

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOSÉ JOAQUIM NETO

**O NOVO MARCO SETORIAL DE PORTOS E A QUESTÃO DA ASSIMETRIA  
REGULATÓRIA**

CURITIBA

2015

JOSÉ JOAQUIM NETO

**O NOVO MARCO SETORIAL DE PORTOS E A QUESTÃO DA ASSIMETRIA  
REGULATÓRIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito. Curso de Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo.

CURITIBA

2015

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

JOSÉ JOAQUIM NETO

### **O NOVO MARCO SETORIAL DE PORTOS E A QUESTÃO DA ASSIMETRIA REGULATÓRIA**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná (UFPR), como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, na presença da seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Orientador – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

---

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

Membro da Banca – Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

---

Prof. Dr. Rafael Wallbach Schwind

Membro da Banca – Faculdade de Direito, Doutor em Direito do Estado na Universidade de São Paulo (USP)

Curitiba/PR, 24 de novembro de 2015.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço a toda minha família pelas lições que não estão escritas nos em livros, principalmente aos meus pais, que são meus maiores incentivadores e grande referencial de trabalho, perseverança, educação e moral.

Agradeço aos professores Alexandre Ditzel Faraco e Egon Bockmann Moreira pelas notáveis aulas de direito econômico, concorrência e concessões.

Faço um agradecimento especial ao Prof. Dr. Gabardo, meu professor de direito administrativo B, que me deu a oportunidade de ser bolsista orientado por ele na iniciação científica e pela precisa e criteriosa orientação nesse trabalho de monografia.

Não posso deixar de prestar minha gratidão aos membros do escritório Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, em especial aos membros do “Grupo Fernão”, pela oportunidade de aprendizado e pelas lições que ultrapassam as fronteiras do Direito administrativo.

Agradeço aos advogados Juliane Erthal de Carvalho, André Guskow Cardoso, Felipe Braz Guilherme e aos futuros advogados Fernanda Maia e Bruno Wontroba pela prestatividade e pelas indicações bibliográficas.

Também, agradeço ao Dr. Rafael Wallbach Schwind, pelas valiosas informações e apoio em relação ao material dessa pesquisa, além de ter aceitado o convite para participar da banca de apresentação desse trabalho.

Deixo meus agradecimentos à advogada Aline Rodrigues de Andrade e a acadêmica Tuany Baron de Vargas pelo auxílio inestimável na revisão desse trabalho.

Ainda, agradeço aos colegas Marcelle Mocha, Cesar Muller e William Koga pelo companheirismo e apoio na graduação.

Por fim, para não deixar algum nome essencial para trás, agradeço a todos aqueles que colaboraram para realização desse estudo e a aos que acreditam e apoiam a realização dos meus sonhos.

*“The future belongs to those who believe in the beauty of their dreams” (Eleanor Roosevelt).*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o exame da discussão relativa à assimetria regulatória dentro do cenário criado pela Lei n.º 12.815/2013 e pelo Decreto n.º 8.033/2013. Inicialmente, apresenta-se o histórico do setor portuário no Brasil, a partir do estudo dos aspectos econômicos e regulatórios de cada fase, que serão determinantes para entender a lógica de operação da atividade. Em segundo lugar, apresenta-se um panorama geral do novo marco regulatório e seus desdobramentos em contraste com as disposições do regramento anterior (dado pela Lei n.º 8.630/1993), permitindo-se a compreensão de como os institutos que regulam os terminais portuários se relacionam. Nessa linha, analisam-se as semelhanças e diferenças entre os terminais de uso privado (operados pelos autorizatários) e os portos públicos (divididos entre os arrendamentos e as concessões). Em terceiro lugar, examina-se a figura da assimetria regulatória para, em seguida, contextualizá-la no desenho do novo marco setorial portuário. Para isso, demonstraram-se as duas principais teses em debate sobre o assunto: (i) a sustentada pelos operadores de terminais de uso privado: alegam que a atual assimetria é a melhor solução para implementar concorrência na área; e (ii) a defendida pelos operadores de terminais sob o regime de prestação de serviços públicos: argumentam que a assimetria entre os terminais sob o regime de serviço público e os terminais privados é prejudicial ao setor. Assim, essas duas vertentes terão seus argumentos contrapostos. Por fim, pretende-se apresentar as principais projeções quanto às consequências da atual assimetria regulatória e descrever as principais propostas de mudanças em relação ao formato atual.

**Palavras-chave:** portos, regulação, serviços públicos, Direito da concorrência, infraestrutura portuária.

## ABSTRACT

This paper aims to examine the regulatory asymmetry within the scenario created by Law n. 12.815/2013 and Decree n. 8.033/2013. Initially, this survey presents a retrospective of the port sector in Brazil, from the analysis of economic and regulatory aspects of each stage, which will be important to understand the ports operations logic. Second, it presents an overview of the new regulatory framework and its developments in relation to the provisions of the previous regulations (given by Law n. 8.630/1993), allowing to understanding how the institutions that regulate the port terminals relate to each other. At this point, the similarities and differences between the private use terminals (operated by private company allowed by an authorization) and public ports (composed of the leasors and the concessionaire) are analyzed. Third, it examines the regulatory asymmetry to then contextualize it in the “layout” of the new port sector framework. For this, will be demonstrated the main theses of the discussion on the subject: (i) defended by private terminal operators, which claim that the current asymmetry is the best solution to implement competition in the port sector; and (ii) defended by public service terminals operators, that argues that the asymmetry between public terminals and private terminals is detrimental to the sector. Thus, these two side will have their arguments compared. Finally, this paper intended to present the main projections about the consequences of the current regulatory asymmetry and describe the major proposed changes compared to the current format.

**Keywords:** ports, regulation, public services, competition law, port infrastructure.

## SUMÁRIO

|                                                                                                |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>PRÓLOGO</b> .....                                                                           | <b>10</b> |
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....                                                                        | <b>12</b> |
| <b>1 HISTÓRICO</b> .....                                                                       | <b>14</b> |
| 1.1 O DIREITO PORTUÁRIO NO IMPÉRIO BRASILEIRO E NA REPÚBLICA DO CAFÉ.....                      | 15        |
| 1.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1934.....                                                                | 17        |
| 1.3 O DECRETO-LEI N.º 6.460/1944.....                                                          | 19        |
| 1.4 O DECRETO-LEI N.º 05/1966.....                                                             | 20        |
| 1.5 A CRIAÇÃO DA PORTOBRÁS.....                                                                | 20        |
| 1.7 A LEI DE MODERNIZAÇÃO DOS PORTOS – LEI N.º 8.630/1993.....                                 | 23        |
| 1.8 A MEDIDA PROVISÓRIA N.º 595/2012 E A LEI 12.815/2013.....                                  | 27        |
| <b>2 A CONFIGURAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO APÓS A EDIÇÃO DO NOVO MARCO SETORIAL</b> .....          | <b>29</b> |
| 2.1 OS OBJETIVOS DA NOVA LEI DE PORTOS.....                                                    | 29        |
| 2.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS NO BRASIL.....                                 | 29        |
| 2.3 OS PORTOS ORGANIZADOS.....                                                                 | 30        |
| 2.6.1 CONCESSÃO DOS PORTOS ORGANIZADOS.....                                                    | 38        |
| 2.6.2 OS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS.....                                                         | 41        |
| 2.7 TERMINAIS DE USO PRIVADO E AS AUTORIZAÇÕES PORTUÁRIAS.....                                 | 44        |
| <b>3 A ASSIMETRIA REGULATÓRIA NO SETOR PORTUÁRIO</b> .....                                     | <b>51</b> |
| 3.1 DA ASSIMETRIA REGULATÓRIA.....                                                             | 52        |
| 3.1.1 A concorrência sem assimetria de regimes.....                                            | 52        |
| 3.1.2 A Concorrência com assimetria de regimes.....                                            | 53        |
| 3.1.3 Cenários envolvendo a assimetria regulatória.....                                        | 55        |
| 3.2 A ASSIMETRIA REGULATÓRIA INSERIDA NO SETOR PORTUÁRIO.....                                  | 56        |
| 3.2.1 A regulação do setor portuário antes da MP n.º 595.....                                  | 56        |
| 3.2.2 As discussões sobre assimetria regulatória no âmbito da Lei n.º 8.630/1993..             | 57        |
| 3.2.3 A assimetria regulatória no âmbito da Lei 12.815/2013.....                               | 58        |
| 3.3 OS POSICIONAMENTOS DIVERGENTES ENTRE OS EXPLORADORES DOS TERMINAIS PÚBLICO E PRIVADOS..... | 60        |
| 3.3.1 Necessidade de participação de procedimento licitatório.....                             | 61        |
| 3.3.2 Taxas portuárias e custos de arrendamento e outorga de concessão.....                    | 62        |

|          |                                                                              |           |
|----------|------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.3.4    | Sujeição aos princípios do serviço público .....                             | 63        |
| 3.3.5    | Regime de bens .....                                                         | 64        |
| 3.3.6    | Consequências da manutenção da assimetria regulatória nos moldes atuais .    | 65        |
| 3.3.7    | As mudanças propostas para o modelo portuário de assimetria regulatória .... | 66        |
| <b>4</b> | <b>CONCLUSÃO .....</b>                                                       | <b>68</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>                                       | <b>70</b> |

## PRÓLOGO

A princípio, o tema desse trabalho era relacionado com compartilhamento de infraestruturas no setor portuário, assunto recentemente incluído pela Lei n.º 12.815/2013. Esse conteúdo surgiu na pesquisa realizada no âmbito da iniciação científica, e tinha como título “Alternativas do Direito concorrencial inseridas no contexto do novo sistema portuário brasileiro”.

Contudo, após inúmeras conversas com pesquisadores da área, resolvi alterar o foco da pesquisa para uma questão que se mostrava mais imprescindível ao deslinde das polêmicas do novo marco setorial de portos: a questão da assimetria regulatória.

Com o aprofundamento da pesquisa - que se deu em livros, artigos (inclusive em anteriores a edição da Lei n.º 12.815/2013, que versavam sobre a lei anterior – 8.630/1993), relatórios (tanto econômicos, quanto trimestrais da ANTAQ), informativos, notícias, editais de licitação, jurisprudência e até mesmo em conversas com pesquisadores do Direito Portuário (ao vivo ou por e-mail) – pude constatar que a escolha pela matéria envolvendo a análise da assimetria entre os regimes jurídicos dos terminais portuários teria maior impacto prático e possibilitaria uma perspectiva mais ampla e realista do que ocorria no setor.

A opção também acabou se revelando mais útil do ponto de vista teórico, pois uma pesquisa mais abrangente deu acesso a temas polêmicos, que podem servir a produções futuras, já lastreadas por essa investigação inicial.

Esse trabalho é dividido em três partes. Na primeira, é feito um apanhado geral de tudo que ocorreu de relevante para o Direito portuário desde a época imperial. Optei por começar o trabalho dessa forma, pois só assim o leitor consegue entender que a configuração atual não é fruto de um processo recente e linear.

A segunda parte se presta a descrever o arranjo da atividade portuária após a edição da Lei n.º 12.815/2013, explicando cada regime jurídico e suas principais características. Isso nos dá subsídio para entender a afirmação de que os terminais públicos concorrem em assimetria regulatória em relação aos terminais privados.

A última parte busca esclarecer o que é a assimetria regulatória e a posiciona dentro do contexto brasileiro. Assim, com todas as informações preliminares apresentadas, chegamos ao núcleo dessa pesquisa, aonde é pormenorizada a discussão em torno da pertinência ou não da assimetria de

regimes que a nova lei impôs aos operadores de terminais portuários. Ainda, possíveis desdobramentos e soluções são apresentados.

Finalizo essa apresentação afirmando que esse estudo foi realizado de “fora para dentro”. Desse modo, acredito que o leitor consiga compreender, de modo panorâmico, o que ocorre atualmente no setor portuário brasileiro, tendo algumas projeções interessantes para o futuro.

## INTRODUÇÃO

Os portos brasileiros compõem a infraestrutura mais utilizada para a exportação e importação no Brasil. Ainda, é um setor marcado por forte intervenção estatal, seja pela gestão da atividade realizada pelo próprio Estado, seja quando apenas exerce seu papel de regulação da atividade.

A lei 12.815/2013 foi editada com o objetivo de impulsionar os investimentos no setor, para ampliar e modernizar a estrutura portuária atual. Para tanto, foi implementado um regime que conta com uma dualidade de regimes jurídicos, que concorrem sob a égide de um modelo de assimetria regulatória.

As diferenças entre terminais públicos e privados têm gerado controvérsias desde os anos 90, e que foram acentuadas com a edição do novo marco setorial.

Para alcançar o cerne desse estudo, que contempla a discussão relativa ao modelo de assimetria regulatória, é necessário, preliminarmente, entender como funciona o setor portuário brasileiro e quais foram os principais fatores que moldaram a configuração dos portos em nosso território.

No primeiro capítulo será feita uma síntese histórica sobre a exploração do setor portuário no Brasil, o que será fundamental para entender os objetivos e as discussões em torno da nova Lei.

Já no segundo capítulo, será elaborado um panorama geral do setor portuário no país, com uma leitura tanto regulatória quanto econômica. Essa investigação terá como foco as principais características da atividade portuária, a diferenciação entre terminais públicos e privados e os tipos contratuais aplicados ao novo modelo de regulação.

Em seguida, no terceiro capítulo, será examinada a questão da assimetria regulatória dentro do contexto do novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. Serão expostos, ponderados e comparados os principais argumentos utilizados pelas duas principais correntes do assunto: *(i)* os defensores do desenho atual da assimetria entre terminais públicos e privados, que afirmam que o modelo promove um ambiente benéfico de concorrência e *(ii)* os que defendem que a atual assimetria é patológica à concorrência, pois “importaria falsear a concorrência e conduziria os atuais terminais públicos à insolvência, o que frustraria a prestação do

serviço público e comprometeria a realização de novos investimentos por seus titulares”.<sup>1</sup>

Concluída essa investigação, é possível que o leitor consiga traçar um posicionamento sobre a assimetria regulatória dentro do contexto atual desse setor.

---

<sup>1</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. A Constituição e os portos públicos. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 14, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=14&artigo=797>>. Acesso em: 14 set. 2015.

## 1 HISTÓRICO

O setor portuário é vital para o desempenho da economia brasileira. Segundo dados divulgados pela ANTAC – Agência Nacional de Transportes Aquaviários – 95% do nosso comércio exterior é realizado via portos.<sup>2</sup> Além disso, 80% de todo comércio global (em volume) e 70% em valor transitam pelas áreas portuárias.<sup>3</sup> Assim, o “transporte aquaviário e, por sua vez, a atividade portuária, são considerados elementos estratégicos para o desenvolvimento das nações”.<sup>4</sup>

Desde a época do império há discussões atreladas à atividade portuária e seus reflexos jurídicos e econômicos. De lá até aqui, foram adotadas diversas políticas públicas para regular o setor e, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve alternância entre fases de maior ou menor centralização, de maior ou menor incentivo à privatização, como conseqüente elevação (ou não) dos níveis de concorrência nessa área.

É consenso entre todos os setores da sociedade que são necessários grandes investimentos nos setores de infraestrutura. De forma geral, os modais de logística estão em situação precária, o que afeta diretamente o desenvolvimento econômico do país e obstrui a competitividade dos produtos brasileiros.<sup>5</sup>

Para reverter essa situação, em 2012 foi anunciado o Plano de Investimento em Logística – Portos (PIL-Portos), em que foram previstos R\$ 54,2 bilhões em investimentos na modernização do setor portuário brasileiro até o ano 2017.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Cf. <[http://www.antaq.gov.br/Portal/Portos\\_Apresentacao.asp](http://www.antaq.gov.br/Portal/Portos_Apresentacao.asp)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>3</sup> PANITCHPAKDI, Supachai. Foreword. In: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2012, Nova York. **Review of Maritime Transport 2012**. Gênova: United Nations Publication, 2012. p. 70.

<sup>4</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

<sup>5</sup> Cf. A Ineficiência da Infraestrutura Logística do Brasil. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141>>. Acesso em: 20 out. 2015; ILOS. Pesquisa “Nos portos, burocracia é problema ainda maior do que falta de infraestrutura”. Rio de Janeiro. 2012; Logística Atrasa o desenvolvimento. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,logistica-atrasa-o-desenvolvimento,130560e>>. Acesso em: 17 out. 2015.; Falta de logística atrasa desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3560990/falta-de-infraestrutura-logistica-atrasa-desenvolvimento>>. Acesso em: 15 out. 2015.; Ranking de Competitividade Global do Fórum Econômico Mundial. Disponível em: <<http://www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2014-2015>>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>6</sup> Cf. <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/arrendamentos-passiveis-de-serem-licitados>>. Acesso em: 5 mar. 2015.

No mesmo ano, foi editada a Medida Provisória 595/2012 que dispôs sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.<sup>7</sup>

Em 5 de junho de 2013, a MP 595/2012 foi convertida na a Lei 12.815/2013, que em conjunto com o decreto nº 8.033 instituiu o novo marco regulatório do setor portuário brasileiro.

Com o modelo proposto pela 12.815/2013, novas polêmicas surgiram e houve intensificação de debates anteriores, notadamente o que tratava da legalidade e eficiência do novo molde de assimetria regulatória, que é pautado pelo critério geográfico.

A seguir, será apresentado um histórico do desenvolvimento do direito portuário desde a época do Império até a publicação da Lei n.º. 12.815/2013. Essa retrospectiva será vital para compreender os institutos do direito portuário atual e a discussão acerca da assimetria regulatória, centro desse estudo.

## 1.1 O DIREITO PORTUÁRIO NO IMPÉRIO BRASILEIRO E NA REPÚBLICA DO CAFÉ

A doutrina aponta que “o primeiro documento brasileiro a tratar de portos brasileiros foi a Carta Régia do Príncipe Dom João VI, assinada em 28 de janeiro de 1808”. Esse documento sinalizou o fim do monopólio português sobre o comércio brasileiro, que perdurava desde o descobrimento, em 1500.

É certo que até o fim do século XIX “a soberania político-econômica brasileira dos séculos XVI a XIX dependia dos portos”.<sup>8</sup> Nessa esteira, a Carta Imperial de 1824, em seu art. 15, XII, disciplinou que estavam entre as atribuições do Poder Legislativo, mais especificamente da Assembleia Geral: “Conceder, ou negar a entrada de forças estrangeiras de terra e mar dentro do Imperio, ou dos portos delle”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> BRASIL. Medida provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>8</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: \_\_\_\_\_ (Coord.) Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 36.

