o termo autorização designa

[...] a classe de atos administrativos especiais, suscetíveis de várias acepções, todas elas, porém, interligadas por traço comum, que as relaciona: 'outorga da Administração ao interessado para a prática de determinada atividade que, sem a mencionada anuência do poder público, seria proibida'.¹⁰⁸

Na doutrina clássica, a autorização administrativa é enquadrada na espécie ato administrativo discricionário e precário, com a qual a Administração possibilita ao beneficiário a “realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração”.¹⁰⁹

Aspecto relevante ao presente estudo é o de que a maioria dos autores define as autorizações como atos administrativos unilaterais, visto existir sempre um sujeito ativo (detentor dos poderes necessários à outorga), o objeto (um *facere*) e o sujeito passivo que pleiteia a outorga da autorização, mas que não estabelece uma relação jurídica propriamente dita com o Poder Público outorgante.¹¹⁰

Além disso, é unânime na doutrina estrangeira a ideia de que o ato administrativo de outorga de autorização é um ato ampliativo da esfera jurídica do sujeito autorizado, que possibilita o exercício de poder ou direito vedado por proibição geral trazida pelo ordenamento jurídico, bem como a noção de que o

¹⁰⁶ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 60.

¹⁰⁷ TÁCITO, Caio. **Parecer**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 75, p. 390.

¹⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Definição...**, p. 100.

¹⁰⁹ FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação jurídica dos serviços autorizados**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 66-67.

¹¹⁰ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 60-61.

instituto da autorização se presta tanto ao controle, pela Administração Pública, de entes de hierarquia inferior, quanto ao exercício do poder de polícia pelo Estado.¹¹¹

Cid Tomanik POMPEU, por sua vez, afirma que autorização é a outorga que remove o óbice imposto pela lei ao livre desenvolvimento de determinada atividade por motivos de ordem pública. A Administração Pública, em sua esfera de competência, outorga a autorização a agente público ou a particular para que esse possa desempenhar determinada atividade material antes proibida.¹¹²

2.3.2. Autorizações vinculadas e autorizações discricionárias

A análise da vinculação ou discricionariedade das autorizações é ponto fundamental ao presente estudo, pois apesar de se tratar do mesmo instituto jurídico, essas duas espécies apresentam efeitos jurídicos diversos. De acordo com Sara Jana Leite de FARIA, essa diferenciação tornou-se especialmente relevante com o advento da Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.472/97.¹¹³

Nessa perspectiva, a doutrina afirma que a compreensão de autorização como vinculada ou discricionária depende primordialmente da compreensão que se faz do próprio instituto – em sentido amplo ou em sentido estrito. O emprego do termo autorização em sentido amplo é sinônimo de ato permissivo ou autorizativo, enquanto que em sentido estrito é sinônimo de remoção do limite para exercício de um poder individual. Dessa forma, “aqueles que a adotam no sentido amplo, aceitam-na tanto vinculada como discricionária, conforme a matéria tratada verse, respectivamente, sobre direito ou faculdade”.¹¹⁴

Para Pontes de MIRANDA, as autorizações administrativas possuem caráter discricionário, na medida em que representam atos pelos quais o Estado permite a um determinado sujeito o exercício de uma atividade até mesmo proibida ou sujeita a tributações gravosas.¹¹⁵

Mário MASAGÃO, também representante da doutrina pátria, afirmava que

¹¹¹ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 63.

¹¹² POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 61.

¹¹³ FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação...**, p. 68.

¹¹⁴ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 71-73.

¹¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 1, p. 282.

A palavra autorização tem em direito administrativo dois sentidos. No primeiro, significa apenas a outorga de competência especial, dada por um órgão a outro, dentro do aparelho administrativo. No segundo [...] autorização é o ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que a lei declara, salvo assentimento da administração, proibida.¹¹⁶

Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, por sua vez, define a autorização como ato administrativo discricionário e unilateral, pelo qual a Administração Pública faculta, de forma precária, o exercício de determinada atividade material, que sem ela permaneceria proibido. Dessa forma, o atendimento ao pedido do interessado encontra-se a mercê do critério de conveniência e oportunidade a ser analisado pela Administração.¹¹⁷ Além do mais, em virtude de seu caráter precário, a autorização pode ser deferida, negada ou retirada sumariamente e a qualquer tempo, por motivo de interesse público – exceto se houver disposição legal em sentido contrário, ou a autorização tenha sido dada a prazo certo.¹¹⁸

Nessa perspectiva, afirma que através da autorização concedida, o particular torna-se habilitado a exercer atividade material que anteriormente estava impedido em virtude de uma proibição geral trazida pelo ordenamento pátrio. Portanto, a expedição da autorização “deve ser dada para cada caso em particular, quando surge a faculdade do interessado de agir, ao contrário da norma geral a respeito”.¹¹⁹

Para Lúcia Valle FIGUEIREDO, autorização é o ato administrativo que outorga o exercício de determinada conduta, ampliando um direito preexistente. Além disso, considerando o caso das autorizações para porte de armas, afirma a autora que diferentemente da dispensa e da licença, a autorização possui conteúdo discricionário.¹²⁰

2.3.3. Autorizações como atos unilaterais ou bilaterais

Outro ponto relevante ao presente estudo é a análise do caráter unilateral ou bilateral das autorizações administrativas. Não há dúvida na doutrina sobre a

¹¹⁶ MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 1933, p. 8-9.

¹¹⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios...**, p. 561.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Formação, efeitos...**, p. 16.

¹¹⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios...**, p. 561.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...**, p. 171.

autorização ser espécie do gênero ato administrativo, mas o entendimento acerca da unilateralidade ou bilateralidade ainda é bastante controverso. Entretanto, a maior parte dos autores defende o caráter unilateral da autorização administrativa, na medida em que o pedido do interessado, a princípio, não incorporaria o ato administrativo de outorga da autorização.¹²¹

José CRETELLA JÚNIOR afirma que as autorizações são atos administrativos unilaterais, visto que “o ato se perfaz unicamente pela manifestação da vontade da Administração, já que, supondo embora uma solicitação do interessado, esta não se incorpora à medida emanada, da qual participa como simples antecedente”.¹²²

Em sentido contrário, afirma o doutrinador italiano Enzo BALOCCHI que as autorizações administrativas são “negócio (administrativo) que amplia a esfera jurídica do sujeito autorizado, aumentando sua faculdade em relação ao exercício de atividade e ao estabelecimento de relações jurídicas que, antes da outorga, eram juridicamente impossíveis ou ilícitas”.¹²³

Essa concepção das autorizações como atos administrativos bilaterais encontra guarida em parte da doutrina italiana que, ao adotarem a classificação dos atos administrativos a partir de seu conteúdo, definem a autorização como espécie de atos negociais ampliativos.¹²⁴ Entretanto, para outra parte da doutrina, como a autorização não encerra de forma imediata um interesse público, ela deve ser classificada como mero ato administrativo e não negocial.¹²⁵

2.3.4. Modalidades de autorizações

Conforme demonstrado acima, a doutrina em geral apresenta inúmeras divergências quanto à conceituação do instituto das autorizações, sendo ainda que, na doutrina estrangeira, emprega-se o termo em sentido genérico, abarcando inúmeros atos do tipo permissivos – ao contrário do que ocorre na doutrina pátria.¹²⁶

¹²¹ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 80-81.

¹²² CRETELLA JÚNIOR, José. **Definição...**, p. 101.

¹²³ BALOCCHI, Enzo. *Autorizzazioni amministrative (verbetes)*. **Enciclopedia Forense**. Milano: Vallardi, 1958, v. 1 *apud* POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 86.

¹²⁴ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 190.

¹²⁵ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 190.

¹²⁶ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 167.

Assim, apesar de complexo e cercado de divergências, o estudo das diversas modalidades de autorizações administrativas é indispensável.

As autorizações podem ser aplicadas tanto em atividade materiais quanto com relação a atos jurídicos. No Poder Executivo, as autorizações possuem aspecto de atos administrativos formais, ao passo que nos demais poderes são caracterizadas como atos administrativos materiais.¹²⁷

As autorizações tradicionais versam sobre a faculdade conferida ao particular para que possa desempenhar determinada atividade material ou praticar ato jurídico que, se não houvesse consentimento da Administração, seriam considerados ilegais, por motivos de interesse público relativos à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos relacionados à tutela do bem comum. Exemplo dessa modalidade de autorização encontra-se nos arts. 21, VI e 176, §§ 1º, 3º e 4º da Constituição Federal¹²⁸⁻¹²⁹ – que tratam da produção e comércio de material bélico e da pesquisa e lavra de recursos naturais, respectivamente.¹³⁰

Além disso, o ordenamento pátrio dispõe sobre as autorizações para uso de bem público, através do qual a Administração Pública faculta ao particular o uso privativo de algum de seus bens, mas de forma precária.¹³¹

Em regra, os bens públicos de uso comum podem ser utilizados por qualquer particular, sem que seja necessária anuência da Administração. Entretanto, se essa utilização contrariar a destinação original dos bens, será necessário que a Administração outorgue sua utilização ao particular através de uma autorização.¹³²

Entretanto, a outorga de uso privativo de bens públicos pode se dar através de diversos outros institutos que não a autorização, como, por exemplo, a permissão qualificada de uso ou a concessão de uso privativo – sendo essa última

¹²⁷ POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização...**, p. 173.

¹²⁸ Art. 21. Compete à União: VI - autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico.

¹²⁹ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. § 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. [...] § 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente. § 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito...**, p. 237.

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito...**, p. 238.

¹³² TOMANIK, Cid Pompeu. **Autorização...**, p. 168.

marcadamente distinta da concessão de exploração de domínio na medida em que trata apenas da utilização do bem e não da gestão como um todo.¹³³

Ademais, existe uma terceira modalidade, denominada autorização de polícia. Essa espécie de autorização é utilizada pela Administração Pública no exercício de seu poder de polícia e pode ser encontrada nos casos em que, por exemplo, sejam requeridas autorizações para construir, para exploração de algum ramo comercial, para abertura de escolas etc.¹³⁴

Nesse caso, afirma-se que, havendo vinculação da Administração Pública a determinadas exigências legais que deverão ser atendidas pelo particular, o instituto a ser utilizado será o da licença.¹³⁵

A quarta modalidade de autorização consiste na autorização de tutela, sendo essa espécie requisito de validade para atos e operações materiais exercidas por entes menores.¹³⁶ Assim sendo, ao se admitir essa modalidade, admite-se também que o sujeito passivo da relação de outorga possa ser uma pessoa da Administração e não apenas um particular. Há nesse caso um controle hierárquico da Administração em face de entes menores.¹³⁷ Essa é a concepção adotada pela doutrina estrangeira, conforme já mencionado acima, mas que não encontra respaldo na doutrina pátria.