<sup>9</sup> BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.

É possível afirmar que a regulação portuária no direito brasileiro tem seu início em 13 de outubro de 1869, com a promulgação do Decreto Imperial n.º 1.746. Giovanna Meyer descreve que com o advento do Decreto:

Pode-se dizer que direito apenas reconheceu que certos locais, já utilizados como ancoradouro e área de embarque e desembarque, eram de utilidade pública e, portanto, mereciam especial atenção do Estado. A exploração dos portos brasileiros era uma atividade privada, sujeita ao controle do Estado. O governo contava com a iniciativa particular para a construção e melhoria dos portos.<sup>10</sup>

Antes desse decreto, já havia inúmeros trapiches alfandegados no Brasil, que eram construídos por empresas que visavam movimentar cargas próprias e por vezes de terceiros. Entretanto,

os donos de trapiches não possuíam os recursos necessários para adequar-se ao que o Decreto Imperial chamou de melhoria dos portos, consistente na construção de cais, dragagem, aterro, colocação de guindastes. Portanto, enquanto não houvesse capital privado necessário, os portos continuariam considerados como um atracadouro natural, com algumas melhorias feitas por particulares.<sup>11</sup>

Foi nesse momento que surgiu o conceito dos “portos organizados”. Os trapiches em que não haviam sido contratadas melhorias faziam parte do “porto não organizado”. Já os portos onde houvessem melhorias pactuadas pelo governo eram tidos como “portos organizados”.

Assim, por meio de um contrato celebrado entre o particular e o Império, era reconhecido o direito de exploração do trapiche/instalação que havia sido melhorado ou construído, sendo que, ao fim do contrato - de até 90 anos<sup>12</sup>, os bens seriam revertidos em favor da União.<sup>13</sup>

Assim, fica claro que nesse período inicial não houve monopólio estatal, sendo que o sistema tinha uma nítida tendência privatista.

<sup>10</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros In: MOREIRA, Egon Bockmann **Portos e seus regimes jurídicos...** p. 76.

<sup>11</sup> MORCENSTERN, Algacyr. **Porto de Paranaguá: contribuições à história (período de 1648-1935)**. Paranaguá: APPA. 1985. p. 33. apud MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros In: MOREIRA, Egon Bockmann **Portos e seus regimes jurídicos...** p. 76.

<sup>12</sup> O Art. 1, §3º do Decreto 1.746 fixa que “O prazo da concessão será fixado conforme as dificuldades da empresa, não podendo ser em caso nenhum maior de 90 anos. Findo o prazo ficarão pertencendo ao governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa.”

<sup>13</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 77.

Essa afirma é verificada pelo fato de serem os particulares que executavam obras e serviços e operavam o sistema na prática, sendo que tinham liberdade para optar pelas autorizações ou por continuarem como trapiches/cais particulares. Conforme a descrição de Cristiana Maria Melhado Araújo Lima, o sistema implementado pelo Decreto Imperial n.º 1.746 funcionou relativamente bem até o início do século XX:

Em todo o século XIX, a propriedade do cais é um excelente negócio, sendo numerosos os pedidos de licença para sua construção. Além disso, muitas empresas instaladas à beira-mar dispunham de cais próprio para a importação de matéria-prima e a exportação de seus produtos.<sup>14</sup>

## 1.2 A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira Constituição Republicana a dispor que competia a união federal legislar sobre “regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais” em seu Art. 5º, XIX. O art. 132 disciplinou ainda que

Os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, bem como os tripulantes na proporção de dois terços pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se também a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos.<sup>15</sup>

Ainda em 1934, foram publicados quatro decretos que buscaram sistematizar a matéria do direito portuário: Decretos n.º 24.447, n.º 24.508, n.º 24.511, e n.º 24.599.

O Decreto n.º 24.447 de 22/06/1934 definiu quais seriam as competências dos ministérios dentro da estrutura dos portos organizados.

O Decreto nº 24.508 por sua vez, definiu os serviços prestados pelas administrações dos portos organizados e uniformizou as taxas portuárias em relação a sua espécie, incidência e denominação.

---

<sup>14</sup> LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. **Regime Jurídico dos Portos Marítimos**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 16.

<sup>15</sup> Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24508-29-junho-1934-499830-norma-pe.html>> Acesso em: 22 out. 2015.

Por sua vez, o Decreto n.º 24.511 regulou a utilização das instalações portuárias e disciplinou as hinterlândias<sup>16</sup> (que compreendiam a região onde determinado porto organizado estava instalado). Ainda, foi o primeiro a reconhecer a necessidade da prestação do serviço portuário com igualdade e eficiência.<sup>1718</sup>

Já o Decreto n.º 24.599, que revogou o Decreto Imperial n.º 1.746, passou à autorizar “a concessão de obras e melhoramentos dos portos nacionais, seu aparelhamento e a exploração do respectivo tráfego”.

Esse Decreto instituiu novidades importantes como: i) abertura da possibilidade da concessão dos portos aos Estados, conforme seu art. 1º (anteriormente apenas os particulares poderiam ser concessionários); ii) extinção do estudo de viabilidade econômica prévio, o que evitaria que dois portos fossem construídos em uma área muito próxima, por exemplo (art. 3º); iii) extinção da instalação de portos privados dentro das áreas dos portos organizados (art. 2, §2).<sup>19</sup>

Com o fim das instalações privadas nos portos organizados, foi definido que “todas as instalações portuárias deveriam ser objeto de concessão e abertas ao público”<sup>20</sup>. Assim, houve a consolidação do processo de publicização do setor portuário brasileiro, com o monopólio estatal.<sup>21</sup> Vitor Rhein Schirato faz uma importante consideração sobre o regime jurídico da atividade portuária nesse contexto:

Embora não houvesse expressamente a determinação dos serviços portuários como serviços públicos, o regime jurídico contemplado por referidos decretos levou os serviços portuários a terem, ao longo do tempo, tratamento de serviços públicos. Isso ocorre, pois os serviços portuários foram controlados pelo Estado, que se incumbia de sua prestação, e somente poderiam ser explorados por particulares por meio de concessões

---

<sup>16</sup> O art. 2º, parágrafo único do Decreto 24.511 define *hinterland* como: “Art. 2º: Paragrapho unico. Considera-se "hinterland" de um porto organizado: 1º, a cidade ou localidade em que esse porto estiver, ou em que funcionar a respectiva alfandega ou mesa de rendas, e as costas ou margens atingidas pela navegação interna do mesmo porto; 2º, a região do paiz, servida, por transportes terrestres, para a qual se encaminhem directamente mercadorias desembarcadas no porto ou da qual procedam mercadorias para embarque no mesmo porto; 3º, a região do paiz, servida por vias fluviaes de transporte, cujas mercadorias sejam transportadas, embarcadas ou desembarcadas, sujeitas á jurisdição da alfandega ou mesa de rendas do referido porto.”

<sup>17</sup> Art. 1º, § 1º do Decreto 24.511 disciplina que: “Todos os que se utilizarem das installações portuarias receberão das administrações dos portos tratamento sem preferênciã, orientado pelo objectivo de conseguir das referidas installações a maxima efficiencia”.

<sup>18</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 77.

<sup>19</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 78.

<sup>20</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 78.

<sup>21</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 78.

outorgadas pela União Federal, mesmo sem uma designação formal de serviço público.<sup>22</sup>

### 1.3 O DECRETO-LEI N.º 6.460/1944

A organização do Direito portuário continuou igual até 1944, quando foi publicado o Decreto-Lei n.º 6.460 (02/05/1944), que abriu a possibilidade de “construção e a exploração de instalações portuárias rudimentares” (limitadas a um milhão de cruzeiros) pelos Estados e Municípios.

Carlos Augusto da Silveira Lobo afirma que essas instalações visavam suprir ausências e deficiências dos portos organizados.<sup>23</sup> Segundo Giovanna Meyer,

Pode-se afirmar que esse Decreto-Lei deu os primeiros passos para a quebra do monopólio legal, que vigia há dez anos. No entanto, regulava apenas a construção de trapiches e atracadouros em regiões não atendidas por portos. Além disso, não se tratava de concessão de serviço público.<sup>24</sup>

É importante pontuar que a expressão “concessões” utilizadas pelos referidos decretos não tem o mesmo caráter das “concessões” descritas pela Lei de Concessões dos Serviços Públicos (Lei 8.987/1995). Aquela, principalmente após a publicação do Decreto-Lei n.º 6.460, tinha uma carga mais próxima a de uma autorização tradicional, sem teor constitutivo, também conhecidas como autorizações operativas ou de funcionamento.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Carlos Augusto da Silveira, LOBO. Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/1993. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, abr./jun. 2000. p. 20.

<sup>24</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 79.

<sup>25</sup> Conforme descreve Giovanna Meyer (Notas sobre o regime...) “Essa autorização poderia ser cassada, sem que os autoritários tivessem direito a qualquer tipo de indenização, em hipóteses estritas”. Sobre a diferenciação dos tipos de autorização em questão: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 213; SCHIRATO, Vitor Rhein. Serviços portuários e infraestruturas privadas. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. n. 39. p. 229. ano 10. jul.-set. 2012; COMADIRA, Julio Rodolfo. El Servicio Público como Título Jurídico Exorbitante. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, n. 15, ano 4, jan./mar. 2004. p. 98; MACHADO, Santiago Muñoz. **Servicio público y mercado**. Madrid: Civitas, 1998. p. 1210 e ss.

#### 1.4 O DECRETO-LEI N.º 05/1966

Em 04 de abril de 1966, foi publicado o Decreto-Lei n.º 05 pelo Regime Militar, que deu mais um passo decisivo no processo de “privatização” do setor.

Entre os objetivos do Decreto-Lei estava o estabelecimento de normas para a recuperação econômica da Marinha-Mercante e dos Portos Nacionais. Além disso, o art. 26 do Decreto-Lei dispôs que particulares estavam autorizados a construir terminais próprios de carga, desde que não houvesse ônus para o Estado:

É permitido a embarcadores ou a terceiros, satisfeitas as exigências da legislação em vigor, construir ou explorar instalações portuárias, a que se refere o Decreto-lei número 6.460, de 2 de maio de 1944, independentemente da movimentação anual de mercadorias, desde que a construção seja realizada sem ônus para o Poder Público ou prejuízo para a segurança nacional, a exploração se faça para uso próprio.

Assim o a exploração portuária no Brasil passou a ter uma dualidade de regimes jurídicos. A prestação de serviço público portuário ocorria dentro dos portos organizados, e era prestado pela União diretamente ou delegado a um particular, onde era permitida a movimentação de quaisquer tipos de carga (própria ou de terceiros). Ainda dentro do regime de serviço público, haviam as instalações portuárias rudimentares previstas pelo Decreto 6.460/1944.

Por outro lado, havia a exploração econômica dos terminais portuários privados, nos quais era permitida apenas a movimentação de carga própria.

#### 1.5 A CRIAÇÃO DA PORTOBRÁS

Em 10 de julho de 1975, a Lei 6.222/1975 criou a Empresa de Portos do Brasil S.A. – PORTOBRÁS, que ficou vinculada ao Ministério dos Transportes. Dentro das finalidades descritas pela Lei estão:

realizar atividades relacionadas com a construção, administração e exploração dos portos e das vias navegáveis interiores, exercendo a supervisão, orientação, coordenação, controle e fiscalização sobre tais atividades (Art. 3º da lei 6.222/1975).<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Além disso, a Lei dispõe em seu art. 4º as competências da PORTOBRÁS: “I - Promover a execução da Política Portuária Nacional, segundo diretrizes baixadas pelo Ministério dos Transportes; II - realizar ou promover e aprovar estudos, planos e projetos destinados à construção, expansão, melhoramento, manutenção e operação dos portos, bem como executar serviços de assistência

A Portobrás teve sob seu controle 25 portos. Entre eles, 10 foram administrados pela própria empresa, e outros 15 seriam administrados por 8 Companhias de Docas diferentes.<sup>27</sup>

## 1.6. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Até 1988, nenhuma das Constituições posteriores (1946 e 1967) alterou substancialmente os moldes do setor portuário. Contudo, a Constituição Federal de 1988 inovou ao declarar que a União tinha competência material para explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, XII, alínea “f”).<sup>28</sup>

César Pereira e Rafael Wallbach Schwind assinalam que “tratou-se de uma novidade. As Constituições anteriores conferiam à União a competência legislativa sobre o regime dos portos, mas não sobre a prestação desses serviços”.<sup>29</sup>

---

técnica para os mesmos fins. III - executar ou promover, autorizar e aprovar a execução de obras e serviços de construção, expansão e melhoramento de portos ou de suas instalações, qualquer que seja o regime de exploração dos mesmos; IV - administrar e explorar os portos; V - fiscalizar a administração e exploração dos portos que se encontrem em regime de concessão ou autorização; VI - coordenar, superintender e fiscalizar, técnica, operacional e administrativamente, as entidades que lhe sejam vinculadas; VII - promover o aproveitamento das vias navegáveis interiores, desenvolvendo sua utilização em favor da navegação; VIII - autorizar a construção ou a execução de obras e serviços de qualquer natureza, que afetem as vias navegáveis interiores; IX - promover a captação, em fontes internas e externas, de recursos a serem aplicados, diretamente ou por suas subsidiárias, na execução de suas programações; X - promover desapropriações, nos termos da legislação em vigor; XI - propor aos órgãos competentes da Administração Federal as medidas necessárias à instalação, permanência e funcionamento de serviços de comunicação, desobstrução, sinalização, segurança, polícia, alfândega, higiene, saúde e outras atividades afins.”

<sup>27</sup>Segundo GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem.** São Paulo: Marcial Pons. Prelo., as Docas são autoridades Portuárias, que disciplinavam o funcionamento dos chamados “Portos Organizados”. Ainda sobre o tema, SUNFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar?. In: MOREIRA, (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios.** Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 25-31. P. 26. “Estas atuavam com bastante autonomia (não havia sobre elas comando e regulação fortes impostos pelo Poder Executivo), e acumulavam o papel de administradoras dos portos (implantando e mantendo estruturas de uso comum, como os cais) e o papel de prestadoras dos diversos serviços (como a movimentação e armazenagem de mercadorias)”. Sobre o tema, cf. FAVACHO, Frederico. A dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei dos portos: uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem.** São Paulo: Marcial Pons. Prelo.,

<sup>28</sup>PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem.** São Paulo: Marcial Pons. Prelo.,

<sup>29</sup> PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório...

O art. 175 disciplinou ainda que os serviços públicos seriam de competência do Estado.<sup>30</sup> Vitor Rhein Schirato descreve precisamente o que ocorreu:

A dicotomia de formas de exploração por particulares das atividades portuárias previstas na Constituição Federal demonstra a adoção, pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, de um dualismo de regimes nas atividades portuárias, consubstanciada na existência de serviço público, de competência da União, e, ao mesmo tempo, de atividade econômica em sentido estrito, mantida a competência da União de regular a matéria.<sup>3132</sup>

A dualidade de regimes disposta pela constituição gerou muita polêmica. Houve - e ainda há - um conflito doutrinário sobre o que deveria ser considerado atividade econômica em sentido estrito e o que deveria ser entendido como serviço público dentro do setor portuário.<sup>33</sup>

Em abril de 1990, foi editada a lei 8.029/1990, que autorizou a dissolução da Portobrás (art. 4º, I). Dessa forma, os serviços portuários e os portos administrados pela empresa estatal foram transferidos para gestão da União Federal novamente.

Em fevereiro de 1991, o Presidente Fernando Collor assinou o Decreto 15/1991 (revogando o Decreto n.º 24.599/1934). Posteriormente, em 15 de dezembro de 1992, foi complementado por um novo Decreto.

O art. 1º, III, o Decreto de 15 de dezembro de 1992, determinava a manutenção das autorizações, permissões e concessões de portos que estivessem vigentes.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Art. 175, CF dispõe que: "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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado."

<sup>31</sup>9 Eros Grau propôs classificação das atividades econômicas em atividades econômicas *stricto sensu* e atividades econômicas *lato sensu*. As primeiras seriam aquelas atividades reservadas à iniciativa privada e desenvolvidas em ambiente de livre concorrência e livre iniciativa, ao passo que as segundas seriam os serviços públicos, que são de titularidade estatal, em razão de sua relevância para o interesse público (Cf. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 146 e ss.).

<sup>32</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 171-190, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54854>>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>33</sup> O segundo e o terceiro capítulo dessa monografia irão abordar esse conflito com mais profundidade.

<sup>34</sup> O art. 1º, III dispõe: "Art. 1º Ficam mantidas as concessões, permissões e autorizações vigentes, outorgadas para: III - exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres e de serviços de energia elétrica e de transportes Ferroviário e aquaviário". Sobre o tema cf. FAVACHO, Frederico. A dicotomia terminal público...

## 1.7 A LEI DE MODERNIZAÇÃO DOS PORTOS – LEI N.º 8.630/1993

Giovanna Mayer ilustra o panorama enfrentado pelo setor nesse período:

No final dos anos 1980, o sistema portuário brasileiro era desenhado da seguinte forma: havia os terminais públicos, concedidos pelo Estado, bem como os terminais privados, os quais só poderiam movimentar mercadoria própria. "Os portos brasileiros tinham odor de mofo e de burocracia"<sup>35</sup>,<sup>36</sup>.

Nesse contexto, uma série de debates sobre o futuro dos portos brasileiros surgiu.<sup>37</sup> Esse movimento acabou dando origem ao Projeto de Lei 08/1991, de iniciativa do Poder Executivo.

Após dois anos de uma agitada tramitação no congresso, inclusive com greve dos trabalhadores portuários, o presidente Itamar Franco sancionou a Lei de Modernização dos Portos – 8.630/1993.

É possível afirmar que a Lei 8.630/1993 inaugurou uma reforma setorial que, anos mais tarde, acabou culminando na edição da Nova Lei dos Portos – 12.815/2013. Segundo Carlos Ari Sunfeld, esse processo “tem se pautado por dois objetivos: aumentar a atuação privada e impor a centralização da autoridade estatal”.<sup>38</sup>

Na época, a “nova lei” trouxe uma série de mudanças para tentar impulsionar os investimentos e modernizar o setor portuário.

Dentre as características mais marcantes da 8.630/93, pode-se apontar dualidade de regimes jurídicos,<sup>39</sup> que era pautada pelo tipo de carga transportada. Essa duplicidade de regimes estabeleceu uma assimetria regulatória no setor.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> COLLYER, Wesley. **Lei de portos**: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência. São Paulo: Aduaneiras, 2008. p. 32. apud MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros In: MOREIRA, (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 75-110. P81.

<sup>36</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 81.

<sup>37</sup> Houve a formação de um grupo chamado de AEI – Ação empresarial integrada, que fazia *lobby* para que fossem discutidas medidas aptas a melhorar a situação portuária no Brasil (MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 81.

<sup>38</sup> SUNFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar?. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos**... p. 25-31.

<sup>39</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários...

<sup>40</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 926, jan./mar. 2012.

A exploração privada das infraestruturas portuárias (utilizadas pelos autorizatários) era dividida pelo texto inicial da lei entre: i) terminais privativos de uso exclusivo (que movimentavam apenas carga própria); ii) os terminais privativos de uso misto (deveriam movimentar carga própria e cargas de terceiros); e iii) os terminais de uso privativo de turismo (para movimentação de passageiros).<sup>41</sup>

Em regra, os terminais de uso privativo se localizavam fora dos portos organizados. Para construção desses terminais, o particular devia obter autorização junto à ANTAQ, sem necessidade de prévia licitação.

Além disso, os terminais privados realizavam atividade econômica em sentido próprio em todas suas operações (inclusive quando movimentavam cargas de terceiro), pois atendiam exclusivamente aos interesses da autorizatária. Ou seja, teoricamente não havia prestação de serviço público.

No sentido oposto, havia os terminais de uso público, que eram instalados dentro dos portos organizados e eram subordinados ao regime de serviço público.

Esses terminais podiam ser explorados diretamente pela União ou por delegação a um particular (futuramente chamado de arrendatário), a qual deveria ser precedida de licitação.

Contudo, conforme esclarece Vitor Rhein Schirato,<sup>42</sup> a Lei n.º 8.630/93 não foi clara ao definir se havia expectativa de concorrência entre os terminais que estavam sujeitos ao regime jurídico de serviço público e os que estavam sujeitos ao regime jurídico privado.

Assim, inicialmente foram outorgadas autorizações a terminais privados que, em alguns casos, começaram a movimentar cargas de terceiros de forma preponderante em relação às cargas próprias. Isso gerou intensa discussão sobre a validade dessas autorizações, como comprova a edição da resolução n.º 517/2005 da ANTAC, que:

---

<sup>41</sup> O art. 4º, §2º, I e II da lei 8.630/1993 determinava que: “§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades: I - uso público; II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria; b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros; c) de turismo, para movimentação de passageiros”. O art. art. 2º, IX, do Decreto nº 6.620/2008, afirmava que a carga própria seria “aquela pertencente ao autorizado, a sua controladora ou a sua controlada, que justifique por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária”. Já a carga de terceiro, prevista no X do art. 2º seria “aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária”.

<sup>42</sup>SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas... p. 330.

reconheceu que a autorização para terminais privativos de uso misto seria concedida mediante a comprovação de que o operador movimentaria carga própria em quantitativos suficientes para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento. Logo, a movimentação de carga de terceiros seria admitida, mas não poderia ser o objeto principal e essencial da atuação do terminal.<sup>43</sup>

Dando um passo atrás, Flavio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas mencionam que

no setor portuário, constatava-se uma retração dos investimentos na modernização das infraestruturas das instalações de uso público e o inchaço no quadro de pessoal que as operava, o que culminou com a obsolescência e a deterioração de seus equipamentos, prejudicando o regime de exportação brasileiro.<sup>44</sup>

Com isso, em abril de 1990 entrou em vigor a Lei n.º 8.031, que acabou sendo revogada com a edição da Lei 9.491/1997, que instituiu o Plano Nacional de Desestatização.<sup>45</sup>

Em 1996 foram criadas as primeiras agências reguladoras no Brasil. No âmbito dos portos houve a criação da ANTAQ - Agência Nacional de Transporte

---

<sup>43</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arrendamento portuário – diferenças no regime de exploração de terminais de uso privativo e terminais de uso público – uso privativo de caráter misto – obrigatoriedade de movimentação de carga própria mínima, suficiente para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento – posicionamento em sentido contrário proferido pela ANTAQ – violação a princípios constitucionais e ao marco regulatório aplicáveis à matéria. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, Belo Horizonte, n. 53, p. 151- 173, 2011. Dentro dos procedimentos previstos para requerer autorização fica clara esse comando normativo: “Art. 5º A interessada na autorização de que trata esta Norma deverá dirigir requerimento à ANTAQ, instruído com a seguinte documentação: II - Habilitação Técnica: c) declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas;”

<sup>44</sup> GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-124, jul./set. 2014.

<sup>45</sup> O PND era “orientado pelos seguintes objetivos: (i) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo ao setor privado atividades antes executadas diretamente pelo aparelho estatal; (ii) contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças; (iii) permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades transferidas para o setor privado; (iv) contribuir para modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia; e (v) permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.” GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória...

Aquaviário em 05 de junho de 2001, com a publicação da Lei n.º 10.233,<sup>46</sup> Segundo informações oficiais, a ANTAQ:

é vinculada ao Ministério dos Transportes e tem autonomia financeira e administrativa. A agência implementa, em sua área de atuação, as políticas formuladas pelo ministério e pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte (Conit). Além disso, regula, supervisiona e fiscaliza os serviços prestados no segmento de transportes aquaviários e a exploração da infraestrutura portuária e aquaviária exercida por terceiros.<sup>47</sup>

O art. 27 da referida Lei dispõe as competências da ANTAQ. Entre elas destacam-se os incisos IV, XIV, XV, XVII e XXVI.<sup>48</sup> Além disso, seu art. 27 §1º, I autoriza a realização de convênios, reflexo da tendência descentralizadora da lei.<sup>49</sup>

Em 2007, a Medida Provisória n.º 369 foi convertida na Lei 11.518/2007, e criou a Secretaria de Portos da Presidência da República – SEP/PR. A definição da competência do SEP/PR é dada pelo art. 24-A da referida lei:

À Secretaria Especial de Portos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infra-

---

<sup>46</sup> Sobre o tema cf. GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à a governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>47</sup> Agências reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>48</sup> Lei 10.233/2001 dispõe: “Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação: IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores; XIV - estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários, nos termos da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória n.º 595, de 6 de dezembro de 2012; XV - elaborar editais e instrumentos de convocação e promover os procedimentos de licitação e seleção para concessão, arrendamento ou autorização da exploração de portos organizados ou instalações portuárias, de acordo com as diretrizes do poder concedente, em obediência ao disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória n.º 595, de 6 de dezembro de 2012; XVII - autorizar projetos e investimentos no âmbito das outorgas estabelecidas, encaminhando ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Secretário Especial de Portos, conforme o caso, propostas de declaração de utilidade pública; (Redação dada pela Lei n.º 11.518, de 2007) XXVI - fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, em conformidade com o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória n.º 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei n.º 12.815, de 2013)”

<sup>49</sup> “Art. 27 § 1º No exercício de suas atribuições a ANTAQ poderá: I – firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas”

estrutura e da superestrutura dos portos e terminais portuários marítimos, bem como dos outorgados às companhias docas.<sup>50</sup>

O Decreto n.º 6.620 de 29 de outubro de 2008, trouxe à tona o debate das cargas novamente, ao estabelecer expressamente que os terminais privados deveriam movimentar as cargas de terceiros em caráter subsidiário e eventual.<sup>51</sup> Contudo, conforme descrevem Cesar Pereira e Rafael Wallbach Schwind,

o Decreto n.º 6.620, por si só, foi insuficiente para evitar que terminais de uso privativo misto sem carga própria predominante entrassem ou se mantivessem em operação comercial. A discussão havia sido levada ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF n.º 139, que acabou sendo extinta por perda superveniente do objeto quando da edição da Lei n.º 12.815 e da criação do novo marco legal para o setor.<sup>52</sup>

## 1.8 A MEDIDA PROVISÓRIA N.º 595/2012 E A LEI 12.815/2013

A despeito das disputas que estavam sendo travadas tanto no âmbito do Superior Tribunal Federal, quanto dentro do Tribunal de Contas da União,<sup>53</sup> em 6 de

<sup>50</sup> Lei n.º 11.518, de 5 de setembro de 2007. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11518.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11518.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

<sup>51</sup> O art. 35 do decreto n.º 6.620/2008 dispõe: “Art. 35. As instalações portuárias de uso privativo destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias: I - movimentação de carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo; II - movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto (...)”.

<sup>52</sup> PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório... Ainda sobre a controvérsia, Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Cristiana Maria Lima oportunamente destacam que “A discussão jurídica que se externou por meio de duas principais ações, a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) n. 929/DF de 1993 e ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) n. 139/DF de 2008, e nesta última é possível verificar o posicionamento de vários doutrinadores sobre a questão. Em suma, era possível visualizar em mencionadas ações dois posicionamentos. O primeiro deles, que tinha por principal defensor José Afonso da Silva, pela inconstitucionalidade do dispositivo art. 4º, § 2º, inciso II da LMP, que permitia a movimentação de carga de terceiros em terminais privativos de uso misto, segundo defendia consistente tal ato em exploração de serviço público, sem licitação e por simples autorização. E outra corrente, assumida pela maior parte da doutrina administrativista, admitia a constitucionalidade de terminais privativos de uso misto se a autorização se desse para movimentação de carga própria e somente subsidiariamente de carga de terceiros, deste modo não havendo propriamente transferência de exploração de serviço público. Embora as ações ainda tramitem perante o Supremo Tribunal Federal, esta discussão perdeu sua relevância pelo atual desenho normativo.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria. Diferenças entre terminais... Ademais, diversos pareceres apresentados na ADPF n.º 139 foram publicados na coletânea: DALLARI, Adilson Abreu et al. **Regulação portuária e concorrência: terminais de uso público e de uso privativo misto - pareceres jurídicos e econômicos relativos à ADPF n.º 139.** Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

<sup>53</sup> Como por exemplo no processo TC015.916/ 2009-0, aonde a instrução técnica do TCU foi fortemente a favor da rejeição de terminais de uso privativo que atuem como se fossem de uso público. Uma das análises realizadas pela área técnica do TCU é referida em decisão. BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC n.º 015.916/ 2009-0. **Diário Oficial da União.**

dezembro de 2012 foi assinada a Medida Provisória 595 pela presidente Dilma Rousseff. A exposição de motivos da medida provisória coloca em evidência seus principais objetivos:

Para fazer frente às necessidades ensejadas pela expansão da economia brasileira, com ganhos de eficiência, **propõe-se modelo baseado na ampliação da infraestrutura e da modernização da gestão portuária, no estímulo à expansão dos investimentos do setor privado** e no aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada (...) Além da reforma regulatória proposta, pretende-se também **organizar o arranjo institucional do setor, mediante a definição de competências claras para a Secretaria de Portos da Presidência da República e para a ANTAQ.** (grifamos)<sup>54</sup>

Ainda, é clara a intenção do legislador em fomentar a competição dentro do setor portuário: “Além disso, é importante aprimorar o marco regulatório, a fim de garantir maior segurança jurídica e, sobretudo, maior competição no setor”.<sup>55</sup>

Entre as principais alterações concretas trazidas pela MP n.º 595, César A. Guimarães Pereira destaca, entre outras: i) extinção dos conceitos de carga própria ou de terceiro; ii) o critério da localização dos terminais (dentro ou fora do porto organizado); iii) poligonais como definição da área do porto organizado; iv) qualificação do porto organizado como “bem público”; v) definição da organização institucional entre ANTAQ e SEP; vi) definições dos critérios de licitações para concessões ou arrendamentos; vii) o chamamento público e processo seletivo para autorizações; viii) o compartilhamento de infraestruturas; ix) mudanças em relação aos contratos de arrendamento (encerramento ou prorrogação dos atuais); x) mudanças na interpretação do conceito de instalação de uso privado.<sup>56</sup>

Em 5 de junho de 2013, a Medida provisória foi convertida na Lei 12.815/2013, também chamada de “Nova Lei dos Portos”, consolidando inúmeras mudanças em relação à Lei n.º 8.630/1993.

No próximo capítulo, serão analisadas as principais alterações trazidas pela nova lei e a organização o setor portuário após a edição do novo marco regulatório.

<sup>54</sup>Exposição de motivos nº 0012-A MF/MT/AGU. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>55</sup>Exposição de motivos nº 0012-A MF/MT/AGU. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>56</sup> PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A Medida Provisória nº 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 15, n. 77, p. 129-147, jan./fev. 2013.

## 2 A CONFIGURAÇÃO DO SETOR PORTUÁRIO APÓS A EDIÇÃO DO NOVO MARCO SETORIAL

Nesse capítulo, serão examinados os principais institutos trazidos pela Lei n.º 12.815/2013, contextualizando e comparando-os com aqueles que existiam no ordenamento até a edição da MP 595/2012.

### 2.1 OS OBJETIVOS DA NOVA LEI DE PORTOS

O novo marco regulatório dos portos tem como principal escopo a “[...] ampliação da infraestrutura e da modernização da gestão portuária, no estímulo à expansão dos investimentos do setor privado e no aumento da movimentação de cargas com redução dos custos e eliminação de barreiras à entrada” (item 3).<sup>57</sup>

Ainda, o item 17 da Exposição de Motivos Interministerial nº 00012-A - SEP-PR /MF/MT/AGU da MP n.º 595 deixa claro que investimentos são necessários para assegurar “a redução do “Custo Brasil” no cenário internacional, a modicidade das tarifas e o aumento da eficiência das atividades desenvolvidas nos portos e instalações portuárias brasileiras”.<sup>58</sup>

Pontue-se que toda leitura do desenho regulatório e dos institutos trazidos pelo novo marco setorial devem ser lidos a luz desses objetivos.

### 2.2 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PORTUÁRIOS NO BRASIL

O art. 21, XII, “f” da Constituição Federal, confere a União a competência para exploração dos portos, seja de forma direta ou indireta.

Ainda, o art. 175 da carta constitucional atribuiu ao poder público a prestação de serviços públicos diretamente ou indiretamente, por meio de concessão, permissão ou autorização.

Com base nesse dispositivo constitucional, parte da doutrina firmou o entendimento de que todas as atividades portuárias no Brasil seriam serviços públicos.

---

<sup>57</sup>Exposição de motivos nº 0012-A MF/MT/AGU. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>58</sup>Exposição de motivos nº 0012-A MF/MT/AGU. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

Vitor Rhein Schirato, contudo, discorda dessa concepção. O autor afirma que esse posicionamento é equivocado por dois motivos principais: i) o STF já decidiu que nem todas as atividades que estão no art. 21, XII são serviços públicos;<sup>59</sup> ii) ao utilizar as autorizações como títulos habilitantes de exploração portuária, determinou que nem toda atividade portuária é serviço público.<sup>60</sup>

O autor conclui sua opinião afirmando que “nem todas as atividades do setor portuário são serviços públicos, havendo aquelas, exploradas por autorizações, que são atividades privadas sujeitas a algum grau de controle estatal”.<sup>61</sup>

Há uma extensa discussão sobre a natureza jurídica das atividades portuárias no Brasil. Conforme será demonstrado, existem dois regimes aplicáveis aos serviços portuários no Brasil: o de serviço público e o de exploração privada. Pairam inúmeras questões controvertidas sobre o assunto, como denota Alexandre dos Santos Aragão:

O fato de os serviços portuários constarem do rol de atividades submetidas à competência da União Federal não os submete automática e absolutamente ao regime jurídico dos serviços públicos. A sua natureza jurídica deverá ser analisada caso a caso.<sup>62</sup>

Adiantando o exposto no próximo tópico, atualmente o critério definidor dessa distinção é se a área do terminal se encontra dentro ou fora do porto organizado.

### 2.3 OS PORTOS ORGANIZADOS

A Lei 12.815/2013 (art. 2º, I) definiu os portos organizados como:

Bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e

---

<sup>59</sup> Cf. BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE nº 220.999/PE. Relator: Min. Marco Aurélio. Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim.. **Diário de Justiça**.

<sup>60</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 325-343 (327-328).

<sup>61</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 325-343 (328).

<sup>62</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas?. Ed. Revista dos Tribunais. vol. 946/2014. Ago / 2014.

armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

Além disso, o inciso II do art. 2º disciplina que a área do porto organizado deve ser “delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado”. Marçal Justen Filho entende que os portos organizados são:

Conjunto de bens cuja finalidade última é o desenvolvimento de atividade portuária permanente e contínua, subordinada ao regime de serviço público. Aquele que explora o porto organizado não é facultado optar por prestar, ou não, o serviço público a ele concedido.<sup>63</sup>

Além disso, o autor aponta que há solida competência regulatória, inclusive com uma autoridade portuária que poderá gerenciar o planejamento referente ao porto.<sup>64</sup>

O legislador optou por definir os portos organizados como “bem público”. Dessa forma, recai sobre o Estado a titularidade sobre o espaço físico dessas áreas, mesmo que eventualmente existam bens de titularidade privada.<sup>65</sup>

Nesse ponto, há inovação em relação à Lei 8.630/1993, que não conceituava porto organizado como um bem público.<sup>66</sup> Destarte, a expressão “bem público” pode ter duplo significado. Se interpretada com um viés econômico (como tem ocorrido majoritariamente), pode-se entender o porto organizado como conjunto de elementos para atingir o interesse coletivo. Assim, concessões e arrendamentos devem necessariamente ter destinação pública, afastando dos limites do porto organizado os terminais de uso privado.<sup>67</sup>

Se examinado o ponto de vista jurídico, isso poderia implicar na incorporação ao patrimônio estatal de todos os bens situados dentro dos portos organizados, sendo a presença de bens privados barradas dessas áreas.<sup>68</sup> Contrários a essa vertente hermenêutica, Cesar A. Guimarães Pereira e Rafael Wallbach Schwind afirmam:

---

<sup>63</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário...**

<sup>64</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico do arrendamento portuário. A questão da obrigatoriedade da licitação. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, São Paulo, n. 16, p. 191-213, 2015, p. 197.