Existe, por fim, uma outra modalidade de autorização: as denominadas autorizações de serviço público. Essa forma de delegação de serviço público está prevista no art. 21, XI e XII da Constituição Federal.¹³⁸ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO denomina-os de serviços públicos impróprios, visto que são “abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição”.¹³⁹

¹³³ TOMANIK, Cid Pompeu. **Autorização...**, p. 169.

¹³⁴ TOMANIK, Cid Pompeu. **Autorização...**, p. 170.

¹³⁵ TOMANIK, Cid Pompeu. **Autorização...**, p. 170.

¹³⁶ TOMANIK, Cid Pompeu. **Autorização...**, p. 170.

¹³⁷ TOMANIK, Cid Pompeu. **Autorização...**, p. 178.

¹³⁸ Art. 21. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 238.

Diversos autores afirmam que as autorizações nesse caso apenas poderão ser outorgadas quando não houver predominância do interesse público sobre o interesse do particular.¹⁴⁰ Nesse sentido, afirma Fábio Konder COMPARATO: “o autorizado não desempenha propriamente serviço público, mas uma atividade de interesse coletivo”.¹⁴¹

Entretanto, essa espécie de autorização não encontra respaldo no conceito tradicional de autorização administrativa, tão pouco nos conceitos mais modernos já mencionados. O cerne da problemática encontra-se na ausência de menção a essa modalidade de outorga no art. 175 da Constituição Federal¹⁴², que prevê a delegação de serviços públicos apenas nas formas de concessão e permissão.

Esse instituto, entretanto, é previsto no art. 170, parágrafo único da Constituição Federal¹⁴³, que assegura o exercício de qualquer atividade econômica pelos particulares, sem que seja necessário consentimento do Poder Público. Sara Jane Leite de FREITAS afirma que, conforme disposto na parte final desse dispositivo, “existem algumas atividades econômicas que não poderão ser exercidas pela iniciativa privada sem que seja conferido um ato autorizatório prévio”.¹⁴⁴

Marçal JUSTEN FILHO entende que essas atividades mencionadas pelo art. 170, a despeito de se encontrarem no âmbito da autonomia privada, possuem interesse coletivo e, portanto, devem se subordinar a regulação estatal intensa.¹⁴⁵

Nesse sentido, dispõe Dinorá Adelaide Mussetti GROTTI

Existem três possibilidades para se considerar a referência constitucional ao regime da 'autorização' nos dispositivos acima citados: ou o art. 175 deixou de mencionar a 'autorização' entre as modalidades de delegação de serviços públicos, ao lado da permissão e concessão; ou introduziu-se erroneamente - por uma insuficiência técnica, no dizer de Celso Antônio

¹⁴⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirização e Regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹⁴¹ COMPARATO, Fábio Konder. *As autorizações de funcionamento de instituições financeiras*. In: **Direito público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 241.

¹⁴² Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁴³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁴⁴ FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação...**, p. 95.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado**. No prelo.

Bandeira de Mello [...] - o regime de autorização para um serviço público, conflitando com o art. 175; ou, finalmente, o regime de autorização estaria a demonstrar que alguns dos serviços elencados nos arts. 21 (incisos XI e XII) e 223 não são públicos, constituindo atividade econômica, enquanto os demais, sujeitos ao regime de concessão ou permissão, seriam serviços públicos.¹⁴⁶

Ou seja, a autorização nesses casos refere-se ao “exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União, que não se submetem restritivamente ao regime das concessões e permissões de serviço público”.¹⁴⁷

Tais atividades, na medida em que incorporam interesses difusos da sociedade e que transcendem os interesses individuais dos particulares, exigem do Poder Público um controle permanente quanto ao seu exercício. Por tais razões,

[...] entende-se que são atividades exercidas pelo particular, por direito próprio, no âmbito da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV, e 170, *caput*, da CRFB), mas que devem ser submetidas à prévia autorização estatal (art. 170, parágrafo único, da CRFB) e aos influxos da regulação setorial (art. 174, CRFB).¹⁴⁸

Assim sendo, essa modalidade de autorização deve ser entendida como “exercício de atividade econômica regulada em regime privado, que poderá até ser desempenhada no mesmo mercado relevante de um serviço público”.¹⁴⁹

Nessa perspectiva, trata-se de “submeter a prestação de específicos serviços ao regime de direito privado administrativo combinado com exigências típicas de um mercado competitivo”.¹⁵⁰

Sob a luz das definições acima trazidas, passa-se à análise do setor portuário e das autorizações como modalidade de exploração das atividades portuárias.

¹⁴⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e a sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros EDITORES, 2000, p. 66-67.

¹⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **Autorizações e contratos de serviços públicos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, julho-setembro-2010, p. 67.

¹⁴⁸ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 254.

¹⁴⁹ KLEIN, Aline Licia. **O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área**. No prelo.

¹⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. **Autorizações e contratos...**, p. 68.

3. O SETOR PORTUÁRIO E O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO

O setor portuário é de vital importância para o desenvolvimento do comércio exterior, na medida em que proporciona a integração dos mercados nacional e internacional.¹⁵¹ Além disso, o setor também é essencial à conexão entre as mais variadas modalidades de transportes – como, por exemplo, ferrovias, rodovias e hidrovias. Nessa perspectiva, os portos são considerados meio de transporte intermodal, ou seja, “aquele que conjuga dois ou mais meios de transporte”.¹⁵²

A exploração dos portos, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, pode ocorrer de forma direta ou de forma indireta – sendo que essa última se dá através de particulares, a partir de quatro modalidades contratuais: a concessão, a permissão, o arrendamento e a autorização. A concessão, a permissão e o arrendamento encontram guarida na ideia de exploração sob regime de serviço público e precisam necessariamente serem precedidas de licitação, enquanto que a autorização encontra respaldo na ideia de exploração de atividade econômica relevante sob a égide do direito privado.¹⁵³

Uma maior ou menor intervenção estatal nesse setor é determinada pelo período histórico e pelas orientações políticas vigentes em cada Estado¹⁵⁴. Assim, observa-se que o setor portuário encontra-se em constante reforma desde o início da década de 90. Tais modificações dizem respeito, em linhas gerais, ao crescente incentivo à atuação privada na exploração dos portos, principalmente através do instituto da autorização.¹⁵⁵

3.1. A evolução da legislação portuária no direito brasileiro

Desde o período do Império, o setor portuário foi diretamente controlado pelo Estado. Entretanto, a primeira disposição constitucional a tratar dessa exploração

¹⁵¹ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 83.

¹⁵² MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 83.

¹⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 51.

¹⁵⁴ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 221.

¹⁵⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 25.

surge apenas com a Constituição Federal de 1934 – que estabelecia competência privativa da União para legislar sobre “o regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais”. Esse dispositivo foi reproduzido de forma semelhante nas Constituições seguintes, culminando no atual art. 22, X, da Constituição Federal.¹⁵⁶⁻¹⁵⁷

Egon Bockmann MOREIRA afirma que a preocupação inicial acerca da atividade portuária encontrava-se nos imperativos de segurança nacional e na preservação da soberania do Estado. Nessa perspectiva, o transporte marítimo era visto não apenas como infraestrutura de transporte e comércio internacional, mas também como “porta de entrada para tropas estrangeiras”. Assim, “havia profunda integração [...] entre os temas da soberania, guerras, invasões e comércio marítimo”.¹⁵⁸ Essa preocupação foi substituída, com o passar do tempo, pela análise dos portos como mera atividade econômica de titularidade da União.¹⁵⁹

Para Cesar Luiz PASOLD,

Historicamente os Portos sempre foram e continuam sendo poderosos fatores de inserção econômica dos Países na vida internacional. Os Portos ocupam, indiscutivelmente, um papel estratégico nas relações internacionais, principalmente porque o transporte aquaviário costuma ser, especialmente quando comparado aos demais tipos, detentor de uma excelente relação custo/benefício para aqueles que o utilizam.¹⁶⁰

3.1.1. A *tratativa constitucional*

Previamente à promulgação da Constituição de 1988, o setor portuário era marcado pela exploração da atividade portuária pelas empresas estatais federais, denominadas Companhias das Docas. Sua atuação contava com grande autonomia, pois não havia regulação por meio do Poder Executivo – essas empresas, ao

¹⁵⁶ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 326.

¹⁵⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial.

¹⁵⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 36.

¹⁵⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 33.

¹⁶⁰ PASOLD, Cesar Luiz. **Lições preliminares de direito portuário**. Florianópolis: Conceito Editora, 2007, p. 21-22.

mesmo tempo em que administravam o porto, prestavam serviços como de movimentação e armazenagem de mercadorias.¹⁶¹

Entretanto, desde a promulgação da Constituição de 1988, o setor portuário passou a ser instrumento essencial para a criação e execução de políticas públicas que visem o desenvolvimento econômico do país, passando a ser compreendido “como parte da estrutura logística nacional, integrados num complexo sistema de economia de serviços e comércio”.¹⁶²

Nessa perspectiva, a atual Constituição alterou profundamente a forma de exploração econômica da atividade portuária, imputando ao setor portuário uma noção até então inexistente: a de parte essencial aos “setores econômicos cujo desenvolvimento cabe, direta ou indiretamente, à União”.¹⁶³ Assim, passa a ser competência da União não apenas legislar, mas explorar economicamente esse setor.¹⁶⁴ Os arts. 21, XII, “d” e “f” e 22, X, da Constituição Federal atribuem à União tais competências, ao mesmo tempo em que transfere ao legislador estadual a competência para legislar sobre questões específicas acerca desse tema. Dessa forma, afirma-se que a União detém competência para explorar o bem (porto enquanto infraestrutura) e, também, o conjunto de atividades desenvolvidas dentro dessa infraestrutura.¹⁶⁵

O art. 21, XII, por sua vez, “inaugurou inédita matriz hermenêutica para a interpretação constitucional da legislação portuária brasileira”, que afetou diretamente a interpretação dada à legislação infraconstitucional portuária.¹⁶⁶

Vitor Rhein SCHIRATO afirma que “embora não houvesse expressamente a determinação dos serviços portuários como serviços públicos, o regime jurídico [...] levou os serviços portuários a terem, ao longo do tempo, tratamento de serviços públicos”.¹⁶⁷

¹⁶¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 26.

¹⁶² MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 34.

¹⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 40.

¹⁶⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 41.

¹⁶⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões portuárias*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 264.

¹⁶⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 41.

¹⁶⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 327.

Entretanto, o entendimento de que as atividades portuárias, assim como as demais atividades previstas no art. 21, XII, da Constituição Federal, são exclusivamente serviços públicos contraria diretamente a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁶⁸

Assim, a despeito da criação de um chamado *serviço público portuário*, a legislação não limitou a entrada de particulares no setor e a sua concorrência com os operadores portuários públicos¹⁶⁹, propiciando a existência concomitante entre o serviço público e a exploração da atividade econômica no setor portuário.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO afirma que

[...] ao contrário do que defendem alguns autores, não se estabeleceu uma distinção entre dois gêneros – serviço público e atividade econômica – mas, ao contrário, a partir de um único gênero – atividade econômica – foram caracterizadas quatro espécies: uma privada, que é a regular, e três públicas, que são excepcionais. Em suma: a atividade econômica ficou constitucionalmente reservada à sociedade, salvo nos casos excepcionados, entre os quais estão os serviços públicos que se perfazem no campo econômico, previstos específica ou genericamente na própria Constituição. Como corolário, a atividade econômica, ainda que cometida ao Estado como um serviço público, continua vocacionada à colaboração do setor privado, pois não perde sua característica de produtora de lucro, domínio adequado à livre iniciativa”.¹⁷⁰

3.1.2. A *tratativa infraconstitucional*

Nas vias infraconstitucionais, por outro lado, restou ao legislador a prerrogativa de “estabelecer a licitação como um requisito no caso das permissões e concessões – bem como o respectivo regime de serviço público (se o fizer para as autorizações, a lei será inconstitucional)”.¹⁷¹

¹⁶⁸ Cf. STF. RE 220999/PE, 2ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 25.4.2000. DJe 24.11.2000.

¹⁶⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 329.

¹⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de serviço através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos**. Boletim de Direito Administrativo – BDA, v. 2, fevereiro/1997, p. 75-81.

¹⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 50.

Nessa perspectiva e em meio à crise das empresas estatais, surge a Lei n.º 8.630/1993, denominada Lei de Modernização dos Portos – que, dentre outras medidas, viabilizou uma maior atuação de empresas privadas no setor. Exemplo disso foi o incentivo à utilização do contrato de arrendamento portuário como “instrumento da política de privatização” e a possibilidade de particulares implantarem terminais privados de uso misto através de autorização outorgada pela União.¹⁷² Esse diploma legal apostou na flexibilidade entre os diferentes regimes de exploração – público e privado – para incentivar um maior dinamismo ao setor.¹⁷³

Nesse panorama de dualidade existente na Ordem Econômica brasileira, o legislador infraconstitucional

[...] pode optar por um modelo portuário mais público-centralizador (que albergue desde a concentração de poderes para a efetivação das escolhas da Presidência da República até a exploração direta dos portos pela Administração Pública) ou mais privado-cooperativo (que exprima a outorga da iniciativa, da exploração e da execução das políticas portuárias a pessoas privadas, em cooperação com as autoridades competentes).¹⁷⁴

O regime jurídico trazido pela Lei de Modernização dos Portos possuía quatro objetivos principais: o aumento de investimentos privados que acarretassem na modernização da infraestrutura até então existente no setor, o fomento à concorrência entre os terminais portuários que produziriam “externalidades positivas para esse setor” e buscaria “atingir a eficiência por meio da competição”, o aumento da arrecadação de recursos pelo Estado, através dos contratos de arrendamento e a extinção do monopólio da gestão dos trabalhadores portuários.¹⁷⁵

Para Carlos Ari SUNDFELD, essa flexibilidade de regimes foi bem sucedida, na medida em que diversos contratos de arrendamentos foram celebrados e as

¹⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 26-27.

¹⁷³ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 27.

¹⁷⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 43-44.

¹⁷⁵ GARCIA, Flávio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 222.

autorizações outorgadas, ainda que pouco numerosas, viabilizaram inúmeros investimentos no setor.¹⁷⁶

Por outro lado, para Flávio Garcia AMARAL e Rafael Vêras de FREITAS, a Lei de Modernização dos Portos não trouxe “avanços nos processos de integração intermodal, em especial com os segmentos ferroviário e rodoviário, dando origem a enormes gargalos de acesso aos portos”.¹⁷⁷

Entretanto, Osvaldo Agripino de CASTRO JR. e Cesar Luiz PASOLD afirmam que tais gargalos impulsionaram diversos países, como o Brasil, a “trazer[em] os seus portos para o século XXI”.¹⁷⁸

Na década seguinte deu-se início à maior centralização regulatória do setor com a criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), através da Lei n.º 10.233/2001. Por um lado, a agência deveria atuar de forma incisiva sobre os agentes estatais portuários, limitando e coordenando sua atuação; por outro, deveria regular a atuação dos agentes privados. Quanto a esse último ponto, faz-se necessário salientar que, à época, a ANTAQ passou a ser responsável pela outorga de autorizações, anteriormente a cargo do Ministério dos Transportes.¹⁷⁹

Carlos Ari SUNDFELD afirma que

[...] entre 1993 e 2001 o foco da lei foi mais o de dar incentivos à privatização, liberando os agentes estatais descentralizados para promovê-la. De 2001 a 2013, por um lado foi crescendo a centralização do poder e, por outro, os agentes privados que já tinham sido admitidos tentaram consolidar posições, enquanto o movimento de privatização engasgava.¹⁸⁰

Em 2007, com a criação da Secretaria de Portos da Presidência da República (Lei n.º 11.518), a ANTAQ tornou-se órgão auxiliar vinculado a essa secretaria – passando a essa a função de formular políticas e bases para a regulação do setor portuário. O advento da Nova Lei dos Portos (n.º 12.815/2013) consolida a

¹⁷⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 28.

¹⁷⁷ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária.* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 222.

¹⁷⁸ CASTRO JR., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 23.

¹⁷⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 28-29.

¹⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 25.

centralização da autoridade no Executivo e a ANTAQ passa a ter função de fiscalização e execução, deixando a regulação propriamente dita a cargo da secretaria.

Para Sérgio GUERRA e Rafael Vêras de FREITAS, a retirada da função de Poder Concedente da ANTAQ “equilibrou as funções técnicas, que devem ser exercidas por uma entidade reguladora setorial, e as funções políticas, que devem ser exercidas pelos órgãos de governo”. Houve, portanto, “um avanço em termos de modelagem institucional regulatória”.¹⁸¹

Ademais, dispõe Carlos Ari SUNDFELD que a atual Lei dos Portos “trouxe a vitória final do projeto de centralização administrativa – e, junto, uma incógnita quanto à privatização, agora muito mais dependente as orientações políticas e da eficiência empreendedora das autoridades centrais do Executivo”.¹⁸²

Vitor Rhein SCHIRATO afirma que o setor portuário foi o primeiro

[...] a ter seu marco regulatório alterado para possibilitar maior atuação privada e maior grau de competição [...] para ora direcioná-lo a uma abertura maior, como ocorrera em outros setores como o de telecomunicações, ora direcioná-lo a menor grau de abertura à concorrência, com predominância de um regime de serviço público.¹⁸³

Dessa forma, Márcia Lopes Gomes HEEREN afirma que a Nova Lei dos Portos adotou uma espécie de planejamento que permite que “a atividade portuária no Brasil obtenha um desenvolvimento uniforme por meio de decisões mais acertadas sobre as necessidades globais do país, e não apenas com foco na exploração compartimentada da atividade”.¹⁸⁴

3.1.3. O atual regime jurídico do setor portuário

¹⁸¹ GUERRA, Sérgio; FREITAS, Rafael Vêras de. *O modelo institucional do Setor Portuário – Os institutos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) e da conferência de serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos – aeroportos – ferrovias – rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 98.

¹⁸² SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 25.

¹⁸³ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 325.

¹⁸⁴ HEEREN, Márcia Lopes Gomes. *Mudança de competências e novas formas de exploração portuária*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação...**, p. 156.

O atual regime de exploração da atividade portuária concilia “o interesse público com o interesse privado para o atingimento de metas coletivas”. Dessa forma, para alguns autores, essa atividade poderia ser considerada tanto serviço público, quanto atividade econômica privada – a distinção teria que ser feita caso a caso, levando em consideração o regime jurídico aplicável e as condições de exercício dessa atividade.¹⁸⁵

Assim, para que sejam considerados serviços públicos, os serviços portuários deve cumprir “requisitos específicos e determinados, sempre indicados e descritos na legislação infraconstitucional, devendo esta descrever uma atividade nuclear identificável como serviço público portuário”.¹⁸⁶

Para outros, a presença da atividade portuária no rol de competências da União enseja a ideia de prestação de serviço público em sentido amplo. Entretanto, essa prestação não necessariamente deverá ser feita sob regime de direito público, nem ao menos haverá vedação a atuação de particulares através de outras modalidades de outorga que não a concessão. O setor privado poderá atuar desde que “a lei reguladora específica admita tal assimetria, dando contornos de acesso por intermédio de autorização (admissão na exploração sem delegação do poder público)”.¹⁸⁷

A publicação da Nova Lei dos Portos, portanto, propiciou o surgimento de um “ambiente concorrencial no setor portuário com assimetrias regulatórias”. Convivem a prestação de serviço portuário em regime de direito público (quando constituirá serviço público propriamente dito) e a prestação em regime de direito privado (quando constituirá atividade econômica).¹⁸⁸

3.2. Características da atividade portuária

Partindo do pressuposto que águas são bens que integram o patrimônio público, pode-se afirmar que o porto em si é também um bem público. Para Suriman

¹⁸⁵ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 90.

¹⁸⁶ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. **Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado**. No prelo.

¹⁸⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões portuárias*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 265.

¹⁸⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein; SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. **Instalações portuárias e serviço público: requisitos e efeitos da definição de poligonais dos portos organizados**. No prelo.