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades...

<sup>66</sup> PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório...

<sup>67</sup> PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório...

<sup>68</sup> PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório...

Não existe nenhuma razão para não se compreender o art. 2º, I, da Lei nº 12.815 em seu sentido jurídico. É razoável concluir que o dispositivo tornou aptos a serem incorporados ao patrimônio público todos os bens existentes no âmbito do porto organizado a serem destinados às finalidades previstas no dispositivo legal.<sup>69</sup>

Já Flávio Amaral Garcia e Rafael Verás de Freitas tem posicionamento diverso sobre o assunto:

Não parece que as acepções sejam excludentes entre si. Para que se possa delimitar o conceito de “Porto Organizado”, à luz do Novo Marco Regulatório do Setor Portuário, as acepções econômica e jurídica desse conceito devem ser interpretadas harmonicamente.<sup>70</sup>

Em relação aos bens pertencentes a particulares dentro de porto organizado, fica a critério do Poder Público a escolha pela manutenção ou exclusão destes. Há uma ressalva: além do dever de motivação dessa escolha, deve atender aos critérios do art. 15 da Lei n.º 12.815 (descrita no próximo tópico).<sup>71</sup> Por último, Marçal Justen Filho aponta que:

O fundamental, portanto, reside em identificar a área do porto organizado, pois este é o critério elencado pela lei para o estabelecimento do regime jurídico correspondente às atividades portuárias principais.<sup>72</sup>

Dessa maneira, a identificação da área do porto organizado leva ao tema do próximo tópico: a poligonal como critério definidor da aplicação de regime jurídico de exploração portuária.

#### 2.4. POLIGONAIS COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DE APLICAÇÃO DO REGIME JURÍDICO

A poligonal é definida como a demarcação da área do porto organizado, já que o critério geográfico foi adotado pelo legislador para determinar qual o regime

<sup>69</sup> PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório...

<sup>70</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Verás de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória – Os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, Ano 12, n. 47, Jul./Set. 2014.

<sup>71</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a lei 12.815/13. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário...**

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias...

aplicável à exploração da infraestrutura portuária. Adotando esse raciocínio, constata-se que dentro do porto organizado (delimitado pela poligonal) o regime aplicado é o de serviço público, sendo passível de exploração via concessão ou arrendamento.

Na outra ponta, as áreas fora da demarcação da poligonal se submetem ao regime de exploração privada, que se dá por meio das autorizações.<sup>73</sup> O art. 15, parágrafo único da Lei n.º 12.815/2013, elenca alguns parâmetros para definição das poligonais: “A delimitação da área deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes”.

Floriano de Azevedo Marques Neto examina o dispositivo supracitado para definir qual seria o critério de delimitação da poligonal.<sup>74</sup> Preliminarmente, o professor aponta que há que se considerar a questão da eficiência e competitividade. Alerta, ainda, que a redução das poligonais e/ou dos portos organizados, apesar de parecer uma boa solução, levaria a inexistência da prestação do serviço público portuário, o que seria altamente indesejável, já que o porto organizado é instrumento de consecução de fins constitucionais.<sup>75</sup>

Alguns doutrinadores de renome defendem que a alteração do poligonal – se realizada de modo arbitrário pela Administração - configuraria tentativa de burla ao processo licitatório pela fraude do regime de arrendamento. Isso traria prejuízo à competitividade e desequilibraria a assimetria regulatória implantada pela nova lei.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> Essa diferenciação entre os tipos de contratos aplicáveis a cada regime será o principal assunto dos próximos tópicos desse capítulo.

<sup>74</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário...**

<sup>75</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário...**

<sup>76</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Porto organizado. Delimitação da poligonal a conformar a área do porto organizado.** Parecer exarado em 19 ago. 2015, a pedido de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria. Diferenças entre terminais... ; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer exarado em 12 fev. 2015, a pedido de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini sobre a proposta de consulta pública feita pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, relativa à proposta de nova "poligonal" (delimitação geográfica da área do porto organizado) do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina, localizado no Estado do Paraná.

Azevedo Marques indica ainda que a eficiência é produto da conjugação de elementos como: capacidade, tempo de movimentação da carga e área disponível para operação.<sup>77</sup>

Em relação ao trecho do art. 15 que fala das “instalações portuárias já existentes”, é pertinente uma leitura em conjunto com o art. 68 da mesma lei: “As poligonais de áreas de portos organizados que não atendam ao disposto no artigo 15 deverão ser adaptadas no prazo de 1 (um) ano”. Assim, conforme elucida Maria Sylvia Zanella di Pietro:

As atuais poligonais dos portos públicos não podem ser adaptadas fora das hipóteses do art. 68 [...] isso significa que a alteração das poligonais é a exceção possível se e quando as poligonais existentes, reconhecidas pelo art. 68, não atenderem a tais requisitos.<sup>78</sup>

Portanto, não há margem de escolha do regime aplicável à exploração de infraestruturas portuárias, sendo que se deve respeitar o critério geográfico estabelecido pelas poligonais.

## 2.5. FORMAS DE EXPLORAÇÃO DAS ATIVIDADES REALIZADAS NO PORTO ORGANIZADO

A lei 12.815/2013 consagrou três modalidades contratuais: a concessão, a autorização e o arrendamento, cada qual com seu respectivo regime jurídico.<sup>79</sup> No entanto, esses contratos não tem caráter estritamente público ou estreitamente privado, sendo que há variações entre eles.

Como já foi sublinhado, uma das alterações em relação ao diploma anterior repousa sobre a diferenciação entre os terminais de exploração pública e privada, sendo que a nova lei estabeleceu profundas alterações em relação ao papel das privadas.<sup>80</sup>

Nessa linha, certamente a maior novidade trazida pelo marco regulatório “concerne ao desenho da assimetria regulatória estabelecida entre os prestadores

---

<sup>77</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer...

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal...

<sup>79</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos...** p. 34.

<sup>80</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos...** p. 326.

de serviços públicos (arrendatários) e os exploradores de atividades econômicas em sentido estrito (autorizatários).”<sup>81</sup>

Além disso, é importante destacar que a distinção entre “carga própria” e “carga de terceiros” foi deixada de lado. Ao invés disso, de acordo com Leonardo Coelho Ribeiro, foi adotado o critério da delimitação pela poligonal (já pormenorizada no tópico anterior):

Optou por se valer da delimitação tracejada pela poligonal da área do porto organizado para separar, excepcionando apenas os casos de Termas de Uso Privado já instalados dentro de área de porto organizado, os regimes públicos (das concessões e arrendamentos), do regime privado regulado (das autorizações que habilitam o particular a construir e operar o Terminal de Uso Privado).<sup>82</sup>

Ou seja, o fundamento distintivo entre os regimes de exploração aplicáveis deixou de ser o tipo de carga e “elegueu o critério da localização geográfica – a depender de estar, ou não, o terminal inserido dentro do poligonal do porto organizado – como definidor dos regimes jurídicos aplicáveis”.<sup>83</sup>

A partir dessa constatação, Rafael Vêras de Freitas concluiu que “é lícito afirmar que é a poligonal do ‘porto organizado’ que delimita os parâmetros que configuram a nova assimetria regulatória do setor portuário”.<sup>84</sup>

Dentro dessa assimetria regulatória, convivem dois regimes: o da exploração da infraestrutura portuária sob o regime de serviço público e a exploração sob o regime privado.

## 2.6. EXPLORAÇÃO DOS PORTOS E DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS LOCALIZADAS DENTRO DA ÁREA DO PORTO ORGANIZADO

<sup>81</sup> GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-124, jul./set. 2014.

<sup>82</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos...** p. 120.

<sup>83</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melha do Araujo. Diferenças entre terminais portuários...

<sup>84</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para exploração portuária. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Teoria do Estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 333-381. p. 358.

Dentro da área do porto organizado, há duas modalidades contratuais aplicáveis: “concessão” (de um porto como um todo) e “arrendamento” (de instalações portuárias específicas).<sup>85</sup>

Conforme disciplina do art. 21, XII, “f” da Constituição Federal, é competência da União a exploração dos portos, seja de forma direta ou indireta.

Assim, a lei 12.815 dispõe que nos casos em que se optar pela exploração indireta, isso irá ocorrer mediante concessão e arrendamento do bem público (art. 1º, §1º). O art. 4º da lei determina ainda que esses devem ser “realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação”.

Ainda sobre o tema, o art. 66 da supracitada lei, indica que no caso das concessões e arrendamentos, aplicam-se subsidiariamente as normas das leis 12.462/2011 (RDC – Regime Diferenciado de Contratação), 8.987/1995 (Lei das concessões) e 8.666/ 1993 (Lei Geral de licitações).

Apesar de não constar disposição expressa, alguns autores afirmam que a lei 11.079/2004 (Lei das Parcerias público-privadas) pode ser utilizada em conjunto com as demais já enumeradas.<sup>86</sup>

O Decreto n.º 8.033, de 27 de junho de 2013, em seu capítulo II, disciplinou as regras referentes à “exploração dos portos e das instalações portuárias localizadas dentro da área do porto organizado”. Dentro desse ponto, o decreto regulamentou os seguintes conteúdos: i) disposições gerais sobre a licitação da concessão e do arrendamento; ii) edital da licitação; iii) procedimento licitatório; iv) contratos de concessão e de arrendamento e v) exploração direta ou indireta de áreas não afetas às operações portuárias.

Entre as cláusulas dispostas pela Lei n.º 12.815, comuns às concessões e aos arrendamentos, destacam-se: i) ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste (Art.5º, IV); ii) aos investimentos de responsabilidade do contratado (Art.5º, V); iii) à reversão de bens (art. 5º, VIII).<sup>87</sup>

Além dessas, é possível mencionar o art. 8º, V do decreto 8.033, que define que o edital de licitação deve prever a “relação dos bens afetos ao arrendamento ou à concessão”.

---

<sup>85</sup>PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório...

<sup>86</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 104. Sobre o tema cf. OLIVEIRA, Fernão Justen de. Concessão administrativa de dragagem por resultado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário**...

<sup>87</sup> O art. 5º, § 2º dispõe ainda que “Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.”

Os principais critérios a serem adotados na escolha do concessionário estão listados no art. 6º da 12.815/2013: “de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital”.

O citado artigo de lei dispõe ainda que as licitações poderão ser realizadas na modalidade de leilão (§1º) e os respectivos editais deverão ser elaborados pela ANTAQ (§3º), disposição que não é prejudicada em caso de transferência de competências à Administração do Porto (§5º).

Recepcionando a doutrina das *essential facilities* e do compartilhamento de infraestruturas,<sup>88</sup> o art. 7º da lei n.º 12.815 dispõe que as instalações portuárias poderão ser utilizadas em caráter excepcional, por qualquer interessado, sendo assegurada remuneração ao titular do contrato (arrendatário ou concessionário).

A prorrogação geográfica e cronológica dos contratos de concessão e arrendamento portuários é permitida pela nova lei. Isso deve ocorrer pela celebração de aditivos contratuais, que devem respeitar os princípios da motivação, proporcionalidade e o objeto originalmente contratado.<sup>89</sup>

Em relação à ampliação geográfica, o art. 6º,§6 da 12.815/2013 prescreve que em caso de requerimento do arrendatário, e tendo sido comprovada a eficiência na operação, o poder concedente pode autorizar a “expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado”.

Quanto à prorrogação cronológica, o art. 19 do Decreto 8.033/2013 dispõe que “Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até vinte e cinco

---

<sup>88</sup> Para possibilitar o compartilhamento de infraestruturas, os seguintes requisitos devem ser preenchidos: “(a) o acesso à infraestrutura deve ser indispensável para o fornecimento do serviço e a sua duplicação não deve constituir uma alternativa racionalmente praticável; (b) a infraestrutura deve possuir dimensão suficiente para permitir o acesso de um novo operador; (c) o incremento de capacidade deve satisfazer os padrões técnicos da infraestrutura; (d) o novo operador deve pagar uma compensação adequada ao proprietário da infraestrutura, considerando os custos em que este deverá incorrer para aumentar a sua capacidade e para deixá-la acessível”. Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência**: Estudos e Pareceres. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 40; e SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**: Princípios e fundamentos Jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 54. NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 167. FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial**: as Telecomunicações. São Paulo: Livrarias Paulista, 2003, p. 299. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Lei Geral de Telecomunicações e Regulação dos Mercados**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro vol. XI, Rio de Janeiro: Lumen Juris. pp. 259-260. ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista de Direito Público da Economia nº 2. Belo Horizonte: Fórum, abr./maio/jun. de 2003, pp. 94-99. PARMIGGIANI, Fedrica. **Il Lento Processo di Liberalizzazione Della Telefonia in Italia**. Padova: Cedam, 1999. p. 362.

<sup>89</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros... p. 57.

anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente”. Desse modo, teoricamente, os contratos não poderão superar o prazo total de 50 anos.

O item 6 da exposição de motivos da MP 595/2012 sintetiza de forma precisa o regramento em relação ao regime de exploração dentro dos portos organizados:

O regime de exploração dentro do porto organizado terá como condição de exploração – tanto para concessão quanto para o arrendamento – a participação em processo de licitação, no qual poderá ser adotada a modalidade leilão. O critério de licitação, nesses casos, será, dentre outros requisitos, a maior movimentação de carga com a menor tarifa. Pretende-se, com isso, garantir o aumento da oferta com os menores custos possíveis. O prazo de exploração do porto organizado e da instalação portuária nele localizada será de 25 anos, prorrogável por no máximo igual período. Ao final do prazo contratual, os bens e instalações reverterão ao poder concedente para nova licitação.<sup>90</sup>

Por último, é importante sublinhar que, a despeito das críticas, foram mantidas as “restrições no tocante à contratação de mão-de-obra, que deve fazer-se por meio do OGMO (Órgão de Gestão de Mão-de-Obra)”.<sup>91</sup>

O art. 32 da Lei 12.815/2013 subsidia essa constatação: “Os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário [...]”.

### 2.6.1 CONCESSÃO DOS PORTOS ORGANIZADOS

O art. 2º, IX do novo marco setorial portuário define a concessão de infraestrutura portuária como: “cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado”. Flavio Amaral Garcia e Rafael Vêras de Freitas conceituam de maneira sintética as concessões de portos organizados:

[...] concessão do “Porto Organizado” é o título habilitante por meio do qual a União, representada pela Secretaria Especial de Portos (SEP), delega a prestação do serviço público portuário para terceiros, os quais, ao explorarem tais atividades sob o regime da publicatio, desempenham,

<sup>90</sup>Exposição de motivos nº 0012-A MF/MT/AGU. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>91</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades...

ainda, a função de polícia administrativa sobre os agentes que se utilizam dessa infraestrutura (arrendatários, operadores portuários e usuários).<sup>92</sup>

Floriano de Azevedo Marques Neto afirma que o objeto da concessão envolve “[...] a gestão de toda a infraestrutura e a prestação de serviços portuários [...]. O concessionário terá delegado para si toda a gestão daquela utilidade [...] inclusive no tocante à interface com os arrendatários”.<sup>93</sup>

Assim, percebe-se que cuida-se de um contrato clássico de concessão de serviço público, tal qual dispõe o art. 175 da Constituição Federal. Pontua-se que essa atividade está sob o regime da *publicatio*, consequência disso é a necessidade da prestação de serviço público adequado.<sup>94</sup>

No entanto, é possível reconhecer que não se trata de uma concessão de serviço público tradicional, já que há a cumulação da própria concessão com o da “função de polícia administrativa”.<sup>95</sup> Ou seja, “além da exploração e gestão da infraestrutura portuária, há a transferência ao concessionário da função própria de Autoridade Portuária”.<sup>96</sup>

O art. 17, §1º, da Nova Lei dos Portos dá subsidio para materialização da função de polícia administrativa nos seguintes incisos: I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão; III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente; VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;<sup>97</sup>

Essas conclusões trazem questionamentos sobre a dissociação do poder de polícia e serviço público quanto à premissa relacionada à impossibilidade de delegação da primeira.<sup>98</sup>

Nessa esteira, o art. 20 do Decreto 8.033/2013 define três alternativas para o objeto dos contratos de concessão: I) administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias; II) administração do porto e a exploração indireta das instalações portuárias, vedada a sua exploração direta; ou III) desempenho, total

---

<sup>92</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

<sup>93</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.p. 232.

<sup>94</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

<sup>95</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

<sup>96</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria. Diferenças entre terminais...

<sup>97</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

<sup>98</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões Portuárias... p. 268-269.

ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias.

Com o contrato de concessão portuário, há delegação aos particulares da competência para organizar, gerenciar e explorar o porto organizado.<sup>99</sup> Assim, o porto continuará público, mesmo com sua gestão sendo realizada por um particular. Portanto, é correto afirmar que “o instituto da delegação não altera a natureza jurídica do objeto delegado”.<sup>100</sup>

Além disso, é importante sublinhar que, dentro de um mesmo porto organizado, “[...] podem estar localizadas uma ou mais instalações portuárias de uso público, também chamadas de terminais, podendo estes ser, ou não, objeto de arrendamento”.<sup>101</sup>

Nessa linha, destaca-se que o regime de bens está diretamente ligado com as algumas premissas. A primeira é de que o próprio porto organizado é considerado bem público (art. 2º, I).<sup>102</sup> A segunda é a de que a Lei n.º12.815/2013 fala apenas em “reversão dos bens” (art. 5, VIII). Ou seja, houve uma pequena modificação em relação à lei 8.630/1993, que determinava a reversão dos bens aplicados ao serviço (art. 4º, §4º, VII).<sup>103</sup>

Contudo, isso não significa que há reversão de todos os bens dos concessionários, pois tanto o regime quanto o procedimento de reversão deverão ser previstos no contrato de concessão.<sup>104</sup>

Por último, aponta-se que a remuneração do concessionário derivada da prestação dos serviços concedidos é de natureza tarifária (artigos 3º, II; 5º, IV; 17, §1º, IV, e 62 da Lei n.º 12.815/2013).<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 16, p. 77-124, 2006. p. 86.

<sup>100</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores...

<sup>101</sup>GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria. Diferenças entre terminais... A Lei 12.815/2013 em seu Art. 2º conceitua: “II - área do porto organizado: área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado; III - instalação portuária: instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado e utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário;”

<sup>102</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**

<sup>103</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**

<sup>104</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**

<sup>105</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões...**

## 2.6.2 OS ARRENDAMENTOS PORTUÁRIOS

O art. 2º, XI da 12.815/2013 define arrendamento portuário como: “cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado”. Giovanna Mayer pondera a figura dos arrendamentos em relação as concessões:

[...] pode ocorrer - e geralmente ocorre - 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.<sup>106</sup>

O Decreto 6.620/2008 (revogado pelo Decreto 8.033), dividia os arrendamentos em “Instalações Portuárias Operacionais” e “Instalações Portuárias Marítimas não-Operacionais”. As instalações portuárias operacionais são aquelas diretamente conectadas à atividade portuária. Já as instalações portuárias marítimas não operacionais “são os comuns do direito público, que possuem as mais diversas destinações, como o comércio, o lazer, a educação, a cultura”.<sup>107</sup>

Tal divisão, apesar de não ser expressa no Decreto 8.033, ainda pode ser utilizada. Desse modo, o arrendamento considerado para os objetivos desse trabalho é o das operações portuárias. Nessa linha, pode-se afirmar que “há dois tipos de contratos: um dirigido à prestação do serviço público e outro dirigido ao uso do bem público”<sup>108</sup>. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Há casos em que a infraestrutura cedida ao particular é instrumental para a prestação de serviços públicos. E existem casos em que os bens objeto do arrendamento são utilizados pelo particular para a prestação de serviços públicos. Para exemplificar, considere-se o arrendamento de um terminal público, para prestação de atividades portuárias principais sob regime de serviço público, que não se confunde com o arrendamento de um imóvel na área portuária para a implantação de um restaurante.<sup>109</sup>

Leonardo Coelho Ribeiro afirma que o arrendamento portuário é considerado uma “subconcessão de serviço público”.<sup>110</sup>

<sup>106</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 105.

<sup>107</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 106.

<sup>108</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 105.

<sup>109</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias...

<sup>110</sup> RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório... p. 137.

Floriano Marques de Azevedo, por sua vez, entende que o arrendamento está mais próximo de uma figura especial de subconcessão<sup>111</sup> do que o instituto homônimo do Direito privado.<sup>112</sup> A respeito disso, Garcia e Vêras de Freitas concluem:

[...] o contrato de arrendamento portuário [...] tem natureza jurídica de uma subconcessão imprópria de serviços públicos, estabelecendo-se uma relação primária, com o concessionário do Porto Organizado, e outra, secundária, com o Poder Concedente.<sup>113</sup>

Na verdade, o poder concedente, ao firmar contrato de arrendamento, além de transferir o uso de um bem público (no caso a infraestrutura portuária), delega a prestação de um serviço público de sua titularidade.<sup>114</sup> Precursor desse entendimento, Marçal Justen Filho classifica o arrendamento portuário como “subconcessão imprópria”, uma vez que o concessionário é quem, no papel de autoridade portuária, exercerá parcialmente a função de polícia administrativa perante os arrendatários.<sup>115</sup>

Parte da doutrina entende o arrendamento como uma subconcessão, e, seguindo essa linha, defende a aplicação subsidiária do art. 26 da Lei de Concessões (Lei 8.987/1995):<sup>116</sup>

Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.  
 § 1.º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.  
 § 2.º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

Os contratos de arrendamento portuário não servem apenas para ordenar o espaço físico dentro das instalações dos portos organizados.

Na verdade, o novo marco regulatório dos portos “estabeleceu disciplina isonômica entre a concessão de exploração do porto organizado e o arrendamento de bem público”.<sup>117</sup>

<sup>111</sup>Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fabio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. Revista de Direito Administrativo - RDA. Jan./ Mar. 2003. p. 269-295.

<sup>112</sup>MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões Portuárias... p. 268-269.

<sup>113</sup>GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros... p.115.

<sup>114</sup>GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros... p. 111.

<sup>115</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 524.

<sup>116</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral...**

<sup>117</sup>GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria. Diferenças entre terminais...

A maior diferença entre os dois contratos seria o instrumento de outorga. Fora isso, os direitos e deveres dos arrendatários são os tradicionais dos prestadores de serviço público.

Inclusive, a lei que criou a ANTAQ (10.233/2001), prevê que as outorgas de concessão podem estar vinculadas a contratos de arrendamento (art. 14, § 3º).

A mutação dos contratos de arrendamento é algo possível, e, mais do que isso, desejável. Corroborando essa afirmação, destaca-se que a ampliação ou alteração do objeto contratual não precisa obedecer ao parâmetro de 50% estipulado pelo art. 65 da lei 8.666/1993, desde que haja justificativa técnico-operacional.<sup>118</sup> O próprio Tribunal de Contas da União já emitiu decisão favorável nesse sentido no acórdão n.º 96/1999, de relatoria do Min. Humberto Souto (Dou de 02/07/1999). Isso ocorre pois nos arrendamentos, ao contrário das licitações, o dinheiro para manutenção e ampliação das infraestruturas vem do particular e não do governo (o arrendatário inclusive paga à Administração Pública pelo uso).<sup>119</sup>

Em segundo lugar, aponta-se que a resolução n.º 3.220/2014 da ANTAQ estabeleceu parâmetros para a manutenção do equilíbrio econômico financeiro nos arrendamentos:

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

Nos contratos mais recentes, há cláusulas de alocação de risco entre as partes. Como exemplo, pode-se utilizar a minuta contratual do arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para a movimentação e armazenagem de grãos sólidos vegetais nos portos de Vila do Conde, no Pará, em que há cláusulas específicas disciplinando: i) a remuneração da Arrendatária; ii) a alocação de riscos; iii) revisão extraordinária para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; entre outras.<sup>120</sup>

Com a prévia alocação de riscos e a abertura para o reequilíbrio econômico financeiro, o novo marco portuário está apto a atender às transformações - que

---

<sup>118</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 108-109.

<sup>119</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 108-109.

<sup>120</sup> Disponível em <[http://www.antaq.gov.br/Portal/PIL1\\_2015/index.html](http://www.antaq.gov.br/Portal/PIL1_2015/index.html)>. Acesso em: 06 nov. 2015.

certamente ocorrerão - e pode assim, reger contratos de longa duração, mas que atendam a usuários e respondam a demandas do serviço prestado.<sup>121</sup>

## 2.7 TERMINAIS DE USO PRIVADO E AS AUTORIZAÇÕES PORTUÁRIAS

Segundo dados da Secretaria dos Portos, desde o início da vigência do novo marco setorial dos portos, 34 terminais de uso privado foram autorizados (entre novas autorizações e investimentos em terminais já existentes), com investimentos previstos que superam a marca de dez bilhões de reais.<sup>122</sup>

Ainda, “estão habilitados para assinarem contratos 33 empreendimentos e estão em análise no sistema SEP/ANTAQ mais nove terminais, com previsão em investimentos de R\$ 22 bilhões.”<sup>123</sup>

Durante toda vigência da lei anterior (Lei 8.630/1993), houve uma profunda discussão sobre o tipo carga que poderia ser operada pelos terminais de uso privado, já que a esses, era permitida apenas a movimentação de: i) carga própria (terminais privativos); ii) carga própria e subsidiariamente de terceiros (terminais de uso misto).

O art. 6º da lei 8.630/1993 havia estabelecido que a autorização portuária era “[...] delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. Desse modo, a autorização poderia ser concedida – desde que cumpridos os requisitos necessários - tanto para projetos dentro do porto organizado, quanto fora dele.<sup>124</sup>

Contudo, a nova lei deu fim à controvérsia e definiu as poligonais e a área do porto organizado como critérios indicadores do regime jurídico aplicável aos terminais portuários. Com isso, os terminais de uso privados, que ficaram sujeitos ao regime de direito privado, foram autorizados a movimentar cargas de terceiros livremente.

---

<sup>121</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, v. 7. n. 25. p. 101 - 117. jan./mar. 2009. p. 109-113.

<sup>122</sup> Terminais de Uso Privado. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/terminais-de-uso-privado>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>123</sup> Terminais de Uso Privado. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/terminais-de-uso-privado>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

<sup>124</sup> CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica da autorização para exploração da infraestrutura portuária. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário...**

Esses terminais de uso privado foram descritos pelo art. 2º, IV da Lei 12.815/2013: “instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado”.

Assim, ficou estipulado que a autorização serviria apenas para outorgar o direito de exploração das instalações fora da área do porto organizado. Nesse sentido, o Art. 2º, XII dispõe: “autorização: outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”.

Destarte, os contratos de autorização de terminais de uso privado que já estavam instalados dentro das áreas de porto organizado foram afetados pelas novas disposições. A Lei 12.815/2013 determina que serão garantidas as atividades desses terminais desde que os termos de autorização e contratos de adesão em vigor sejam adaptados as disposições da nova lei no prazo de um ano da promulgação (art. 58 e 59).

A nova lei dos portos inovou ao determinar que as autorizações devam ser precedidas de chamadas ou anúncios públicos (art. 8º). Do art. 9º ao 12º da nova lei, o procedimento a ser adotado nessas chamadas é definido. Os anúncios públicos ainda são disciplinados pelo Decreto n.º 8.033/2013 (arts. 27-35) e pela resolução 3.290 da ANTAQ, “que regulamenta e especifica o trâmite desse processo prévio no âmbito daquela Agência”.<sup>125</sup> Segundo Alexandre Wagner Nester, o processo de chamada pública:

[...] configura um rito mínimo (uma licitação simplificada por assim dizer) que se presta a concretizar os mesmos princípios estabelecidos pela Lei 8.666, [...] principalmente nos casos em que houver disputa entre mais de um particular interessado. [...] Havendo mais de uma opção, deve ser escolhida aquela que se revelar mais adequada aos interesses coletivos inerentes à atividade portuária.

Encerrada a fase do chamamento público, “o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário.” (Art. 30, Decreto 8.033).<sup>126</sup> Esse

---

<sup>125</sup> NESTER, Alexandre Wagner. O processo prévio para outorga de autorizações portuárias. *In*: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário...**

<sup>126</sup> O parágrafo único do art. 30 ainda esclarece: “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.”

procedimento busca distribuir adequadamente as autorizações, conforme a possibilidade geográfica e econômica da região.

O art. 8º, §2º dispõe que o prazo das autorizações é de 25 anos, prorrogáveis por períodos sucessivos. Porém, a prorrogação é condicionada a duas exigências: “I - a atividade portuária seja mantida; II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias”.<sup>127</sup>

Essa regra afasta o argumento de que as autorizações portuárias são precárias. Desse modo, não pode a ANTAQ revogar ou cassar uma autorização sem motivação adequada e atender a Lei de Processo Administrativo.<sup>128</sup>

Na esteira do que foi prescrito pelo art. 7º da Lei 12.815 - que regulamentou o compartilhamento de infraestruturas nos arrendamentos - o art. 13 impõe que: “Antaq poderá disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, assegurada remuneração adequada ao titular da autorização”.

Ou seja, desde que sejam respeitados os critérios definidos pela doutrina da *essential facilities* (já abordados anteriormente no item 2.6), é possível que um concorrente utilize as instalações do autorizatário, mediante remuneração.

O art. 35 do Decreto 8.033/2013 trouxe uma alteração importante em relação à titularidade das autorizações. Pelo regramento anterior, as autorizações eram personalíssimas, sendo vedada sua transferência ou a alteração no controle societário das autorizatárias.

Contudo, pela nova disposição, se houver anuência do poder concedente é permitida a “transferência de titularidade da autorização, desde que preservadas as condições estabelecidas no contrato de adesão original” (Art. 35, I).

O mesmo dispositivo permite ainda, sem a necessidade de novo contrato de adesão: i) “o aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem da instalação portuária, desde que não haja expansão de área original” (art. 35, II); ii) “a alteração do tipo de carga movimentada” (art. 35, Parágrafo único, I); e iii) “a ampliação da área da instalação portuária, localizada fora do porto organizado, que

---

<sup>127</sup> Nas palavras de Alexandre Aragão dos Santos: “Percebe-se aí uma limitação temporal ao uso da instalação e exigência relacionada à sua expansão (“universalização”) e modernização (“atualidade”), que não existiam no modelo anterior.” ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas?. **Revista dos Tribunais**, vol. 964, ago/2014.

<sup>128</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 98-99.

não exceda a vinte e cinco por cento da área original, desde que haja viabilidade locacional” (art. 35, Paragrafo único, II).

O art. 44 da Resolução 3.290/2014 da ANTAQ determina que o autorizatário tem o dever de atentar as normas legais e regulamentares da ANTAQ, “notadamente as relativas à execução da operação portuária, à modicidade e publicidade das tarifas e preços praticados, à prestação de serviço adequado e à efetividade dos direitos dos usuários”. Essa disposição se aproxima da prescrição dada pelo art. 3º da Lei n.º 12.815/2013, que versa sobre as diretrizes que devem seguir a exploração dos portos organizados e as instalações portuárias.<sup>129</sup>

Com isso, há a demonstração da afinidade entre o contrato de adesão ao contrato de concessão “sendo previsto que o primeiro conterà as mesmas cláusulas essenciais do segundo, com exceção daquelas previstas em seus incs. IV e VIII, relacionados à reversibilidade dos bens e às tarifas praticadas”.<sup>130</sup>

A exigência da formalização da autorização portuária por meio de um contrato de adesão não é algo novo, já que o Decreto 6.620/2008 já previa a utilização desse instrumento.<sup>131</sup> Vitor Rhein Schirato conceitua o atual contrato de adesão do seguinte modo:

[...] nada mais é do que instrumento bilateral celebrado entre a ANTAQ na qualidade de representante da União Federal e o particular autorizado, nos termos do qual são determinados todos os termos e condições da autorização, como a descrição precisa do terminal, suas características e capacidades, além do tipo de carga a ser movimentada.

---

<sup>129</sup> O art. 3º da 12.815/2013 determina: “Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias; II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas; IV - promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.”.

<sup>130</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas?. **Revista dos Tribunais**, vol. 964, ago/2014. No mesmo sentido Giovanna Meyer indica que “A Lei remete às obrigações próprias da concessão de serviço público portuário, com exceção de duas hipóteses: há a liberdade tarifária e não há necessidade de se discorrer sobre a reversão de bens, tendo em vista se tratar de área privada” MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime... p. 98-99.

<sup>131</sup> O Art. 37 do Decreto 6.620/2008 previa: “A autorização para a construção e exploração de instalação portuária de uso privativo será outorgada mediante a celebração de instrumento jurídico denominado contrato de adesão, a ser celebrado com a ANTAQ.”

Juliane Erthal de Carvalho tem opinião contrária no que tange a bilateralidade do contrato de adesão: “não há bilateralidade na formação do contrato de adesão para utilização da infraestrutura portuária”.<sup>132</sup>

A autora entende que esse contrato de adesão não é considerado um contrato administrativo, na medida em que suas atividades têm cunho econômico, “as quais exigem outra modulação jurídica, que seja mais compatível com o regime de direito privado a que se sujeita.”<sup>133</sup>

Por outro lado, da análise do julgamento do MS 6.803/DF (STJ), e do RMS 24.286/DF (STF), conclui-se que o contrato de adesão portuário tem natureza de contrato administrativo.<sup>134</sup> Consequentemente, os tribunais superiores reputaram que esse contrato poderia estar sujeito ao equilíbrio econômico-financeiro.<sup>135</sup>

Contudo, parcela considerável da doutrina refuta esse entendimento, por entender que a autorização não pressupõe nenhuma contrapartida por parte da União.<sup>136</sup>

Egon Bockmann Moreira opina que as autorizações portuárias são “modalidade contratuais *sui generis*”, pois não se encaixam como equivalentes dos contratos administrativos (concessão, permissão e arrendamento), nem constituem simples autorizações “liberatórias”. Portanto, devem ser entendidas apenas como autorizações decorrentes da Lei n.º 12.815/2013.<sup>137</sup>

Os doutrinadores Flávio Amaral Garcia e Rafael Verás de Freitas afirmam que as autorizações portuárias se enquadram no rol das autorizações de funcionamento. Esse tipo de autorização busca “estabelecer, com a finalidade de tutelar o interesse público subjacente à atividade, um vínculo permanente com o administrado, de modo que se possibilite a sua constante adaptabilidade”.<sup>138</sup>

---

<sup>132</sup> A autora sustenta seu posicionamento com os seguintes argumentos: “A Lei 12.815/2013 alude à locução “de adesão” [...] cláusulas do contrato de adesão são propostas unilateralmente e os termos de desempenho da atividade econômica são definidos, ressalvadas algumas limitações, pelo próprio autorizatário”. CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica...

<sup>133</sup> CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica...

<sup>134</sup> “Embora o julgado tenha sido julgado com base em dispositivo já revogado, o entendimento pode ser aplicável ao atual marco regulatório porque a figura da autorização ainda é formalizada como contrato de adesão” (CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica...)

<sup>135</sup> CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica...

<sup>136</sup> Em relação ao equilíbrio econômico financeiro, Dinorá Adelaide Musetti Grotti e Cristiana Maria Melhado Araujo Lima aduzem que: “não estar atrelada à utilização de bem público, atuando o autorizatário por sua conta e risco, adquirindo todos os bens utilizados no contrato sem qualquer contrapartida por parte da União e sem garantia de equilíbrio econômico financeiro.” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais...

<sup>137</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros... p. 70.

<sup>138</sup> GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Verás de. Portos brasileiros...

Interpretando esse contexto, Alexandre Santos de Aragão sustenta que a promulgação do novo marco setorial trouxe à tona:

[...] discussões sobre a natureza jurídica das atividades portuárias prestadas em terminais de uso privado e, em especial, sobre a possibilidade de serem impostos ao particular explorador dessas instalações deveres típicos de concessionário de serviço público (submissão ao planejamento estatal vinculante, prazo determinado, modicidade tarifária etc.).<sup>139</sup>

O autor lista que o debate foi gerado pela imprecisa demonstração da intenção do legislador em relação aos terminais de uso privado, uma vez que vários elementos típicos do regime de serviço público coexistem com disposições tradicionais do regime privado.<sup>140</sup>

Para o deslinde dessa questão, inicialmente é necessário esclarecer que não está a se falar da autorização administrativa tradicional, descrita por Egon Bockmann Moreira como: “licenças administrativas decorrentes do antigo poder de polícia, por meio do qual a Administração controlava a iniciativa privada”.<sup>141</sup> Na opinião de Alexandre Wagner Nester, aqui está na verdade se falando de:

[...] ato formalizado por meio de contrato de adesão firmado entre a autoridade portuária competente e o operador portuário, com prazo certo, precedido de processo prévio de chamada ou anúncio públicos [...] não se trata de ato estritamente discricionário – embora também não se trate de ato

<sup>139</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime jurídico...