Nogueira de SOUZA JUNIOR, “trata-se de um bem público afeto a uma finalidade específica, qual seja, a exploração para a prestação de serviços públicos portuários”.¹⁸⁹ Nesse diapasão, os portos surgem como “espaços físicos nos quais se realizam as necessárias trocas modais, interfaces, entre os diversos meios de transportes”.¹⁹⁰

Assim, considera-se porto um “acidente que reúne determinadas peculiaridades, uma porção de terra contígua às massas de água, de origem marítima, fluvial ou lacustre, abrigada da ação das condições atmosféricas e marítimas, ventos ou correntes líquidas”.¹⁹¹

Entretanto, para Floriano de Azevedo MARQUES NETO,

Quando a Constituição alude a portos não se refere apenas a um local de atracação de naves (o que corresponderia a qualquer marina ou atracadouro), mas sim a uma determinada infraestrutura apta à prestação de atividades portuárias (movimentação e armazenamento de cargas, embarque a desembarque de passageiros e de mercadorias).¹⁹²

Essa noção é composta por três aspectos fundamentais: geográficos, econômicos e de concorrência. Quanto ao aspecto geográfico, remete-se à ideia de acidente geográfico, conforme acima mencionado. Já quanto ao aspecto econômico, cinge-se a ideia de que, não havendo como um mesmo acidente geográfico comportar a instalação de dois portos distintos, a existência de um monopólio natural é medida que se impõem, pois apenas assim haverá uma melhor exploração econômica do setor. Por fim, quanto ao aspecto concorrencial, dispõe-se que ela apenas ocorrerá nos casos em que não há um monopólio natural no porto analisado. Dessa forma, poderá surgir concorrência inter portos – marcada, principalmente, pela busca pelo porto mais eficiente – e a concorrência intraporto, que surge com a modernização dos portos na década de 90 e, mais especificamente, com a possibilidade de empresas privadas se instalarem no setor.¹⁹³

¹⁸⁹ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

¹⁹⁰ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação portuária...**, p. 18.

¹⁹¹ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação portuária...**, p. 20.

¹⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões portuárias*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 264.

¹⁹³ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 84-86.

Dessa forma, o termo *portos* trazido pela Constituição Federal diria respeito não apenas a um local “a um local de atracação de naves (o que corresponderia a qualquer a marina ou atracadouro), mas sim a uma determinada infraestrutura apta à prestação de atividades portuárias”.¹⁹⁴

Nessa perspectiva, afirma-se que as instalações físicas do porto e os serviços ofertados por essas instalações compõe a chamada *infraestrutura portuária*.¹⁹⁵

Até o surgimento da Lei de Modernização dos Portos, afirma Giovanna MAYER que

[...] a prestação do serviço público portuário era realizada por meio de portos, concedidos ou explorados diretamente pela União. Ao lado disso, existiam os terminais portuários privados, os quais eram utilizados unicamente para movimentar mercadorias próprias.¹⁹⁶

Entretanto, esse modelo de exploração mostrou-se inadequado às novas demandas trazidas pela inserção do Brasil no ramo de comércio exterior.¹⁹⁷

3.2.1. Formas de exploração da atividade portuária

Com o advento da Lei de Modernização dos Portos, passou-se a prever duas atividades distintas a serem exercidas nos portos: os serviços públicos portuários (portos organizados ou terminais portuários arrendados) e as atividades privadas fora do regime de serviço público (terminais de uso privativo, instalação portuária de pequeno porte e estação de transbordo de cargas).¹⁹⁸

Assim, partindo da noção de que nosso regime econômico diz respeito a um capitalismo que permite a convivência concomitante do setor público com o setor privado – sendo o primeiro deles marcado pela ideia de função, enquanto que o

¹⁹⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões portuárias*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 264.

¹⁹⁵ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 83.

¹⁹⁶ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 81.

¹⁹⁷ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 82.

¹⁹⁸ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 328.

segundo é pautado pela ideia de liberdade – pode-se afirmar que é possível que haja uma transposição de setores, podendo o particular ingressar no setor público, bem como o poder público ingressar no setor privado. Há, nesse caso, “barreiras jurídico-constitucionais à transposição e ao ingresso”.¹⁹⁹

Para que o Estado ingresse no domínio econômico privado, é necessário “a edição de lei que autorize a criação da empresa pública ou sociedade de economia mista, unida ao ato lateral de sua instituição (art. 37, XIX, c/c art. 173)”.²⁰⁰⁻²⁰¹⁻²⁰² Por outro lado, para que particulares explorem atividades de competência da União, é necessário que além de lei autorizativa, haja uma das modalidades contratuais de que cuida o Direito Administrativo dos Negócios, que culminarão em um negócio jurídico bilateral (ou plurilateral) ou em uma relação jurídica multipolar.²⁰³

Entretanto, mesmo que a atividade seja exercida sob o regime de direito privado, a teor do que ocorre com qualquer outro exercício de direito subjetivo, os particulares “devem obediência a requisitos normativos e sujeitam-se à limitação e/ou supervisão administrativa do Estado – o que pode se dar por meio de ato cujo nome é autorização”.²⁰⁴

3.2.2. A importância da definição da área do porto organizado

Para melhor compreensão da atividade portuária, é necessário analisar o conceito de porto organizado, trazido inicialmente pela Lei de Modernização dos Portos. Assim, considera-se porto organizado aquele

[...] construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de

¹⁹⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 46.

²⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 47.

²⁰¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação.

²⁰² Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei

²⁰³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 47.

²⁰⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Autorizações e contratos...**, p. 60.

mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária.²⁰⁵

Tal conceito é composto de duas figuras distintas: os terminais portuários e a infraestrutura geral do porto. A primeira compreende “o complexo formado pelos ancoradouros, docas, cais, pontes, piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna”.²⁰⁶ A segunda é formada “pelo conjunto de guias – correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devem ser mantidas pela Administração do Porto”.²⁰⁷⁻²⁰⁸

O advento da Nova Lei dos Portos em 2013 trouxe, quanto a esses conceitos, algumas alterações fundamentais. Anteriormente a lei dispunha sobre a possibilidade de a União Federal explorar os portos e as instalações portuárias diretamente ou mediante concessão. Por outro lado, a nova legislação dispôs que a União Federal poderá conduzir tal exploração de forma direta ou indireta.²⁰⁹ Nesse aspecto, “o texto vai além: na hipótese de exploração indireta, esta se dará mediante concessão ou arrendamento de bem público, e ocorrendo fora das áreas do porto organizado, ocorrerá mediante autorização”.²¹⁰⁻²¹¹

Por outro lado, a despeito de uma nova roupagem que possa ter sido adotada ou de novos institutos inseridos no ordenamento, a Nova Lei dos Portos reproduziu em grande parte os conceitos trazidos pela Lei de Modernização dos Portos.

As estruturas essenciais ao desenvolvimento da atividade portuária encontram-se previstas no art. 2º da Nova Lei dos Portos, e estão assim dispostas: a) **porto organizado**: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária; b) **área do porto organizado**: área delimitada por

²⁰⁵ Art. 1º, I, da Lei n.º 8.630/93.

²⁰⁶ Art. 1º, IV, da Lei n.º 8.630/93.

²⁰⁷ HECKLER, Gabriela. *Terminais portuários de uso privativo misto e aplicação do Decreto nº 6.620/08*. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário...**, p. 161..

²⁰⁸ Art. 1º, IV, da Lei n.º 8.630/93.

²⁰⁹ Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

²¹⁰ Art. 1º [...] § 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público. § 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei.

²¹¹ LOVATO, Rafael Porto; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Terminais portuários de uso privado: uma análise a partir do novo marco regulatório**. No prelo.

ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado; c) **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; d) **terminal de uso privado**: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado; e) **estação de transbordo de cargas**: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem; f) **instalação portuária pública de pequeno porte**: instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior; g) **instalação portuária de turismo**: instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização e utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo.²¹²

A exploração de cada uma dessas estruturas poderá ser feita através concessão ou arrendamento de bem público, quando realizadas dentro da área do porto organizado; ou por meio de autorização, quando localizadas fora da área do porto organizado, compreendidas pelas estruturas presentes nos incisos IV a VII do art. 1º (letras *d*, *e*, *f* e *g* acima).

Dessa forma, a definição da área do porto organizado que antes apenas delimitava “o espaço físico no qual os serviços de natureza portuária devem ser prestados, de fato, ou seja, restringindo a área onde a concessionária exerce os poderes e deveres relativos à concessão”²¹³, agora é tratada como “centro de referência para os serviços portuários”. A partir desse conceito, diferenciam-se os terminais públicos, explorados mediante contratos de arrendamento ou de concessão, dos terminais de uso privado, explorados através de autorizações.²¹⁴

3.2.3. Exploração das atividades portuárias sob regime de direito privado

²¹² Art. 2º, inc. I a VII, da Lei n.º 12.815/2013.

²¹³ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação portuária...**, p. 23.

²¹⁴ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. **O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro**. No prelo.

Na vigência da Lei de Modernização dos Portos (n.º 8.630/93), as instalações portuárias que poderiam ser exploradas por particulares eram denominadas *instalações portuárias de uso privativo*, podendo ser exclusivas ou mistas. Tais instalações poderiam estar localizadas dentro ou fora da área do porto e seriam utilizadas na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias.

Nesse momento, afirmam Rafael Porto LOVATO e Rodrigo Pironti Aguirre de CASTRO que “terminais de uso privativo misto, a exemplo do Terminal Embraport e do Terminal Portonave, passaram a competir com os terminais de uso público em assimetria regulatória”, o que levou à ANTAQ a enrijecer as normas em vigor, visando “impedir que novos terminais de uso privativo misto competissem diretamente com os terminais de uso público”.²¹⁵

O ápice desse enrijecimento surge com o advento do Decreto n.º 6.620/2008, que elaborou as diretrizes do setor de portos e terminais portuários sob a competência da Secretaria dos Portos, e pelo qual “ficou estabelecido que a movimentação de cargas de terceiros deveria ser tratada como excepcional, realizado apenas em caráter subsidiário e eventual (art. 35, inc. II), restando como regra a movimentação de carga própria em terminal portuário exclusivo”.²¹⁶

Entretanto, esse regime foi em grande parte alterado com o advento da Nova Lei dos Portos (n.º 12.815/13). Rompeu-se com as barreiras importas pelo Decreto n.º 6.620/2008 à movimentação de cargas de terceiros nos terminais privativos de uso misto.