<sup>140</sup> Alexandre dos Santos Aragão lista os seguintes itens como elementos típicos do regime de serviço público: “(i) possível prévia seleção pública, tendo por critério, dentre outros, a menor tarifa; (ii) submissão ao planejamento setorial como condição para a outorga da autorização; (iii) dever de realização de investimentos como contrapartida à prorrogação da autorização; (iv) submissão às mesmas cláusulas essenciais dos contratos de arrendamento portuário, com exceção daquelas relacionadas à reversibilidade dos bens e às tarifas praticadas (art. 8.º, § 1.º), apesar destas de toda sorte terem que manter a sua modicidade cf. infra; (v) submissão a diretrizes como “expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias” e “garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários” (art. 3.º, II).” ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime jurídico...

<sup>141</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros... p. 60. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho aponta que “Segundo a definição tradicional, a 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.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 426. Já Hely Lopes Meirelles define as autorizações como “ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente 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”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Azevedo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 183.

completamente vinculado [...] Tampouco existe ato precário [...] **Trata-se de atividade privada, porém sujeita a intensa regulação.** (Grifamos)<sup>142</sup>

Bockmann Moreira indica que essas autorizações são constitutivas, com intensa carga mandamental: “são autorizações que obrigam, que instruem como deve ser desenvolvida atividade e estabelecem metas (não apenas autorizam seu desenvolvimento)”.<sup>143</sup>

Por sua vez, Alexandre Santos de Aragão aponta que apesar de não se tratar da clássica autorização de polícia, também não se pode afirmar enfaticamente que estamos falando de delegação de serviço público.<sup>144</sup> Ainda, ao examinar do regime jurídico da autorização portuária, o autor conclui:

[...] essas novas autorizações aproximam-se em muito das formas de delegação de serviços públicos, em especial em virtude da ausência de direito à exploração da atividade, dependendo a delegação da autorização da verificação da compatibilidade com o planejamento nacional, e a ausência de direito de explorar indefinidamente a autorização [...] Cabe ao legislador ordinário dizer em que intensidade da livre-iniciativa será exercida nas atividades elencadas no art. 21, até porque ela deve cumprir a sua função social e ser ponderada com outros valores [...] o fato de os serviços portuários constarem do rol de atividades submetidas à competência da União Federal não os submete automática e absolutamente ao regime jurídico dos serviços públicos. A sua natureza jurídica deverá ser analisada caso a caso [...] criar uma forma híbrida de autorização, de natureza contratual.<sup>145</sup>

Na concepção de Vitor Rhein Schirato, exploração dos terminais privados está sob o regime privado. Assim, segundo o autor:

Não incide sobre os terminais de uso privado qualquer regulação quanto a valores tarifários, níveis de serviço, obrigação de universalização, entre outras [...] Ademais, os terminais de uso privado não estão obrigados a contratar mão de obra de órgãos gestores de mão de obra (OGMO).<sup>146</sup>

<sup>142</sup> NESTER, Alexandre Wagner. O processo prévio...

<sup>143</sup> MOREIRA, Egon Bockmann,. Portos brasileiros... p. 62.

<sup>144</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime...

<sup>145</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime jurídico da autorização...

<sup>146</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas... p. 338-339. É interessante comparar essas informações com as considerações feitas por Dinorá Adelaide Musetti quanto as características dos serviços privados de telefonia: “a) para os prestadores em regime de direito privado não há contrato com o poder público, mas sim o estabelecimento de uma relação jurídica não contratual, advinda de uma autorização (art. 131); b) não há dever de continuidade na prestação dos serviços; c) não há dever de universalização de serviços; d) não há direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; e) o direito de exploração dos serviços é por prazo indeterminado; f) os preços são livres, inexistindo, portanto, controle estatal a respeito (art. 129); g) não pode haver intervenção na empresa; h) não há encampação (art. 138); i) o prestador pode renunciar à autorização, deixando de prestar o serviço, sem ser punido por isso (art. 142)” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 173-174).

Em contrapartida, as autorizações não garantem a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato.<sup>147</sup>

Com isso, é possível definir as autorizações portuárias como títulos habilitantes da exploração dos terminais de uso privado que, em regra, estão localizados fora dos portos organizados.

Quanto à natureza jurídica das autorizações, há controvérsias, mas é possível afirmar que estas flertam entre a livre iniciativa regulada – leia-se regime de direito privado - e sobre disposições típicas do regime de serviço público.

O fato é que, diante do novo marco regulatório dos portos, não é possível examinar as autorizações em seu sentido tradicional (ato administrativo, discricionário, precário, etc.). É razoável afirmar que se está diante de algo muito mais parecido com um ato negocial, portanto é impropria a classificação entre ato predominantemente discricionário ou vinculado.<sup>148</sup> Além disso, esse ato não pode ser considerado precário, já que os contratos estipulam prazos de pelo menos 25 anos.

Ainda, é importante indicar que as autorizações não ser vistas sob a ótica de uma atuação privada isolada, desconsiderando-se efeitos colaterais. Essa afirmação se justifica pelo fato de se estar sendo analisado um setor estratégico, aonde o legislador optou por ancorar a atividade econômica em princípios constitucionais que visam como último fim o benefício da coletividade.

### **3 A ASSIMETRIA REGULATÓRIA NO SETOR PORTUÁRIO**

Tendo em vista as considerações feitas no último tópico do capítulo anterior, passamos agora a analisar o vértice principal desse trabalho.

Conforme foi descrito no primeiro capítulo, a discussão em relação ao desenho concorrencial dentro do setor portuário teve seu acirramento após a edição

---

<sup>147</sup> Conforme já foi exposto no mesmo tópico, parcela considerável da doutrina tem o mesmo posicionamento. SCHIRATO, Vitor Rhein. *As infraestruturas privadas...* p. 338-339.

<sup>148</sup> Sobre o assunto Garcia e Vêras afirmam que a “Autorização Vinculada, ato administrativo unilateral e vinculado, que disciplina o exercício de uma atividade econômica privada regulada, o qual não pode ser objeto de obrigações excessivas (típicas dos serviços públicos), sob pena do desvirtuamento da assimetria regulatória instituída para esse setor. GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. *Portos brasileiros...*

da Lei de modernização de portos (8.630/1993). Desde então, essa disputa teve como foco principal o questionamento da possibilidade da concorrência direta entre os terminais de exploração privada e os terminais públicos.

Assim, houve uma verdadeira batalha doutrinária (e judicial) sobre a questão das cargas próprias e de terceiros.<sup>149</sup> Foram escritos inúmeros pareceres e artigos sobre o tema com argumentos relevantes para os lados.

Mesmo com a edição da Medida Provisória n.º 595 e a posterior conversão em lei – que deram fim à controvérsia das cargas - a discussão principal, que, em última análise, versa sobre qual seria o molde ideal de assimetria regulatória, não foi extinta nem perdeu objeto (como ocorreu com a ADPF n.º 139).<sup>150</sup>

### 3.1 DA ASSIMETRIA REGULATÓRIA

O capítulo anterior demonstra que o novo marco regulatório do setor portuário, que acabou por consolidar uma dualidade de regimes jurídicos, apresenta um cenário de assimetria regulatória. Isso ocorreu por vários motivos, como as mutações ocorridas com a concepção de “serviço público”<sup>151</sup> e, dentro setor portuário, pela delimitação de regimes utilizando o critério da poligonal.<sup>152</sup>

#### 3.1.1 A concorrência sem assimetria de regimes

Antes de conceituar a assimetria regulatória, cumpre esclarecer que existe a possibilidade de prestação de serviços públicos em regimes de concorrência sem assimetria regulatória. Nesse formato, “todos ou alguns dos agentes do setor estão

---

<sup>149</sup> O primeiro e o segundo capítulos desse trabalho elucidam de forma mais analítica a questão.

<sup>150</sup> ADPF n.º 139, que discutia sobre a abrangência de operação dos terminais privativos mistos, foi extinta por perda superveniente do objeto após a edição da Lei no 12.815/2013.

<sup>151</sup> Cf. GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros... Os autores afirmam que “passou-se a considerar os serviços públicos como uma atividade econômica em sentido amplo, o que permitiu a promoção da concorrência em diversos dos seus segmentos”. Apontam ainda que Floriano Marques de Azevedo abordou algumas transformações importantes em relação a concepção de serviços públicos, “a saber: (i) a influência do conceito de serviço de interesse econômico geral, plasmado no art. 86-226 do Tratado de Roma, com redação dada pelo Tratado de Amsterdã; (ii) a superação da ideia de exclusividade na sua prestação e pelo fomento à instituição de concorrência neste segmento; (iii) a relativização da outorga estatal como condição de acesso à prestação do serviço, o que autoriza uma dualidade de regimes jurídicos; (iv) a relativização da limitação temporal do direito de exploração do serviço público; (v) a degradação das cadeias de serviço público e sua fragmentação regulatória; e (vi) a precificação variável, adotando se critérios flexíveis de variação tarifária.”

<sup>152</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

sujeitos a um mesmo regime jurídico, com a outorga de diversas concessões ou permissões a agentes distintos, que atuarão em regime de concorrência”.<sup>153</sup>

Esse tipo de prestação de serviço público com “simetria” de regulação ocorre no caso em que o acesso a bens públicos seja restrito ou quando houver necessidade da identidade de regimes jurídicos entre os agentes do mercado.<sup>154</sup>

Os setores de transporte público e de transportes aéreos de passageiros encontram-se sob esse desenho regulatório pautado pela simetria de regime jurídico a todos os competidores do mercado.<sup>155</sup> Como informa Vitor Rhein Schirato:

A existência de uma pluralidade de agentes submetidos ao mesmo regime jurídico na prestação de um determinado serviço público nada mais é, nessa perspectiva, do que uma técnica prestacional destinada à garantia de um cumprimento adequado e eficaz da obrigação imposta ao poder público com a instituição do serviço público. Tal técnica, de acordo com o que determina a Constituição Federal (artigo 170, caput, e inciso IV), deve ser a regra, apenas podendo ser afastada em casos especiais.<sup>156</sup>

Assim, a assimetria regulatória não se configura como regra, mas sim como exceção diante do panorama de prestação dos serviços públicos no Brasil.

### 3.1.2 A Concorrência com assimetria de regimes

A assimetria regulatória pode se apresentar de várias formas diferentes: restrição de preços/tarifas, obrigações sociais adicionais, exigências quanto à divulgação de informações, entre outros.<sup>157</sup>

Gesner de Oliveira assinala que a assimetria de regulação tem dois escopos principais: i) preparar os agentes encarregados pelo Estado de prestar os serviços em um ambiente mais competitivo, tendo como pressuposto de que tratavam-se de agentes monopolistas que virão atuar no mercado; ii) deixar os novos integrantes do mercado em pé de igualdade de competição com os *players* anteriores.<sup>158</sup>

Marçal Justen Filho, em parecer escrito quando da ADPF n.º 139, definiu a regulação assimétrica como o “estabelecimento de regimes distintos para os

<sup>153</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 279.

<sup>154</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa...** p. 280.

<sup>155</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa...** p. 280-283.

<sup>156</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa...** p. 285.

<sup>157</sup> OLIVEIRA, Gesner. **Regulação portuária e concorrência**: terminais de Uso Público e de Uso Privativo Misto; Pareceres Jurídicos Relativos à ADPF n.º 139. p. 341.

<sup>158</sup> OLIVEIRA, Gesner. **Regulação portuária...**

agentes econômicos pertencentes a um mesmo setor econômico, de modo a reservar certos benefícios apenas para alguns e encargos mais severos para outros”.<sup>159</sup>

Vitor Rhein Schirato conceitua a assimetria regulatória como “o fenômeno segundo o qual dentro de uma mesma atividade considerada serviço público haja agentes sujeitos a regimes jurídicos distintos”.<sup>160</sup>

Por sua vez, Floriano de Azevedo Marques Neto define o termo como “a admissão, na exploração de serviços públicos, de vários operadores submetidos a graus de incidência regulatória diferenciados”.<sup>161</sup> Em publicação posterior, o professor desenvolve o conceito:

A maior transformação neste cenário parece ser mesmo a introdução da competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadoras sujeitas ao regime público e ao regime privado, ainda que ambas subordinadas a restrições de acesso para a exploração da atividade específica (necessidade de prévia licença — concessão, permissão, ou autorização, conforme o caso)<sup>162</sup>

Tendo como pano de fundo a privatização no setor das telecomunicações, Alexandre Ditzel Faraco aponta que a regulação assimétrica pode ser utilizada em momentos subsequentes ao fim de um monopólio estatal:

A configuração estrutural do setor na fase subsequente à abertura, caracterizada pela presença de um agente com substancial poder econômico conduz ao desenvolvimento de uma regulação assimétrica em relação ao demais agentes que atuem nos respectivos mercados. Com isso, procura-se implementar um tratamento distinto ao antigo monopolista, tendo em vista um controle prévio da possibilidade de esse abusar de sua posição dominante.<sup>163</sup>

Sendo assim, é presumível que as afirmações expostas sobre assimetria regulatória se encaixam na nova realidade do setor portuário brasileiro (conforme será exposto no tópico subsequente).

<sup>159</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Regulação portuária e concorrência**: terminais de uso público e de uso privativo misto - pareceres jurídicos e econômicos relativos à ADPF nº 139. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.p. 399-566. p. 499-501.

<sup>160</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa...** p. 288.

<sup>161</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo - ROA**, vol. 228, 2002. p. 23.

<sup>162</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, n. 1, vol. 1, fev/mar/abr 2005.

<sup>163</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial, as telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.. p.335

É importante informar que a assimetria regulatória não se presta a qualquer tipo de hipótese, devendo ser olhada com cautela, evitando-se sua utilização generalizada.<sup>164</sup> Seguindo essa concepção, Alexandre dos Santos Aragão pontua que dependendo do tipo de atividade, serão aplicados diferentes níveis de concorrência por meio da assimetria regulatória, respeitando-se as singularidades de cada setor.<sup>165</sup>

Ao atribuir regimes jurídicos distintos aos serviços públicos do mesmo setor, deve-se observar a aplicação do princípio da igualdade, na medida em que as distinções praticadas estejam alinhadas as especificidades da atividade em exame.<sup>166</sup>

Nesse sentido, Marçal Justen Filho aponta que a “disciplina discriminatória não infringe o princípio da isonomia por se fundar na constatação de que os diversos operadores se encontram em situações economicamente distintas”.<sup>167</sup>

Vitor Schirato defende que só pode ocorrer a assimetria de regulação quando:

[...] houver um monopólio natural que não permita a exploração da mesma atividade em qualquer outro regime [...] ou quando a prestação do serviço público puder ser ameaçada pelo livre acesso de particulares em razão de sua estrutura.<sup>168</sup>

### 3.1.3 Cenários envolvendo a assimetria regulatória

Assim, conclui-se que o tipo de regulação imposta deve ser analisado caso a caso. Os serviços públicos que estiverem sujeitos à concorrência (portanto fora de uma gestão de monopólio estatal) estarão vinculados obrigatoriamente a três cenários.

O primeiro cenário possível é o que congrega vários agentes, todos submetidos ao mesmo regime jurídico de serviço público. Ou seja, aqui há um regime regulatório simétrico entre os *players* do mercado.<sup>169</sup>

---

<sup>164</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Regulação portuária**... p. 501.

<sup>165</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços**... p. 414.

<sup>166</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços**... p. 415.

<sup>167</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Regulação portuária**... p. 499.

<sup>168</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa**... p. 290.

<sup>169</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa**... p. 290.

A segunda possibilidade é quando os agentes estão submetidos “ao regime jurídico de serviço público e entre eles e agentes sujeitos a outro regime jurídico, como ocorre no caso dos serviços de telecomunicações”.<sup>170</sup>

E por último, existe a hipótese em que há assimetria regulatória. Assim, um (ou mais) agentes ficam vinculados ao regime jurídico de serviço público e outros agentes ficam submetidos ao regime privado de atividade econômica.<sup>171</sup> Essa última configuração é exatamente a que se verifica atualmente no setor portuário após a edição do novo marco setorial.

## 3.2 A ASSIMETRIA REGULATÓRIA INSERIDA NO SETOR PORTUÁRIO

### 3.2.1 A regulação do setor portuário antes da MP n.º 595

Um dos instrumentos adotados para implementação de um ambiente competitivo no setor portuário brasileiro foi a regulamentação. Osvaldo Agripino de Castro Junior instrui o conceito da seguinte forma:

A regulação setorial tem exercido papel relevante para a defesa da concorrência. Essa regulação é definida como forma de intervenção do Estado no domínio econômico que objetiva o interesse público [...] Tal atuação ocorre por meio de funções normativas, fiscalizatórias, sancionatórias, adjudicativas, [...], dialógicas e [...] dentre elas a regulamentação, a qual é um conceito que expressa o poder normativo do Estado, exercida pela agência reguladora do setor.<sup>172</sup>

O Decreto-Lei n.º 5/1966 foi o primeiro a prever uma duplicidade de regimes jurídicos dentro do setor portuário: o das atividades econômicas e o dos serviços públicos. Portanto, assimetria regulatória apresentada pela nova lei não é exatamente uma novidade em nosso ordenamento.<sup>173</sup>

Como já foi exposto no primeiro capítulo, a Lei n.º 8.630/1993 tinha como principal objetivo a modernização do setor e para isso elegeu como uma de suas providências o fim do monopólio portuário e a consequente implantação da

---

<sup>170</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa**... p. 291.

<sup>171</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa**... p. 290.

<sup>172</sup> CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas...

<sup>173</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

concorrência no setor.<sup>174</sup> Vitor Rhein Schirato esclarece que a concorrência aplicada ao setor portuário após a edição da Lei n.º 8.630/1993:

[...] expressamente admitia a concorrência na prestação dos serviços públicos portuários sem assimetria de regimes, ou seja, a concorrência entre diversos agentes do mercado sujeitos a um único e idêntico regime jurídico, qual seja, O regime jurídico de serviço público.