Com o advento da novel legislação, “todos os terminais passaram a transportar tão-somente ‘carga’, pouco importando para a qualificação deles (e respectiva modalidade contratual a ser celebrada) se são próprias ou de terceiros”.²¹⁷

A retirada do critério de excepcionalidade no transporte de cargas de terceiros pelos terminais portuários privativos deu espaço ao critério espacial para diferenciar

²¹⁵ SILVA, Danilo Tavares da; RODRIGUES, Carolina Caiado Lima. **Diferenças entre terminais de uso público e de uso privado: licitação, chamamento público e processo seletivo**. No prelo.

²¹⁶ LOVATO, Rafael Porto; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Terminais portuários...**

²¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 68.

os portos organizados (que possuem natureza jurídica de direito público), dos terminais de uso privado (com natureza jurídica de direito privado).²¹⁸

Além disso, mostrou-se nítida a preocupação do novo diploma legal com a “persecução da máxima eficiência da exploração portuária”. Nessa perspectiva, pode-se citar a alteração quando aos critérios de julgamento das licitações a serem realizadas no setor: anteriormente priorizava-se a menor tarifa a ser cobrada dos usuários, enquanto que a novel legislação prioriza critérios como o da maior capacidade de movimentação ou o de menor tempo de movimentação de carga, que demonstra a clara preocupação com a eficiência do setor.²¹⁹

Essas modificações mostraram-se necessárias em virtude da existência de “gargalos logísticos, principalmente em época de grandes safras”, na medida em que se considerava a atuação direta da iniciativa privada capaz de financiar melhorias urgentes na infraestrutura portuária.²²⁰ Dessa forma, a necessidade de crescimento e aprimoramento da infraestrutura portuária levou a novel legislação a priorizar a exploração do setor portuário pelos terminais privados.²²¹

Ademais, afirma-se que ao lado da revolução engendrada nas modalidades de outorgas, surge a revolução tecnológica dos contêineres, que ensejam a criação de terminais especializados na movimentação desse moderno tipo de carga. Tais terminais precisam de investimentos em equipamentos de alto custo (como, por exemplo, *portainers*, *transtainers*, *reach-stackers* etc.), que “a vontade política à época preferiu deixar à iniciativa privada”.²²²

3.3. Modalidades de exploração indireta da atividade portuária

A definição da área do porto organizado, que antes possuía menor importância quanto à exploração dos terminais de uso privado (que poderiam estar

²¹⁸ LOVATO, Rafael Porto; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Terminais portuários...**

²¹⁹ HEEREN, Márcia Lopes Gomes. *Mudança de competências e novas formas de exploração portuária*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação...**, p. 149-150.

²²⁰ HEEREN, Márcia Lopes Gomes. *Mudança de competências e novas formas de exploração portuária*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação...**, p. 152.

²²¹ HEEREN, Márcia Lopes Gomes. *Mudança de competências e novas formas de exploração portuária*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação...**, p. 153.

²²² CALMON FILHO, Pedro. *Prefácio*. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário...**, p. 18.

dentro ou fora da poligonal), com o advento da Nova Lei dos Portos, mostrou-se elemento essencial para “a definição da natureza jurídica da instalação portuária e, conseqüentemente, da forma de outorga, necessidade de licitação e regime jurídico da exploração do terminal”.²²³

Dessa forma, “dentro dos limites da área do porto organizado, somente podem existir terminais arrendados ou explorados mediante concessão do porto como um todo. Não poderá haver novos terminais autorizados dentro da área do porto organizado”.²²⁴⁻²²⁵

Conforme demonstrado acima, a Constituição Federal prevê que a exploração da atividade portuária poderá ocorrer através de concessões, permissões ou autorizações – sem deixar de lado o instituto do arrendamento portuário, previsto pela legislação infraconstitucional, que também será mais adiante analisado.

A Nova Lei dos Portos, por sua vez, afirma que a exploração do setor portuário por particulares, quando se tratar de portos públicos, pode ocorrer através de concessão (ocasião na qual se caracteriza a privatização do porto em seu conjunto) ou por arrendamento portuário (quando ocorrer a privatização parcial de instalações dentro do porto).²²⁶ Ambos os casos consistem em “contratos com prazo certo, precedidos de licitação, a qual poderá ser julgada pela capacidade ou tempo de movimentação, pela tarifa, ou outros critérios, o que limitará a liberdade do futuro outorgado”.²²⁷

Os portos privados, por outro lado, podem ser outorgados através de autorização.²²⁸ Quanto a esse instituto, MARQUES NETO afirma que a Constituição Federal

²²³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. **Diferenças...**

²²⁴ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. **O novo marco...**

²²⁵ Sobre a problemática da transição dos terminais de uso privado já localizados dentro da área do porto organizado, cf. RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O novo marco regulatório dos portos – Entre grandes objetivos e inadequadas exigências*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 111-142.

²²⁶ Art. 4º A concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento.

²²⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 29.

²²⁸ Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: I - terminal de uso privado; II - estação de transbordo de carga; III - instalação portuária pública de pequeno porte; IV - instalação portuária de turismo.

[...] ao admitir que a exploração dos portos se dê também mediante autorização [...] implicitamente estabeleceu que parte dos serviços compreendidos na atividade portuária fosse prestada além do quadro estreito do regime de Direito Público incidente sobre os serviços públicos *stricto sensu*, como ocorre com o setor de telecomunicações.²²⁹

O fato do instituto da autorização ser mencionado apenas no art. 21, XI e XII da Constituição Federal e não haver “qualquer artigo – nem inciso, parágrafo ou alínea – que correlacione autorizações a licitações” leva à ideia de que as autorizações jamais serão vinculadas à ideia de regime de serviço público.²³⁰ Ou seja, “as autorizações portuárias não convivem com a Lei nº 8.987/1995 (nem, muito menos, com a Lei nº 8.666/1993)”.²³¹

Por outro lado, os demais institutos encontram guarida na ideia de exploração sob regime de serviço público e precisam necessariamente serem precedidas de licitação, nos ditames na Lei n.º 8.666/1993 e 8.987/1995. Cabe à União definir qual regime será aplicado no caso concreto e quais serão as peculiaridades de cada um dos regimes jurídicos.²³²

3.3.1. Concessões

O conceito de concessão também é palco para inúmeras divergências doutrinárias. Ao passo que a doutrina italiana adota uma conceituação mais ampla, definindo concessão como a outorga pela Administração Pública de qualquer direito a um determinado particular, a doutrina francesa e alemã afirmam ser esse instituto a “delegação a terceiro, por parte da Administração Pública, de poderes e deveres que lhe competem, para, em seu lugar e sob sua fiscalização, desempenhar certos cometimentos, em nome e contra própria”.²³³

Para Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, a concessão é resultado de um acordo de vontades entre o concedente e o concessionário. Esse acordo é

²²⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 231, 2003, p. 276.

²³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 50-51.

²³¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 51.

²³² MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 51.

²³³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios...**, p. 556.

responsável apenas pela formação do vínculo jurídico, visto que a concessão “rege-se por normas regulamentares, unilaterais, baixadas pelo concedente, no seu curso, quanto aos meios, modos e formas da prática do ato jurídico, da feitura da obra e da satisfação do serviço, a que o concessionário se subordina”. Dessa forma, não há propriamente um ato contratual entre as partes.²³⁴

Lúcia Valle FIGUEIREDO, por sua vez, afirma que a concessão de serviço público é uma modalidade de contrato administrativo, por meio do qual “o Poder Público concedente, sempre precedido de licitação, salvo as exceções legais, transfere o exercício de determinados serviços ao concessionário, pessoa jurídica privada, para que os execute em seu nome, por sua conta e risco”.²³⁵

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO também afirma que a concessão é uma das modalidades de contrato administrativo por meio do qual “a execução de serviços de utilidade pública é delegada a particulares, sob regime misto, público e privado”.²³⁶

Na legislação portuária, as concessões encontram-se previstas nos arts. 2º, IX, 4º e 5º, da Lei n.º 12.815/13. Enquanto que o art. 2º, IX, define as concessões como sendo uma forma de cessão onerosa do porto organizado²³⁷, o art. 4º destaca o caráter contratual dessa modalidade de exploração²³⁸ e o art. 5º traz o rol de cláusulas obrigatórias a serem previstas no instrumento de contrato²³⁹.

²³⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios...**, p. 559.

²³⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...**, p. 93.

²³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 483.

²³⁷ Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] IX - concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado.

²³⁸ Art. 4º A concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento.

²³⁹ Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo; II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço; IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste; V - aos investimentos de responsabilidade do contratado; VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas; VII - às responsabilidades das partes; VIII - à reversão de bens; IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e conseqüente 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

Assim, as concessões podem ser entendidas como “contrato administrativo, precedido de licitação, por meio do qual o Poder Público outorga à iniciativa privada, por prazo certo, a exploração e execução de serviço e/ou de obra pública, a ser remunerado por meio de pagamentos feitos pelos respectivos usuários”.²⁴⁰

Para MARQUES NETO, os objetos da concessão “compreendem a gestão de toda a infraestrutura e prestação de serviços portuários [...], bem como o provimento de todo o suporte e de todas as utilizadas necessárias para a atividade de transporte marítimo ou hidroviário”.²⁴¹

Nessa perspectiva, afirmam Flavio Amaral GARCIA e Rafael Vêras de FREITAS que a concessão do serviço público cumula-se com o exercício de uma função de polícia administrativa, através da qual o concessionário “estabelece limitações e condicionamentos à liberdade individual em prol de um interesse coletivo”.²⁴²

Marçal JUSTEN FILHO, por sua vez, afirma que a despeito da característica de regime público que permeia o porto, a gestão dessa infraestrutura ocorrerá através da atuação de particulares.²⁴³

Nessa perspectiva, a concessão no setor portuário visa capturar investimentos de particulares, de forma a exercer a atividade com maior eficiência, visto que “os serviços portuários demandam permanentemente investimentos para ampliação das infraestruturas e modernização dos equipamentos e das técnicas empregadas”.²⁴⁴

Ademais, a concessão importa na adequada e eficiente prestação do serviço portuário, satisfazendo condições como regularidade, continuidade, eficiência,

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. § 1º (VETADO). § 2º Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.

²⁴⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 54-55.

²⁴¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões portuárias*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 266.

²⁴² GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 247.

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, v. 4, n.º 16, outubro-dezembro/2006, p. 79.