Por seu turno, Joel de Menezes Niehbur concorda com Schirato ao afirmar que “na Lei nº 8.630/93, em certa medida, concorrência entre os regimes públicos e privado”.<sup>175</sup>

Contudo, Niehbur discorda da afirmação de que não havia assimetria de regimes, pois opina que “como os regimes eram diferentes, havia assimetria concorrencial entre os regimes público e privado”.<sup>176</sup>

Schirato esclarece que os serviços públicos podem ser prestados em regime de concorrência, sendo que não há objeções no ordenamento pátrio a isso e que esse regime deve ser visto como obrigação de prestação e não como reserva de mercado.<sup>177</sup>

O jurista defende ainda que a possibilidade de concorrência efetiva entre terminais portuários no Brasil era algo discutível em virtude dos problemas relacionados aos acessos de modais de logística e das dimensões continentais do Brasil.<sup>178</sup>

### 3.2.2 As discussões sobre assimetria regulatória no âmbito da Lei n.º 8.630/1993

Conforme já foi demonstrado na parte final do capítulo inicial, as empresas que atuavam sob a égide do regime de serviços públicos se sentiram prejudicadas com a concorrencial “desleal” dos terminais privados.

---

<sup>174</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 171190, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54854>>. Acesso em: 22 out. 2015.

<sup>175</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito dos arrendatários ao reequilíbrio econômico-financeiro provocado pela assimetria concorrencial e pelo novo marco regulatório do setor portuário. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário...**

<sup>176</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito dos arrendatários...

<sup>177</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência...

<sup>178</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência...

Preliminarmente é importante explicar que na vigência da lei 8.630/1993, dentro do regime público, a concorrência – teoricamente - deveria se dar especialmente entre portos organizados em uma mesma região geográfica ou entre terminais portuários dentro de um mesmo porto organizado.<sup>179</sup>

Houve uma movimentada discussão no âmbito do CADE, TCU e STF sobre a controvérsia em relação à assimetria regulatória que dividia os “arrendatários de terminais portuários [...] e os terminais privativos de uso misto, que estavam autorizados a realizar o transporte de “carga própria” e de “carga de terceiros”.<sup>180</sup>

Dentro desses processos, houve duas teses rivais sobre a validade e a pertinência da assimetria regulatória no setor portuário.

Os argumentos expostos por cada uma dessas “correntes” serão descritos detalhadamente nos dois tópicos seguintes desse capítulo.

### 3.2.3 A assimetria regulatória no âmbito da Lei 12.815/2013

A Medida Provisória n.º 595/2012 deu novo tom as discussões ao extinguir os conceitos de “carga própria” e de “carga terceiros” e deixar o regime de prestação de serviço público e o de exploração de atividades econômicas reguladas em “pé de igualdade”.<sup>181 182</sup>

Como foi descrito no capítulo anterior, a poligonal que separa os portos organizados é o critério central de distinção entre os regimes de exploração portuária e da própria assimetria regulatória.

Vários trechos da Exposição de Motivos Interministerial nº 00012-A - SEP-PR /MF/MT/AGU da MP n.º 595 confirmam a preferência do legislador do novo marco setorial pela dualidade de regimes em concorrência baseada em assimetria regulatória: i) item 5 - “Serão dois regimes diferentes, um associado a uma infraestrutura pública (concessão e arrendamento) e outro a uma infraestrutura privada (autorização)”; ii) item 7 - “Nada obstante a existência de dois regimes – um

---

<sup>179</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. Livre iniciativa... p. 281.

<sup>180</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

<sup>181</sup> A expressão “pé de igualdade” foi destacada, pois a isonomia entre o regime de serviço público e de exploração de atividades econômicas regulada continua sendo fortemente questionada pelos titulares de exploração dos terminais públicos.

<sup>182</sup> Cf. GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros... ; Sobre o direito de reequilíbrio econômico financeiro pelo fato do príncipe gerado pela nova regulação: NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito dos arrendatários...

dentro do porto e outro fora dele – a exploração dos portos organizados e instalações será por conta e risco dos investidores”.

Com a conversão da MP 595 na Lei n.º 12.815/2013, houve preservação da diretriz de promoção à concorrência, conforme se depreende do art. 3º, V:

Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: (...) V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.<sup>183</sup>

Contudo, diferente do que ocorria durante a vigência da Lei n.º 8.630/1993, a nova lei busca superar a tendência de monopólio natural das atividades portuárias.<sup>184</sup> Desse modo, a concorrência passa a acontecer, intra e interportos,<sup>185</sup> “passando os terminais privados a competirem entre si e também com os terminais arrendados (existentes em portos públicos) na prestação do serviço de movimentação (transbordo) de qualquer tipo de carga”.<sup>186</sup>

É interessante mencionar que a doutrina estrangeira aponta que em alguns casos, notadamente em grandes portos, a concorrência intra portuária tem se tornado tão importante quanto a competição entre portos.<sup>187</sup>

É possível resumir o cenário atual da regulação portuária no tocante à assimetria regulatória da seguinte forma:

(i) o atual sistema contempla uma assimetria regulatória entre diferentes agentes econômicos; e (ii) além dessa assimetria regulatória, é permitida a existência de competição entre agentes econômicos sujeitos a regimes jurídicos distintos, na medida em que não há mais qualquer limitação quanto

<sup>183</sup> Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm)>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>184</sup> Sobre o assunto Vitor Rhein Schirato elucida que “a distinção primordial entre os monopólios jurídicos e os monopólios naturais consiste no fato de que os primeiros são decorrentes de determinação expressa do ordenamento jurídico e os segundos são decorrência de uma situação de fato, na qual confluem elementos de índole econômica, ambiental e urbanística que impedem a exploração da atividade por múltiplos agentes econômicos”. **(A noção de serviço público em regime de competição.** Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. p. 174.)

<sup>185</sup> MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime...

<sup>186</sup> SOUSA, Maurício Araquã De. Diferenças entre terminais...

<sup>187</sup> Cf. DUCRUET, César; NOTTEBOOM, Theo E.; DE LANGEN, Peter W. Revisiting Inter-Port Relationships under the New Economic Geography Research Framework. NOTTEBOOM, DUCRUET, César; DE LANGEN, Peter. (org.) **Ports in Proximity - Competition and Coordination among Adjacent Seaports.** Burlington: Ashgate, 2009. p. 22. apud CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário...**

ao tipo e à origem da carga que pode ser movimentada nos terminais de uso privado.<sup>188</sup>

Nos próximos dois tópicos, serão abordados os principais argumentos defendidos pelos dois “grupos” que discutem a questão da assimetria regulatória no setor dos portos: de um lado, os que exploram os terminais públicos – que são contra a assimetria do modo que está desenhada -, de outro, os autorizatários, que apoiam a atual configuração.

### 3.3 OS POSICIONAMENTOS DIVERGENTES ENTRE OS EXPLORADORES DOS TERMINAIS PÚBLICO E PRIVADOS

Conforme foi descrito, após a edição da Lei n.º 8.630/1993, surgiram inúmeras controvérsias quanto à assimetria regulatória entre os regimes jurídicos do setor portuário.

Entre outras medidas, essa questão deu ensejo ao ajuizamento no Superior Tribunal Federal da ADPF n.º 139 pela ABRATEC – Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público.

Além dessa, pode-se mencionar a Representação n.º TC 015.916/2009-0, que tramitou perante o Tribunal de Contas da União (TCU) e o ato de concentração n.º 08012.007452/2009-31, que foi examinado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Apesar dos processos serem anteriores a publicação da Lei n.º 12.815/2013, os argumentos continuam praticamente os mesmos, posto que na época já se discutia sobre a mudança legislativa colocada em prática em 2012 pela Medida Provisória n.º 595.

Adiante será feito um cotejo (quando possível) entre as principais alegações dos operadores de terminais públicos e a argumentação utilizada pelos operadores que atuam sob o regime privado de exploração.

---

<sup>188</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas... p. 332.

### 3.3.1 Necessidade de participação de procedimento licitatório

Considerando que a exploração dos terminais de uso público é precedida por licitação (o que gera custos inerentes à participação) e há um prazo determinado para concessão e arrendamento (25 anos), alega-se que há impossibilidade de redução dos preços por parte do prestador de serviço público em virtude da necessidade de amortização do seu investimento.<sup>189</sup>

Ainda, segundo Adilson Dallari, permitir que as autorizatárias possam transportar o mesmo tipo de carga que os terminais públicos “mas sem que haja a contrapartida de regras obrigacionais que levem em conta os encargos decorrentes de um regime de direito público, estará evidenciada uma flagrante burla à exigência de licitação”.<sup>190</sup>

Por outro lado, os operadores de terminais de uso privado fizeram duas considerações principais.

A primeira é a de que “os terminais estavam instalados em imóvel de sua propriedade, o que se constituía em óbice inviabilizador da licitação”.<sup>191</sup> Nesse sentido, em sede da ADPF n.º 139, a LLX argumentou que os custos de aquisição de um terreno apto à construção de um terminal portuário e o risco referente a negativas das licenças ambientais não podem desprezados.<sup>192</sup>

Ainda, parte da doutrina afirma que:

o processo seletivo para as TUPs, ainda que simplificado sob a forma de chamada ou anúncio público, atende à isonomia dos interessados da mesma maneira que se coloca fim ao questionamento de prévia concorrência para os serviços públicos.<sup>193</sup>

Por último, há argumentos no sentido de que a licitação não é um fim em si, pois, em última análise, serve para persecução de outros valores constitucionais, como o da eficiência e da economicidade.<sup>194</sup>

<sup>189</sup> Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

<sup>190</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arrendamento...

<sup>191</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

<sup>192</sup> Petição da LLX Logística S/A na ADPF n.º 139, fl. 2.886 dos autos.

<sup>193</sup> FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. A nova lei de portos e a valorização da concorrência nos serviços públicos. . In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro**: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

<sup>194</sup> GARCIA, Flávio; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros...

### 3.3.2 Taxas portuárias e custos de arrendamento e outorga de concessão

Conforme disposição da lei 12.815/2013, tanto os contratos de arrendamento quanto as concessões são onerosos. Portanto é devido um valor ao poder concedente para que concessionários e arrendatários possam operar (Art. 4º, IV da Lei 12.815/2013). Esses valores são pagos como “valor de arrendamento”, que pode ser variável ou fixo.

Ademais, “operadores de terminais de uso público devem pagar uma série de taxas à autoridade portuária, além do valor pago pelo arrendamento. Trata-se de taxas pela utilização da infraestrutura portuária e da infraestrutura terrestre”.<sup>195</sup>

Em regra, os terminais de uso privado não têm que arcar com esses custos, o que, segundo os operadores de terminais sob o regime de serviço público, os deixa em desvantagem competitiva desproporcional.<sup>196</sup>

Em sua defesa, os operadores dos terminais privados apontam que têm outros custos e ônus que não são suportados pelos autorizatários e concessionários, tais como construção de toda infraestrutura portuária e espera pelo início da operação de pelo menos três anos, conforme se depreende da petição da LLX logística protocolada na ADPF n.º 139:

[...] parece não serem verdadeiras as alegações de que concessionárias ou permissionárias de portos públicos arquem com maiores encargos. São os mesmos encargos suportados pelos eventuais autorizados: impostos, taxas, obrigações trabalhistas, etc. com uma relevante diferença: ao assumir o arrendamento (e concessão) de uma instalação portuária pública (aquela localizada na área do porto público – ou ‘porto organizado’), o Concessionário, além de ganhar uma carteira de clientes já pronta, pode começar a operar o terminal num tempo infinitamente menor do que do que os investidores dos terminais privados, já que toda a infra-estrutura portuária (ancoradouros, docas, cais, pontes e píeres de atração e acostagem, terrenos e vias de circulação interna, bem como infra-estrutura de proteção e acesso aquaviário ao porto, tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio se encontra pronta, sendo construída e mantida pelo poder público (através da Administração do Porto). Um terminal privativo ao contrário, necessita de um prazo de investimentos intensivos de pelo menos 3 ou 4 anos, até poder iniciar a operação daquela instalação portuária.<sup>197</sup>

<sup>195</sup> Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

<sup>196</sup> Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

<sup>197</sup> Petição da LLX Logística S/A na ADPF n.º 139, fl. 2.886 dos autos.

A linha de argumentação também é defendida pela ANTAQ em parecer juntado à ADPF n.º 139.<sup>198</sup>

### 3.3.3 Obrigação da contratação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO)

A partir do art. 32 da Lei 12.815/2013,<sup>199</sup> constata-se que foi mantido o dever de contratação do Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO) pelos operadores de portos sob o regime de serviço público.

Segundo a inicial da ADPF n.º 139, o trabalhador portuário proveniente da OGMO “não necessariamente possui a especialização necessária para a operação de máquinas mais modernas, o que obriga os terminais públicos a contratar também mão-de-obra própria, encarecendo a prestação do serviço”.<sup>200</sup>

### 3.3.4 Sujeição aos princípios do serviço público

Adilson Dallari sustenta que os operadores de terminais públicos têm o ônus de se sujeitar aos princípios do serviço público, o que não ocorreria nos contratos privados:

à observância de dois princípios básicos inerentes ao regime jurídico de direito público, de suma relevância na execução do objeto contratual, que acaba por distinguir este pacto daqueles instrumentos dotados de índole privada, quais sejam: as obrigações de universalização e continuidade, destinadas a assegurar os interesses públicos presentes nesse tipo de outorga e que acarretam limitações e ônus não existentes nos contratos privados.<sup>201</sup>

A inicial da ADPF n.º 139 afirma ainda que os terminais privados se beneficiariam do fato de poderem recusar cargas livremente, pois não se trata propriamente de serviço público. Seguindo esse raciocínio, Alexandre dos Santos

---

<sup>198</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões Portuárias... p. 263-273: “os então terminais de uso privativo, caso se encontrassem fora da área do porto organizado (pela legislação atual somente podem ser constituídos fora do porto organizado), necessitavam bancar toda a infraestrutura terrestre e aquaviária, sendo responsáveis ainda pela manutenção das condições de navegabilidade e acesso ao cais do seu terminal.”. Cf. Parecer ANTAQ ADPF n.º 139, fl. 2.778 dos autos.

<sup>199</sup> Segundo o Art. 32 da Lei. 12815/2013: “ Os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário [...]”.

<sup>200</sup> Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

<sup>201</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arrendamento...

Aragão afirma que esse quadro acarreta no fenômeno descrito pela teoria econômica como *Cherry Picking*:<sup>202</sup>

[...] terminais portuários de uso privativo misto, liberados da exigência de operarem cargas próprias, mas contando com preços livres, e, ainda desonerados do dever de universalidade e continuidade, enfrentariam os terminais públicos com larga vantagem; escolheriam os melhores usuários e as cargas mais valiosas, restando, àqueles, as cargas menos lucrativas e de maior risco.

Além disso, existe o fato de que os operadores de terminais públicos não podem se retirar da atividade quando bem entenderem. Isso se dá em razão do princípio da continuidade do serviço público.<sup>203</sup>

### 3.3.5 Regime de bens

O art. 5, VIII da lei 12.815/2013 define que os contratos de concessão e arrendamento devem ter cláusula prevendo a reversão de bens ao poder público. Assim, segundo Adilson Dallari, por ser estar vinculado ao regime de serviço público, há reversão obrigatória de bens, o que não acontece no caso das operações em terminais privados:

Tradicionalmente considerado [...] contratos de concessão de serviços públicos [...] está relacionado com regime dos bens vinculados à prestação do serviço, os quais revertem ao poder concedente uma vez findo o prazo contratual.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> “Deve-se evitar o “cherry picking ou cream skimming, literalmente, “colher a cereja”, “separar a nata”; figurativamente colher o(s) melhor (es) usuário(s) do mercado, hipótese viável quando ao entrante abre-se a possibilidade de ofertar seus serviços seletivamente aos melhores usuários, em condições mais competitivas do que as ofertadas pelo incumbente, pois desonerado o entrante do custo de instalação com que o incumbente arcou, e, assim, contratar com os usuários a prestação de seus serviços, a ser executada por meio do uso compartilhado da rede de propriedade do incumbente. O cherry picking ou o cream skimming derivam de uma situação especial, a ocorrer em um mercado que foi aberto à concorrência; nele o incumbente vê-se impossibilitado de recuperar os custos de aquisição, ampliação e atualização tecnológica da rede, pois a competição, que passou a existir nesse mercado, não o permite”. DUTRA, Pedro. De gravação da palestra proferida no Seminário Internacional Regulação e Defesa da Concorrência nos dias 25 e 26 de outubro de 2001, acessada no site do IPEA [<http://www.ipea.gov.br>] em 14.04.2003. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>203</sup> Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

<sup>204</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Arrendamento...

### 3.3.6 Consequências da manutenção da assimetria regulatória nos moldes atuais

Os posicionamentos quanto às consequências da manutenção do desenho atual da assimetria regulatória no setor portuário são totalmente divergentes.

Em artigo escrito em 2008, Marçal Justen Filho indicou que se os terminais privados atuassem como se fossem públicos gerariam uma desorganização completa no setor.<sup>205</sup> O jurista sustenta que a concorrência assimétrica (nos moldes atuais) destruiria o serviço público. Justen Filho embasa sua afirmação utilizando os seguintes argumentos:

Admitir a competição assimétrica, ou seja, a competição entre terminais sujeitos a regimes e encargos diferentes importaria falsear a concorrência e conduziria os atuais terminais públicos à insolvência, o que frustraria a prestação do serviço público e comprometeria a realização de novos investimentos por seus titulares. Além disso, se for admitida a instalação de terminais privados para competição com os terminais de uso público, a União terá de indenizar os prejuízos sofridos pelos concessionários atualmente existentes.<sup>206</sup>

A ABRATEC, em sua inicial da ADPF n.º 139 afirma que a concorrência entre terminais privados e públicos, sob a assimetria de regimes, afetaria, além dos próprios operadores, os usuários e os bens públicos que integram esses terminais.<sup>207</sup> O trecho final do petição demonstra com clareza o posicionamento dos operadores de terminais público sobre as possíveis consequências derivadas da concorrência frontal entre os terminais em assimetria de regimes:

[...] haveria grandes prejuízos à economia nacional [...] com a redução das atividades dos terminais de uso público, estes não teriam condições de investir em suas infra-estruturas – que, ao final da concessão, reverterem justamente ao Poder Público. Ou seja, provocar-se-ia um verdadeiro sucateamento das estruturas públicas. [...] a redução das atividades dos terminais de uso público em virtude da criação de um sem número de terminais privativos impediria os ganhos decorrentes de economias de escala. Com isso, seus custos aumentariam e, para não provocar a

<sup>205</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A Constituição e os portos públicos. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 14, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=14&artigo=797>>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>206</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A Constituição e os portos públicos. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 14, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=14&artigo=797>>. Acesso em: 14 set. 2015.

<sup>207</sup> Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

paralisação das atividades, teriam necessariamente de ser repassados às tarifas – provocando ainda mais redução da procura.<sup>208</sup>

Em resumo, parte da doutrina e as empresas exploradoras terminais sob o regime de serviço público, enxergam um futuro desastroso caso a dualidade de regimes seja regida pela assimetria de regulação atual.

Por outro lado, há posições contrárias na doutrina que afirmam que com a competição instalada, seja ela real ou artificial, há compartilhamento de ganhos de eficiência, inclusive com os usuários.<sup>209</sup>

Ainda, Egon Bockmann Moreira demonstra ser favorável a liberdade dada pela lei 12.815/2013 aos terminais privados, pois argumenta que em condições de economia de mercado há a possibilidade de responder as condições de mutabilidade dos índices de rendimento e assim gerar e reproduzir riqueza.<sup>210</sup>

Caio Cesar Figueroa e André Castro Carvalho, concluíram que, na prática, a assimetria regulatória não distorceu a concorrência a ponto de prejudicar ou beneficiar algum dos os competidores.<sup>211</sup> Os autores pontuam que “ampliação da concorrência dentro dos serviços públicos se mostrou como fator relevante para alcançar as finalidades de expansão de uma infraestrutura essencial ao desenvolvimento do país”.<sup>212</sup>

### 3.3.7 As mudanças propostas para o modelo portuário de assimetria regulatória

Os autores que se posicionaram contra o desenho atual da concorrência no setor portuário articulam possíveis alternativas para equilibrar a regulação setorial dos portos.

Oswaldo Agripino de Castro Júnior propõe que a ANTAQ normatize e dê subsídios legais e técnicos para identificação de concorrência imperfeita e para aplicação das respectivas sanções para infrações na ordem econômica no setor portuário.<sup>213</sup>

<sup>208</sup> Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

<sup>209</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos**.... p. 73.

<sup>210</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos**.... p. 73.

<sup>211</sup> FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. A nova lei de portos...

<sup>212</sup> FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. A nova lei de portos...

<sup>213</sup> CASTRO JUNIOR, Oswaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In

Por seu turno, Cesar Pereira e Rafael Wallbach Schwind indicam que uma boa ferramenta para equilibrar os regimes do setor seria a flexibilização na exploração das instalações portuárias arrendadas, principalmente no tocante a liberdade tarifária.<sup>214</sup>

Por fim, Marçal Justen Filho indica como “único caminho coerente” a ampliação dos portos públicos. Isso seria viável na medida em que haveria ganho de escala e com isso redução de custos. Ademais, a segurança jurídica seria resguardada nesse modelo.<sup>215</sup>

---

<sup>214</sup> PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In

<sup>215</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. A Constituição e os portos públicos. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 14, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=14&artigo=797>>. Acesso em: 14 set. 2015.

#### 4 CONCLUSÃO

A estrutura do Direito portuário no Brasil sofreu inúmeras mudanças desde a fase imperial. Essas variações foram marcadas por diferentes níveis de centralização estatal de operação e regulação do setor. No início, a atividade portuária era marcada pela proeminência privada. Isso durou até a constituição de 1934, quando o setor foi publicizado.

Em seguida, houve uma gradativa abertura dos portos à iniciativa privada até a edição da lei de modernização dos portos (Lei n.º 8.630/1993), que veio com o intuito de aumentar a atuação privada, sem deixar de lado a centralização da autoridade estatal.

A Lei n.º 8.630/1993 manteve os portos sob o regime de serviço público e definiu que poderia haver terminais privados, desde que fossem direcionados apenas para carga própria ou que transportassem carga própria e residualmente cargas de terceiros (terminais mistos).

Contudo, essas mudanças não foram eficientes para mudar a realidade do ambiente portuário e geraram inúmeras discussões quanto a diferenciação entre cargas (própria e de terceiros). Em virtude disso, foi editada a medida provisória n.º 595/2012, que posteriormente foi convertida na “nova lei dos portos” (Lei n.º 12.815/2013).

O novo marco regulatório setorial dos portos trouxe inúmeras medidas que ampliaram a atuação privada no ramo e buscaram fomentar a concorrência por meio da assimetria regulatória para estimular o fortalecimento e atualização da infraestrutura portuária. Para tanto, o critério das cargas atrelado ao regime jurídico dos terminais foi eliminado e os portos foram divididos por um critério geográfico (representado pela poligonal).

Os terminais localizados dentro do porto organizado (delimitado pela poligonal) atuam sob o regime de prestação do serviço público e são explorados por contratos de concessão e arrendamento. Por estarem sob o regime de serviço público, esses operadores tem as obrigações inerentes a essa condição, como: a necessidade de participação em procedimento licitatório, sujeição aos princípios do serviço público, regime de bens específico, entre outros.

Já os terminais de uso privado, que são estabelecidos fora dos portos organizados, operam nos moldes do regime privado. Assim, considerando que a exploração dos portos é de competência da União (art. 21, XII, “f”, CF), é necessária

uma autorização formalizada mediante um contrato de adesão para exploração dessas infraestruturas (não estamos falando de uma autorização tradicional, mas de uma autorização apta a instruir o desenvolvimento de determinada atividade privada, afastando a precariedade e revogabilidade).

Ocorre que com a Lei n.º 12.815/2013 os terminais submetidos aos dois tipos de regime começaram a competir em paridade (já que não havia mais a distinção entre a “carga própria” e “carga de terceiros”). Com isso, os operadores dos terminais públicos se sentiram prejudicados, pois alegam que esses terminais sujeitam-se a obrigações muito mais pesadas do que as suportadas pelos terminais privados. Isso, segundo esses operadores, frustra um dos principais objetivos da nova lei: a instauração de um ambiente de concorrência.

A parte final desse estudo se dedicou a examinar a figura da assimetria regulatória para entender de que modo isso se aplicava ao contexto do setor portuário após a edição da Lei n.º 12.815/2013. Além disso, foram expostas as duas vertentes que discutem sobre a eficiência do molde regulatório da maneira que está, sendo que é possível afirmar que ambos os lados tem argumentos consistentes.

É inegável que a nova legislação chancela a assimetria regulatória como um meio para provocar a concorrência entre os portos e assim, impulsionar o crescimento do setor no Brasil. Contudo, ainda é cedo para afirmar que o formato atual da assimetria está apto à geração de uma competição salutar para o sistema como um todo (usuários, concessionários e poder concedente).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

A Ineficiência da Infraestrutura Logística do Brasil. Disponível em: <<http://www.revistaportuaria.com.br/noticia/16141>>. Acesso em: 20 out. 2015

Agências reguladoras fiscalizam a prestação de serviços públicos. Disponível em <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/agencias-reguladoras>>. Acesso em: 15 out. 2015.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas?. **Revista dos Tribunais**, vol. 964, ago/2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 213.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Serviços Públicos e Concorrência**. Revista de Direito Público da Economia nº 2. Belo Horizonte: Fórum, abr./maio/jun. de 2003, pp. 94-99.

Arrendamentos Portuários - Leilões Do Bloco I. Disponível em <[http://www.antaq.gov.br/Portal/PIL1\\_2015/index.html](http://www.antaq.gov.br/Portal/PIL1_2015/index.html)>. Acesso em: 06 nov. 2015.

Arrendamentos. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/arrendamentos-passiveis-de-serem-licitados>>. Acesso em: 5 mar. 2015

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer exarado em 12 fev. 2015, a pedido de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini sobre a proposta de consulta pública feita pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, relativa à proposta de nova "poligonal" (delimitação geográfica da área do porto organizado) do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina, localizado no Estado do Paraná.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 22 out. 2015.

BRASIL. Decreto nº 24.508, de 29 de Junho de 1934. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24508-29-junho-1934-499830-norma-pe.html>> Acesso em: 22 out. 2015.

BRASIL. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11518.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11518.htm)>. Acesso em: 12 set. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm)>. Acesso em: 29 set. 2015.

BRASIL. Medida provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. RE nº 220.999/PE. Relator: Min. Marco Aurélio. Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim.. **Diário de Justiça**.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC nº 015.916/ 2009-0. **Diário Oficial da União**.

CARVALHO, Juliane Erthal de. A natureza jurídica da autorização para exploração da infraestrutura portuária. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

COLLYER, Wesley. **Lei de portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência**. São Paulo: Aduaneiras, 2008. p. 32. apud MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros In: MOREIRA, (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 75-110. p. 81.

COMADIRA, Julio Rodolfo. El Servicio Público como Título Jurídico Exorbitante. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional – A&C**, Belo Horizonte, n. 15, ano 4, jan./mar. 2004. p. 98.

DALLARI, Adilson Abreu [et al]. **Regulação portuária e concorrência: terminais de uso público e de uso privativo misto - pareceres jurídicos e econômicos relativos à ADPF nº 139**. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

DALLARI, Adilson Abreu. Arrendamento portuário – diferenças no regime de exploração de terminais de uso privativo e terminais de uso público – uso privativo de caráter misto – obrigatoriedade de movimentação de carga própria mínima, suficiente para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento – posicionamento em sentido contrário proferido pela ANTAQ – violação a princípios constitucionais e ao marco regulatório aplicáveis à matéria. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, Belo Horizonte, n. 53, p. 151- 173, 2011.

DALLARI, Adilson; NASCIMENTO, Carlos Valder; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Alteração da poligonal de porto organizado: requisitos materiais segundo a lei 12.815/13. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

DUCRUET, César; NOTTEBOOM, Theo E.; DE LANGEN, Peter W. *Revisiting Inter-Port Relationships under the New Economic Geography Research Framework*.

NOTTEBOOM, DUCRUET, César; DE LANGEN, Peter. (org.) **Ports in Proximity - Competition and Coordination among Adjacent Seaports**. Burlington: Ashgate, 2009. p. 22. apud CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. Breves notas sobre a defesa da concorrência na nova lei dos portos. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

DUTRA, Pedro. De gravação da palestra proferida no Seminário Internacional Regulação e Defesa da Concorrência nos dias 25 e 26 de outubro de 2001, acessada no site do IPEA [<http://www.ipea.gov.br>] em 14.04.2003. apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Exposição de motivos nº 0012-A MF/MT/AGU. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

Falta de logística atrasa desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3560990/falta-de-infraestrutura-logistica-atrasa-desenvolvimento>>. Acesso em: 15 out. 2015

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e direito concorrencial, as telecomunicações**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003. P. 335.

FARACO, Alexandre Ditzel. **Regulação e Direito Concorrencial: as Telecomunicações**. São Paulo: Livrarias Paulista, 2003, p. 299.

FAVACHO, Frederico. A dicotomia terminal público e terminal privado na nova lei dos portos: uma revisão de como chegamos ao modelo atual e quais os seus desafios. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.,

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Lei Geral de Telecomunicações e Regulação dos Mercados**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro vol. XI, Rio de Janeiro: Lumen Juris. pp. 259-260.

FIGUEIROA, Caio Cesar; CARVALHO, André Castro. A nova lei de portos e a valorização da concorrência nos serviços públicos. . In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para exploração portuária. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Teoria do Estado regulador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 333-381.p. 358.

GARCIA, Flavio Amaral; FREITAS, Rafael Vêras de. Portos brasileiros e a nova assimetria regulatória: os títulos habilitantes para a exploração da infraestrutura portuária. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 85-124, jul./set. 2014.

GONÇALVES, Pedro. **A Concessão de serviços públicos**. Coimbra: Almedina, 1999.

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 146 e ss.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 173-174.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti; LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.,

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à a governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ILOS. Pesquisa “Nos portos, burocracia é problema ainda maior do que falta de infraestrutura”. Rio de Janeiro. 2012

Inicial da ABRATEC na ADPF n.º139.

JUSTEN FILHO, Marçal [et al]. **Regulação portuária e concorrência: terminais de uso público e de uso privativo misto - pareceres jurídicos e econômicos relativos à ADPF n° 139**. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.p. 399-566. p. 499-501.

JUSTEN FILHO, Marçal. A Constituição e os portos públicos. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 14, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=14&artigo=797>>. Acesso em: 14 set. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 426

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das atividades portuárias. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem**. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico do arrendamento portuário. A questão da obrigatoriedade da licitação. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, São Paulo, n. 16, p. 191-213, 2015, p. 197.

JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 16, p. 77-124, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 524.

LIMA, Cristiana Maria Melhado Araujo. **Regime Jurídico dos Portos Marítimos**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 16.

LOBO. Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/1993. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. abr./jun. 2000. p. 20.

Logística Atrasa o desenvolvimento. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,logistica-atrasa-o-desenvolvimento,130560e>>. Acesso em: 17 out. 2015

MACHADO, Santiago Muñoz. **Servicio público y mercado**. Madrid: Civitas, 1998. p. 1210 e ss.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo - ROA**, vol. 228, 2002. p. 23.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulamentação dos serviços públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE**, n. 1, vol. 1, fev/mar/abr 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões Portuárias. *In: MOREIRA, (Coord.). Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 263-273.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.p. 232.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Delimitação da poligonal dos portos organizados e o regime jurídico dos bens públicos. *In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Porto organizado. Delimitação da poligonal a conformar a área do porto organizado*. Parecer exarado em 19 ago. 2015, a pedido de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fabio Barbalho. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. Jan./Mar. 2003. p. 269-295.

MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros *In: MOREIRA, (Coord.). Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 75-110.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. Atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Azevedo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 183.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Parecer exarado em 12 fev. 2015, a pedido de Justen, Pereira, Oliveira & Talamini – Sociedade de Advogados, sobre a proposta de consulta pública feita pela Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, relativa à proposta de nova "poligonal" (delimitação geográfica da área do

porto organizado) do Porto Organizado de Paranaguá e Antonina, localizado no Estado do Paraná.

MORCENSTERN, Algacyr. *Porto de Paranaguá: contribuições à história (período de 1648-1935)*. Paranaguá: APPA. 1985. p. 33. apud MAYER, Giovanna. Notas sobre o regime dos portos brasileiros *In: MOREIRA, (Coord.). Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 75-110. p. 76.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. v. 7. n. 25. p. 101 - 117. jan./mar. 2009. p. 109 - 113.

MOREIRA, Egon Bockmann. Portos brasileiros e seus regimes jurídicos. *In: MOREIRA, (Coord.). Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 33-74.

NESTER, Alexandre Wagner. O processo prévio para outorga de autorizações portuárias. *In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e Concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 167.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O direito dos arrendatários ao reequilíbrio econômico-financeiro provocado pela assimetria concorrencial e pelo novo marco regulatório do setor portuário. *In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Direito Portuário*

OLIVEIRA, Fernão Justen de. Concessão administrativa de dragagem por resultado. *In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem*. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

OLIVEIRA, Gesner [et al]. **Regulação portuária e concorrência: terminais de uso público e de uso privativo misto - pareceres jurídicos e econômicos relativos à ADPF nº 139**. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009. p. 341.

PANITCHPAKDI, Supachai. Foreword. *In: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2012, Nova York. Review of Maritime Transport 2012*. Gênova: United Nations Publication, 2012. p. 70.

PARMIGGIANI, Fedrica. **Il Lento Processo di Liberalizzazione Della Telefonia in Italia**. *Contrato e Impresa/Europa* vol. 1, nº1, Padova: Cedam, ano IV, jan./jun. de 1999, p. 362.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. A Medida Provisória nº 595: mudanças no marco regulatório do setor portuário no Brasil. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 15, n. 77, p. 129-147, jan./fev. 2013.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. O novo marco regulatório do setor portuário brasileiro. In: \_\_\_\_\_. **Direito Portuário Brasileiro: Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem.** São Paulo: Marcial Pons. Prelo.,

Petição da LLX Logística S/A na ADPF n.º 139, fl. 2.886 dos autos.

Portos – Apresentação. Disponível em: <[http://www.antaq.gov.br/Portal/Portos\\_Apresentacao.asp](http://www.antaq.gov.br/Portal/Portos_Apresentacao.asp)>. Acesso em: 20 out. 2015.

Ranking de Competitividade Global do Fórum Econômico Mundial. Disponível em: <<http://www.weforum.org/reports/global-competitiveness-report-2014-2015>>. Acesso em: 29 set. 2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. O novo marco regulatório dos portos: entre grandes objetivos e inadequadas exigências. In: MOREIRA, Egon Bokmann (Coord.). **Portos e seus regimes jurídicos...** p. 120.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1996;

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e fundamentos Jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2001, p. 54.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Concorrência: Estudos e Pareceres.** São Paulo: Malheiros. 2002. p. 40

SCHIRATO, Vitor Rhein. A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil. Revista de Direito Público da Economia RDPE, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 171-190, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=54854>>. Acesso em: 22 out. 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição.** Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. p. 174.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As infraestruturas privadas no novo marco setorial de portos. In: MOREIRA, (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios.* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 325-343.

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

SCHIRATO, Vitor Rhein. Serviços portuários e infraestruturas privadas. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. n. 39. p. 229. ano 10. jul.-set. 2012

SCHIRATO, Vitor Rhein; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas.** ed. Fórum, 2009. p. 377;

SOUSA, Maurício Araquam De. Diferenças entre terminais de uso público e uso privado. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (Org.). **Direito Portuário**

**Brasileiro:** Lei 12.815 - Poligonal, Arrendamento e Autorização, Arbitragem. São Paulo: Marcial Pons. Prelo.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Terminais portuários de uso privativo misto: as questões da constitucionalidade e das alterações regulatórias. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 926, jan./mar. 2012.

SUNFELD, Carlos Ari. O caminho do desenvolvimento na Lei dos Portos: centralizar para privatizar?. In: MOREIRA, (Coord.). *Portos e seus regimes jurídicos: a Lei 12.815/2013 e seus desafios*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.p. 25-31.

Terminais de Uso Privado. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/investimentos/terminais-de-uso-privado>>. Acesso em: 9 nov. 2015.