²⁴⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões portuárias*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 267.

segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade tarifária.²⁴⁵ O ponto essencial da outorga de concessão (bem como de arrendamentos e autorizações) é a demonstração de que o particular possui “efetiva capacidade de bem prestar o serviço”, ou seja, por sua “conta e risco”.²⁴⁶

3.3.2. *Permissões*

A permissão, por outro lado, é ato administrativo unilateral e discricionário, por meio do qual a Administração Pública outorga ao particular, a título precário, a execução de obras e serviços de utilidade pública ou o uso de bem público de forma excepcional, bem como a prática de ato jurídico de ofício público.²⁴⁷

Lúcia Valle FIGUEIREDO afirma que, quanto à distinção de concessões e permissões, não há “diferença no real, efetivo, regime jurídico de uma e de outra quando se tratar de serviço público. Assim, parece-nos que a permissão passou a ser instituto ineficaz”.²⁴⁸

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, por sua vez, afirma que

[...] se tanto a concessão como a permissão fossem ambas modalidades contratuais, não haveria distinção a ser feita, e o legislador constitucional teria sido superfetatório. A única exegese constitucional razoável seria, portanto, aquele que resgatasse a autonomia do instituto, enquanto ato unilateral da Administração. Porém, toda essa construção, destinada a salvar o instituto da permissão, com suas características doutrinárias tradicionais, perdeu sua razão de ser com o advento da Lei nº 8.989, de 13 de fevereiro de 1995, que, em lacônico e impreciso dispositivo (art. 40), caracterizou-a como um contrato de adesão, confirmando, assim, sua submissão à mesma disciplina das concessões.²⁴⁹

Em referência ao setor portuário, afirma Egon Bockmann MOREIRA que a permissão não faz parte das modalidades contratuais previstas pela Nova Lei dos

²⁴⁵ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 246.

²⁴⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 55.

²⁴⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios...**, p. 559.

²⁴⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso...**, p. 109.

²⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 494.

Portos, visto que a única menção a esse instituto está no art. 71.²⁵⁰ Nos termos da Lei n.º 10.233/2001, criadora da ANTAQ e da ANTT, o instituto da permissão diz respeito a “serviços de transporte, travessia, apoio, cabotagem etc. – e não à exploração de portos propriamente ditos”.²⁵¹

Assim sendo, “nessas espécies de privatização formal (ou organizatória ou de gestão), que são a concessão e a permissão, persiste íntegra a titularidade pública dos bens e serviços”. Ocorre a desestatização na “superfície do serviço a ser prestado, não na sua essência”.²⁵² Dessa forma,

[...] a depender do serviço e/ou obra, a maioria dos bens permanece no setor público dos meios de produção (v.g., portos organizados; rodovias e ferrovias). Apenas a gestão e o domínio imediato dos bens e serviços são transferidos ao empreendedor privado, por prazo certo. A privatização formal, portanto, implica a outorga de afazeres públicos ao empreendedor privado – tal como definidos em lei, nos regulamentos e, em especial, nos respectivos contratos.²⁵³

Para Almiro do Couto e SILVA, para que a permissão se adeque ao regime jurídico dos serviços públicos, é necessário que ela assuma contornos de contrato administrativo, deixando de ser um mero ato. Essa presunção encontra respaldo no art. 175 da Constituição Federal, ao dispor sobre o caráter contratual das concessões e permissões de serviço público.

Entretanto, Egon Bockmann MOREIRA afirma que as permissões não são compatíveis com investimentos de longa duração, ou que digam respeito a construção de obras públicas ou que se submetam à possibilidade de alteração contratual. Diz isso pelo fato das permissões serem caracterizadas pela precariedade.²⁵⁴

²⁵⁰ Art. 71. A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...] Art. 33. Ressalvado o disposto em legislação específica, os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão editados e celebrados pela ANTT e pela Antaq obedecerão ao disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas Subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares editadas pelas Agências.

²⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 34.

²⁵² MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 53.

²⁵³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 53.

²⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. **Notas sobre...**, p. 3.

Dessa forma, as permissões mostram-se inadequadas, pois “os portos compõem uma rede de infraestrutura que demandam forte aporte inicial de recursos e, devido ao longo tempo contratual, a mutação contratual é uma constante”.²⁵⁵

3.3.3. Arrendamentos

Os contratos de arrendamento possuem natureza jurídica mista, visto que são “em parte, concessão de uso de bem público, em parte, concessão de serviço público, em parte concessão de obra pública, e, em parte, delegação de exercício de poder de polícia, tal como criado pela Lei nº 8.630/93”.²⁵⁶

Entretanto, caracterizam-se por serem contratos cujo objeto é um serviço público, por meio do qual a Administração transfere não apenas o uso do bem público em questão (parte da infraestrutura portuária), como também a prestação do serviço público de sua titularidade.²⁵⁷

Para parte da doutrina, o arrendamento possui natureza jurídica de subconcessão imprópria, na medida em que se estabelecem duas relações jurídicas entre as partes: uma delas entre o concessionário do porto organizado e o arrendatário e outra entre o arrendatário e o Poder Público concedente.²⁵⁸

Dentro da infraestrutura portuária, pode ocorrer de “a concessão não abarcar toda a área do porto organizado, ou mesmo de o concessionário não querer explorar determinada área que lhe competia. Abre-se espaço, portanto, para os terminais privativos ou os arrendamentos”.²⁵⁹

Nesse sentido pode-se afirmar que

Entes privados executores de administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria, celebram um contrato público de arrendamento com a União, ou com uma outra entidade, dela

²⁵⁵ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 103.

²⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 136-137.

²⁵⁷ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 249.

²⁵⁸ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 253.

²⁵⁹ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 105.

concessionária, pelo qual se asseguram o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, subarrendar e explorar uma instalação portuária.²⁶⁰

Há, portanto, nos dizeres de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, uma modalidade de execução de serviço público através de *delegação contratual*²⁶¹, chamada por Vitor Rhein SCHIRATO de *delegação em segundo grau*, a teor do que ocorre com o instituto da subconcessão, conforme mencionado acima.²⁶²

A Nova Lei dos Portos traz encargos similares aos arrendatários e aos concessionários de serviço público, o que os diferencia é o instrumento de outorga de que são titulares.²⁶³ A saber, dispõem inicialmente sobre contratos de arrendamentos o art. 2º, XI,²⁶⁴ e os arts. 4º e 5º, previamente citados no tópico sobre concessões.

Para Suriman Nogueira de SOUZA JUNIOR, diferentemente do que ocorre na concessão “o arrendamento não se caracteriza pela demanda de um expressivo investimento inicial por parte do arrendatário; este assume apenas o risco financeiro inerente à exploração e manutenção das instalações”.²⁶⁵

Giovanna MAYER, por sua vez, afirma que os arrendamentos de instalações portuárias são utilizados como “forma de intensificar a eficiência do aproveitamento da infraestrutura, com a utilização dos terrenos ociosos existentes na Área do Porto Organizado”.²⁶⁶

3.3.4. Autorizações

A despeito do que já foi mencionado sobre esse instituto no decorrer do presente trabalho, passa-se agora à análise das autorizações portuárias.

As autorizações, na medida em que são dirigidas ao setor público portuário, são consideradas títulos jurídicos aptos a habilitar um determinado particular a

²⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 304.

²⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso...**, p. 478.

²⁶² SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 308.

²⁶³ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 108.

²⁶⁴ Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XI - arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado.

²⁶⁵ SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação portuária...**, p. 101.

²⁶⁶ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 105.

explorar atividade de reserva pública. Nesse sentido, as autorizações são constitutivas e não declaratórias. Elas são autorizações “que obrigam, que instruem como deve ser desenvolvida a atividade e estabelecem metas (não apenas autorizam o seu desenvolvimento)”. Essa conclusão encontra respaldo na necessidade de celebração das autorizações se darem através dos contratos de adesão, a teor do previsto no art. 8º, § 1º, da Nova Lei dos Portos.²⁶⁷⁻²⁶⁸

Contratos de adesão, por sua vez, são “instrumentos construídos de forma bilateral entre a Administração Pública e o particular interessado” que se tornam eficazes com “a manifestação expressa da vontade de ambas as partes”²⁶⁹, oportunidade na qual se manifesta a característica de negociabilidade presente na autorização.

A autorização no setor portuário, dessa forma, “deixa de ser simples liberação para o autorizado exercer determinada atividade, pois faz com que ele assuma uma série de encargos e obrigações, típicas daqueles que exercem atividade em colaboração com o Estado”.²⁷⁰

O particular autorizado atua sob regime de direito privado, mas sua atuação encontra-se vinculada às orientações exaradas pelo Poder Público, assim como a sua fiscalização e controle. Nessa sistemática existe um duplo benefício, na medida em que a Administração Pública garante a prestação do serviço e o autorizado resguarda seu investimento, ao saber “até onde o império do Estado pode intervir no seu modo de prestar o serviço”.²⁷¹

Assim, a autorização expedida com prazo²⁷² e dependente de tantos outros fatores, deixa de ser ato administrativo unilateral, discricionário e precário, para assumir características contratuais, passando a ser condicionada e qualificada.²⁷³

²⁶⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 62.

²⁶⁸ Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: [...] § 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterà as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5o, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

²⁶⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 339.

²⁷⁰ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 95.

²⁷¹ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 88-89.

²⁷² Art. 8º, § 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que: I - a atividade portuária seja mantida; e II - o

A autorização mostra-se instrumento adequado para que o Poder Público permita ao particular que desempenha certos serviços privados de interesse público. Esse conceito, trazido por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, consiste naqueles serviços que “não obstante o prevalecente interesse privado, atendam também ao público”.²⁷⁴

A característica essencial dessa modalidade de autorização é a setorização, ou seja, a outorga levará em consideração o setor económico a ela vinculado – e para o qual existe um órgão regulador específico.²⁷⁵ Dessa forma, passou-se a utilizar a figura da autorização “como uma manifestação da competência regulatória estatal relativamente a atividades econômicas privadas”.²⁷⁶

Para Eduardo Garcia de ENTERRIA e Tomás-Ramón FERNANDEZ,

A autorização foi transplantada ao complexo campo das atividades econômicas, nas quais desempenha um papel que não se reduz ao simples controle negativo do exercício de direitos, mas que se estende à própria regulação do mercado, com o explícito propósito de orientar e conformar positivamente a atividade autorizada no sentido da realização de uns objetivos previamente programados ou ao menos implicitamente definidos nas normas aplicáveis.²⁷⁷

Carlos Ari SUNDFELD, por sua vez, traz distinção que se mostra essencial à compreensão desse novo conceito de autorização. Para ele, existem determinados atos administrativos que, ao ampliar direitos dos particulares, destinam-se a permitir uma operação específica (como, por exemplo, construir um prédio). Nesse casos, temos as chamadas autorizações por operação. Por outro lado, temos atos administrativos que visam autorizar o desenvolvimento de uma determinada atividade – aqui denominadas autorizações de funcionamento.

autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

²⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso...**, p. 207.

²⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações...**, p. 137-138.

²⁷⁵ FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação...**, p. 96-97.

²⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões, permissões e autorizações*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Tratado de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 553.

²⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 6ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 1999, p. 133-134 *apud* ARAGAO, Alexandre dos Santos. **Direito...**, p. 204.

Nesse diapasão, Juan Carlos CASSAGNE afirma que nas autorizações por operação, o poder “se esgota com a emissão do ato, não dando, salvo previsão expressa em contrário, origem a nenhum vínculo posterior com o administrado”. Por outro lado, nas autorizações de funcionamento “há uma vinculação permanente com a administração, com a finalidade de tutelar”.²⁷⁸

Especificamente em relação do setor portuário, afirma Egon Bockmann MOREIRA que as autorizações inseridas nesse setor

[...] não são nem meras autorizações liberatórias, que deixam o autorizado livre e soto para implementar a atividade do modo que melhor lhe aprouver, nem são equivalentes aos contratos administrativos de concessão, permissão e arrendamento. São autorizações decorrentes da Lei nº 12.815/2013 – e assim precisam ser compreendidas.²⁷⁹

Entretanto, é necessário ressaltar que, a despeito das autorizações portuárias tratarem do exercício de uma atividade privada de interesse coletivo, o Poder Público não pode impor aos particulares obrigações típicas do regime de serviço público, pois nesse caso haveria violação direta ao princípio da liberdade de iniciativa – basilar ao regime a que está submetido o instituto da autorização.²⁸⁰

Para Vitor Rhein SCHIRATO,

[...] ao fixar um regime jurídico de atividades portuárias sujeitas ao regime de serviço público e atividades sujeitas ao regime privado, mas com iniciativa estatal e fortíssimo controle do Estado, inaugurou o legislador um regime jurídico híbrido em que não há bem serviço público e não há bem atividade privada.²⁸¹

Dessa forma, admite haver no setor portuário uma confusão entre os regimes público e privado, pois “as infraestruturas privadas foram demasiadamente

²⁷⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. **La Intervención Administrativa**. 2ª ed.. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, p. 81 *apud* ARAGAO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 203.

²⁷⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 70.

²⁸⁰ GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 256.

²⁸¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 341.

aproximadas dos serviços público”. Para ele, em *ultima ratio*, “a Lei nº 12.815/2013 acabou por transformar atividade econômica privada em serviço público”.²⁸²

Marçal JUSTEN FILHO, por sua vez, afirma que “a autorização não atribui ao autorizatário a sujeição ao regime de serviço público, ainda que lhe imponha submissão à regulação setorial provenientes dos órgãos estatais especializados”.²⁸³

3.4. O procedimento para outorga de autorizações portuárias

A outorga da autorização, a teor do disposto na Lei de Modernização dos Portos, representava ampla liberdade ao particular. Para SUNDFELD, essa liberdade se apresentava desde logo quando da iniciativa dessa outorga, que seria essencialmente privada e se manifestaria por meio do requerimento de autorização, bem como liberdade em face da regulação a ser exercida pela União, que teria pouco espaço de atuação, deixando a cargo do particular, por exemplo a definição dos preços a serem praticados. Ainda, aponta a liberdade quando ao regime de mão de obra aplicável – visto não ser o regime especial obrigatório a esses terminais e quanto a possibilidade de movimentação de cargas tanto próprias quanto de terceiros.²⁸⁴

Nesse regime, a outorga de autorização para exploração de terminal de uso privativo dependia da prova de que a área a ser utilizada era de propriedade do particular e o requerimento para obtenção da autorização a ser remetido à ANTAQ, tendo o particular cumprido todos os requisitos previstos na legislação. Entretanto, conforme visto em tópico acima, havia a limitação quanto ao tipo de carga a ser transportada por esses terminais – fazendo com que o terminal fosse “apenas uma parte da cadeia produtiva do autorizatário para o escoamento de cargas próprias”.²⁸⁵

Atualmente, não mais persiste a limitação quanto ao tipo de carga e a autoridade competente para essa forma de outorga encontra-se no Poder Executivo, mais especificamente na Secretaria dos Portos. Ela é responsável pela iniciativa nos

²⁸² SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 342.

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O regime jurídico...**

²⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 27.

²⁸⁵ HEEREN, Márcia Lopes Gomes. *Mudança de competências e novas formas de exploração portuária*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação...**, p. 153.

procedimentos de outorga²⁸⁶, que poderão ou não contar com competição entre os particulares²⁸⁷. Possui também ampla discricionariedade para aceitar as propostas apresentadas pelos particulares.²⁸⁸

O contrato de adesão a ser firmado entre o particular autorizado e o Poder concedente deverá prever as cláusulas do art. 5º, já mencionadas acima, exceto quanto ao que se tratar do valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos para revisão e reajuste (incisos IV e VIII) – que dizem respeito apenas aos contratos de concessão e arrendamento.

Esse nova modalidade contratual é caracterizada pela liberdade de empresa, de fixação de tarifas e do modo como irá realizar seus negócios.²⁸⁹

Para Egon Bockmann MOREIRA, essa modalidade de outorga é constitutiva-
mandamental, ou seja, “quem pede deve exercer o ônus prévio de promover os respectivos estudos e o dever subsequente de efetivar, a preço certo, o investimento”, a teor do previsto no art. 26, § 1º, do Decreto n.º 8.033/2013.^{290 -291}

Nessa perspectiva, a necessidade de observância desses deveres pelos particulares inibe as chamadas *autorizações bloqueadoras* ou o surgimento de um *comércio de autorizações* – que o particular obteria apenas para impedir o

²⁸⁶ Art. 9º Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq a qualquer tempo, na forma do regulamento. § 1º Recebido o requerimento de autorização de instalação portuária, a Antaq deverá: I - publicar o extrato do requerimento, inclusive na internet; e II - promover a abertura de processo de anúncio público, com prazo de 30 (trinta) dias, para identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma. Art. 10. O poder concedente poderá determinar à Antaq, a qualquer momento e em consonância com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, a abertura de processo de chamada pública para identificar a existência de interessados na obtenção de autorização de instalação portuária, na forma do regulamento e observado o prazo previsto no inciso II do § 1º do art. 9º.

²⁸⁷ Art. 12, § 2º Havendo mais de uma proposta e impedimento locacional que inviabilize sua implantação de maneira concomitante, a Antaq deverá promover processo seletivo público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

²⁸⁸ Art. 12. Encerrado o processo de chamada ou anúncio público, o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário.

²⁸⁹ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 98.

²⁹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 71.

²⁹¹ Art. 26. Serão exploradas mediante autorização, formalizada por meio da celebração de contrato de adesão, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades: § 1º O início da operação da instalação portuária deverá ocorrer no prazo de três anos, contado da data de celebração do contrato de adesão, prorrogável uma única vez, por igual período, a critério do poder concedente.

concorrente de construir instalação portuária próxima ou em que, após a outorga da autorização, seria o título habilitante posto a mercado, respectivamente.²⁹²

Os particulares interessados em obter autorização deverão aderir ao chamamento da ANTAQ, a teor do previsto no art. 27, parágrafo único, inciso II, do Decreto nº 8.033/2013²⁹³ ou pedir-lhe a autorização por si mesmos, caso possuam imóveis próprios para instalação portuária – nesse último caso, à teor do que previa a Lei de Modernização dos Portos de 1993. Assim, a ANTAQ avaliará a existência de projetos similares e poderá optar pelo que apresentar maior capacidade de movimentação, menor tarifa ou melhor tecnologia.²⁹⁴

Essa análise justifica-se como “atitude preventiva a fim de preservar a concorrência no setor”. Nesse sentido, encontra-se também a previsão do art. 30, parágrafo único, que dispõe “a necessidade de se verificar a possibilidade de implantação física de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica de modo a não prejudicar a operação de nenhuma delas”.²⁹⁵⁻²⁹⁶

Nesse caso, se não houver a possibilidade de instalação de dois terminais privativos, será aberto processo seletivo público. Entretanto, “o Decreto não traz quais os critérios de seleção, o que pode trazer incertezas para o setor”.²⁹⁷

Tendo esse procedimento outorga em vista, afirmam Cesar A. Guimarães PEREIRA e Rafael Wallbach SCHWIND que “há defeitos no processo seletivo público que o tornam incompatível com os princípios do art. 37 da Constituição

²⁹² MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 71.

²⁹³ Art. 27. Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq, a qualquer tempo, mediante a apresentação dos seguintes documentos, entre outros que poderão ser exigidos pela Antaq: [...] Parágrafo único. Recebido o requerimento de autorização, a Antaq deverá: [...] II - desde que a documentação esteja em conformidade com o disposto no caput, promover, em até dez dias, a abertura de processo de anúncio público, com prazo de trinta dias, a fim de identificar a existência de outros interessados em autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes.

²⁹⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 71.

²⁹⁵ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 97.

²⁹⁶ Art. 30. Encerrado o processo de chamada ou de anúncio públicos, o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário. Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se viabilidade locacional a possibilidade da implantação física de duas ou mais instalações portuárias na mesma região geográfica que não gere impedimento operacional a qualquer uma delas.

²⁹⁷ MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos...**, p. 97.

Federal e os consagrados na Lei nº 12.815 ('legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência')".²⁹⁸

Um desses defeitos consistiria na frustração ao princípio da impessoalidade, na medida em que o direito à outorga da autorização baseia-se em título de propriedade ou domínio útil da área onde haverá a instalação e a aquisição de tal propriedade ou domínio não apresenta os mesmos requisitos que a outorga da própria autorização.

Nesse sentido, "o próprio Decreto nº 8.033 reconhece isto quando prevê, no art. 46, a necessidade de regulação conjunta da outorga do direito sobre os bens públicos da União (terreno de marinha) e da autorização portuária.", a ser desempenhada pelo Serviço do Patrimônio da União (SPU).²⁹⁹⁻³⁰⁰

A despeito de possíveis falhas, o propósito da Nova Lei dos Portos de liberar a atuação do capital privado no setor portuário tende a se concretizar. Danilo Tavares da SILVA e Carolina Caiado Lima RODRIGUES afirmam que, em virtude das dificuldades na realização de licitações para outorga de arrendamentos, é possível que em pouco tempo "o poder público passe a incentivar fortemente a implantação de grandes terminais privados como medida de expansão da oferta de serviços portuárias em escala equivalente a que se daria nos terminais públicos". Fato esse que se confirma com a edição de algumas autorizações e nenhuma licitação de terminais privados desde a entrada em vigor da nova lei.³⁰¹

Para Osvaldo Agripino de CASTRO JR. e Cesar Luiz PASOLD, o propósito trazido pela Nova Lei dos Portos aliado à existência de uma regulação eficiente e à segurança jurídica quanto ao ordenamento em vigência, atrai o interesse de investidores nacionais e internacionais, "o que faz com que o problema para os portos mais atraentes não seja mais como financiar novos projetos de infraestrutura, mas sim qual parceiro escolher".³⁰²

²⁹⁸ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. **O novo marco....**

²⁹⁹ PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. **O novo marco....**

³⁰⁰ Art. 46. Ato conjunto dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República estabelecerá os procedimentos para cessão de áreas públicas da União, com vistas à implantação de instalações portuárias.

³⁰¹ SILVA, Danilo Tavares da; RODRIGUES, Carolina Caiado Lima. **Diferenças entre....**

³⁰² CASTRO JR., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário....**, p. 25.

4. CONCLUSÃO

A Lei n.º 12.815/2013 surge em um momento de maior valorização da participação de particulares no setor portuário, seja em virtude da necessidade de vultosos investimentos, seja como reflexo das transformações que se sucederam no âmbito do Direito Administrativo nos últimos séculos.

Essa valorização se materializa no instituto da autorização, que ganhou nova roupagem com a promulgação da novel legislação portuária. Até então, as autorizações eram vistas sob a ótica do poder de polícia e não como instituto capaz de outorgar a particulares a possibilidade de exercer determinada atividade economicamente relevante – mas que, ao mesmo tempo, não é considerada serviço público propriamente dito.

Entretanto, ao passo que a atuação do setor privado nas atividades portuárias corresponde à necessidade de ampliar investimentos nos portos, cria também conflitos com os operadores históricos, submetidos ao regime de direito público.

Os arrendatários dos portos e os autorizatários atuam em um ambiente marcado pela assimetria regulatória, ou seja, pela existência simultânea de dois regimes distintos para regular uma mesma atividade. Os arrendatários atuam sob regime de direito público, marcado por restrições e obrigações, cláusulas essenciais a serem dispostas em seu contrato, regulação tarifárias etc.. Os autorizatários, por sua vez, possuem maior liberdade. Entretanto, conforme já afirmado, esse novo instituto não proporciona ampla liberdade ao particular. Pelo contrário, por possuir extrema relevância, o exercício dessa atividade é indiretamente controlado pelo Poder Público. Não há aqui um regime de direito privado propriamente dito, marcado pela livre iniciativa. Os autorizatários também devem cumprir com obrigações estipuladas pela Administração. A maior ou menor intervenção do Estado é que de fato diferenciará esses dois regimes.

Esse é o ponto crucial trazido pela Lei n.º 12.815/2013. Ressalte-se, entretanto, que essa não é uma novidade no ordenamento pátrio, tendo em vista que a legislação anterior (Lei de Modernização dos Portos, n.º 8.630/1993) já previa essa dualidade de regimes. A Nova Lei dos Portos foi responsável por dar maior amplitude a esse instituto, de forma a incentivar a participação de particulares no setor portuário.

Ainda na vigência da antiga lei foi ajuizada Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n.º 139), pela Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público, por conta de conflitos surgidos entre os operadores de portos públicos e dos terminais privativos de uso misto. Entretanto, a ação restou prejudicada e o mérito não chegou a ser de fato analisado em virtude da entrada em vigor da Lei n.º 12.815/2013, revogando a Lei n.º 8.630/1993 que havia embasado o pedido da ABRATEC.³⁰³

Entretanto, essa discussão ainda encontra-se em voga, pois apesar de tecnicamente diversa, a nova legislação portuária em muito se assemelha com a antiga Lei de Modernização dos Portos. Exemplo disso pode ser encontrado no julgamento promovido pelo TCU, em que foram declaradas válidas as autorizações outorgadas no setor portuário, visto não constituírem ofensa à livre concorrência.³⁰⁴

Dessa forma, mostra-se relevante o estudo das autorizações portuárias a partir do viés dado pela Lei n.º 12.815/2013, e não a partir do prisma anteriormente trazido pelo Direito Administrativo Tradicional. O cotejo entre esses dois diferentes institutos (as modernas autorizações portuárias *versus* as tradicionais autorizações administrativas), entretanto, mostra-se necessário, mas apenas como forma de comparação.

A despeito das diversas problemáticas suscitadas a partir das autorizações, é certo que os portos precisam se adaptar às novas necessidades que surgiram nesse setor nas últimas décadas – como, por exemplo, maior inserção do sistema portuário brasileiro no comércio exterior e maior eficiência no desempenho das atividades portuárias, gerando também, ganhos aos próprios usuários desse serviço, e não apenas aos seus operadores.

As autorizações têm despontado como instituto capaz de promover a persecução dessas novas metas estipuladas ao setor portuário, visto que inserem os particulares em um setor até então predominantemente explorado sob regime público e que, como demonstrado, encontrava-se estagnado e com dificuldades para se inserir como peça chave no necessário desenvolvimento econômico do país. Entretanto, ainda é cedo para afirmar se de fato essa estratégia levará à maior eficiência do setor portuário. Faz-se necessário aguardar os próximos passos.

³⁰³ Cf. STF. ADPF n.º 139. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julg. 11.2.2013.

³⁰⁴ Cf. TCU. Acórdão n.º 402/2013-Plenário, Representação n.º 015.916/2009-0, Rel. Min. Raimundo Carneiro. Julg. 6.3.2013.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALOCCHI, Enzo. Autorizzazioni amministrative (verbete). *Enciclopedia Forense*. Milano: Vallardi, 1958, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

CALMON FILHO, Pedro. *Prefácio*. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 17-21.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. 2ª ed.. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de; RIBAS, Carolline Leal. **O controle jurisdicional dos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 268, janeiro-abril/2015.

COMPARATO, Fabio Konder. *As autorizações de funcionamento de instituições financeiras*. In: **Direito público: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 240-252.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 2009.

FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FORSTHOFF, Ernst. *Die Verwaltung*. Berlin: Kohlhammer, 1938, p. 45.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 221-262.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos serviços públicos e a sua transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros EDITORES, 2000.

_____; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. **Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado**. No prelo.

GUERRA, Sérgio; FREITAS, Rafael Vêras de. *O modelo institucional do Setor Portuário – Os institutos da Análise do Impacto Regulatório (AIR) e da conferência de serviços como mecanismos de equalização do controle político sobre as agências reguladoras*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos – aeroportos – ferrovias – rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 95-120.

HECKLER, Gabriela. *Terminais portuários de uso privativo misto e aplicação do Decreto nº 6.620/08*. In: CASTRO JR., Osvaldo Agripino de; PASOLD, Cesar Luiz. **Direito Portuário, Regulação e Desenvolvimento**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 159-184.

HEEREN, Márcia Lopes Gomes. *Mudança de competências e novas formas de exploração portuária*. In: RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno; FREITAS, Rafael Vêras de (Coord). **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos – aeroportos – ferrovias – rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 137-156.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões, permissões e autorizações*. In: DALLARI, Adilson Abreu; NASCIMENTO, Carlos Valder do; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Tratado de direito administrativo**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 515-554.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **O regime jurídico das atividades portuárias e seus reflexos sobre a delimitação do porto organizado.** No prelo.

_____. **O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, v. 4, n.º 16, outubro-dezembro/2006, p. 79.

KLEIN, Aline Licia. **O porto organizado como bem público e a delimitação da sua área.** No prelo.

LOVATO, Rafael Porto; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. **Terminais portuários de uso privado: uma análise a partir do novo marco regulatório.** No prelo.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões portuárias.* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios.** Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 263-274.

_____. **Peculiaridades do Contrato de Arrendamento Portuário.** Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 231, 2003.

MASAGÃO, Mário. **Natureza jurídica da concessão de serviço público.** São Paulo: Saraiva, 1933.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAYER, Giovanna. *Notas sobre o regime dos portos brasileiros.* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios.** Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 75-110.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 41. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. **Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais.** Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 158, outubro-dezembro/1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2014.

_____. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Mutações nos serviços públicos**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, n.º 1, fevereiro-abril/2005.

_____. **O sistema de parceria entre os setores público e privado. Execução de serviço através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada desses institutos**. Boletim de Direito Administrativo – BDA, v. 2, fevereiro/1997.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Autorizações e contratos de serviços públicos**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, julho-setembro-2010.

_____. **Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação)**. Revista de Direito do Estado – RDE, ano 3, n.º 10, abril-junho/2008.

_____. **Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, n.º 18, maio-junho-julho/2009.

_____. *Portos brasileiros e seus regimes jurídicos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 33-74.

NABAIS, José Casalta. **Contratos fiscais (reflexões acerca da sua admissibilidade)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Lições preliminares de direito portuário**. Florianópolis: Conceito Editora, 2007.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. **O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro**. No prelo.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

REALE, Miguel. *Atos administrativos negociais*. In: REALE, Miguel. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O novo marco regulatório dos poros – Entre grandes objetivos e inadequadas exigências*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 111-142.

SANTAMARIA PASTOR. *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos*. In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios**. Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 325-346.

_____. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

_____; SCHIRATO, Renata Nadalin Meireles. **Instalações portuárias e serviço público: requisitos e efeitos da definição de poligonais dos portos organizados**. No prelo.

SILVA, Danilo Tavares da; RODRIGUES, Carolina Caiado Lima. **Diferenças entre terminais de uso público e de uso privado: licitação, chamamento público e processo seletivo.** No prelo.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido.** Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões, Terceirização e Regulação.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de. **Regulação portuária: a regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo ordenador.** São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. *O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos – Centralizar para privatizar?* In: MOREIRA, Egon Bockmann. **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei nº 12.815/2013 e seus desafios.** Belo Horizonte, Fórum, 2014, p. 25-32.

_____. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

TÁCITO, Caio. **Parecer.** Revista de Direito Administrativo – RDA, v. 75.

_____. **Transformações do Direito Administrativo.** Revista de Direito Administrativo – RDA, nº 214, outubro-dezembro/1998.