

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO -  
IDP**

BRUNO GUERRA NEVES DA CUNHA FROTA

ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA ENTRE OS TERMINAIS PORTUÁRIOS DE  
USO PÚBLICO E DE USO PRIVATIVO MISTO

BRASÍLIA

2013

BRUNO GUERRA NEVES DA CUNHA FROTA

ANÁLISE DA CONTROVÉRSIA JURÍDICA ENTRE OS TERMINAIS PORTUÁRIOS DE  
USO PÚBLICO E DE USO PRIVATIVO MISTO

Trabalho de conclusão de curso com vistas à aprovação na matéria de Monografia, em curso de especialização do Instituto Brasiliense de Direito Público, na especialidade de Direito Regulatório, Turma 2/2010.

BRASÍLIA

2013

RESUMO

FROTA, Bruno Guerra Neves da Cunha Frota. *Análise da Controvérsia Jurídica entre os Terminais Portuários de Uso Público e de Uso Privativo Misto*. 2013. N° de folhas 53. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília - DF, 2013.

O presente trabalho tem por objeto a análise das controvérsias de natureza jurídica acerca das modalidades de serviços portuários executados por particulares mediante a obtenção de Contrato de Adesão ou Termo de Autorização, sem licitação, para a construção e exploração comercial de terminais privativos de uso misto, formalizados com a União, e da modalidade de privatização dos portos públicos realizada por intermédio de contratos de arrendamento que precedidos de procedimento licitatório.

Palavras-chave: Porto, Terminal Privativo de Uso Misto, Instalação Portuária, Autorização, Contrato de Arrendamento, Serviço Portuário, Operação Portuária, Outorga, Serviço Público.

**ABSTRACT**

This paper aims at the analysis of controversies about the legal form of port services performed by individuals by obtaining User Agreement and Authorization Form, without bidding, to construction and commercial operation of private terminals mixed-use formalized with the Union, and the mode of privatization of public ports held by lease agreements that preceded the bidding procedure.

Keywords: Port, Private Terminal Mixed Use Port Facility, Authorization, Lease Agreement, Service Port, Port Operation, Grant, Public Service

SUMÁRIO

## INTRODUÇÃO

A atividade portuária em todo mundo é tida como essencial para o desenvolvimento econômico e para o atendimento das demandas do consumidor final em acordo com a sociedade de hiperconsumo em que vivemos.

O alto grau de agilidade e capacidade de armazenagem do modal aquaviário de transporte, sem que o seu custo seja aumentado, lhe atesta uma eficiência que não pode ser obtida em mesmo grau pelo modal rodoviário, nem, tampouco, pelo aéreo. Em termos de custo benefício, apenas o modal dutoviário estaria um degrau acima do aquaviário, contudo, tendo vários outros impedimentos de ordem estrutural que não são observados no modal aquaviário.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe o monopólio da União Federal em relação à titularidade dos Portos. Ocorre que desde 1993, quando entrou em vigor a Lei dos Portos, nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, houve uma clara abertura do setor para o investimento privado, ante a evidente incapacidade do Poder Público de dar cabo à necessidade de desenvolvimento dos Portos como setor estratégico para a economia e desenvolvimento do país.

Hodiernamente, com o surgimento da movimentação de contêineres no âmbito do transporte mundial de cargas, houve um grande aumento da eficiência no transporte de mercadorias via embarcações, haja vista a facilidade e a capacidade de armazenagem, bem como a agilidade que gerou no processo de transporte de mercadorias, sinalizando como um mercado competitivo e lucrativo para o empresariado<sup>1</sup>.

A prova disso é que apenas em três anos, de 2007 a 2010, o Brasil subiu vinte posições no ranking de desempenho logístico no setor portuário, subindo para o 41º lugar dentre 155 países presentes na lista total.

Com este mercado bastante lucrativo para a iniciativa privada, houve verdadeira “correria” dos empresários em adentrar o mercado de exploração de terminais portuários destinados a movimentar contêineres.

---

1 PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Edições Aduaneiras. 2007. p. 81: “A A containerização veio a demandar maior velocidade na operação de carga e descarga dos navios, exigindo assim que o tempo de permanência desses nos portos fosse o menor possível, de modo a se obter ganho em termos de produtividade na operação portuária com a sua utilização.”

Assim, de acordo com a legislação pertinente, os Terminais de Uso Público alegam passaram a alegar a concorrência desleal, pois o Terminal de Uso Privativo não possui os requisitos específicos inerentes ao Contrato de Arrendamento, não necessitando ser previamente licitado, como é o caso do Terminal de Uso Público.

Por sua vez, os Terminais de Uso Privativo Misto alegam que os regimes jurídicos, inobstante às especificidades de cada um, possuem simetria jurídica e concorrem igualmente, ante a liberdade de preço dos Arrendamentos, inexistindo concorrência desleal.

A Secretaria Especial de Portos, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários, o Poder Judiciário, o Tribunal de Contas da União, todos foram instados a resolver a demanda, contudo, nenhum deles até o momento foi capaz de dar a palavra final acerca da real existência de concorrência desleal entre as modalidades.

A Universidade de Brasília - UnB e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social recentemente lançaram mão de um estudo cada sobre o tema. Os estudos trouxeram dados técnicos objetivos para a discussão, motivo pelo qual a presente pesquisa busca alcançar o panorama jurídico da real condição concorrencial entre os regimes jurídicos e até que ponto a concorrência livre é prejudicial ou benéfica para o país e para os consumidores.

Recentemente, após o início do presente trabalho, o Governo Federal lançou mão de um pacote de investimento de mais de R\$ 60 bilhões para a reestruturação e desenvolvimento do setor portuário. Aliado ao investimento, sobreveio a edição da Medida Provisória 595, publicada em 7 de dezembro de 2012, que tem por intuito revogar a lei dos portos anterior e trazer novas regras para a exploração do setor.

Se verá, contudo, que a referida Medida Provisória consolidou ainda mais a importância dos Terminais de uso privativo, bem como estabeleceu novas regras para os regimes de exploração portuária. Contudo, em razão da falta de tempo e da pesquisa estar em andamento quando do surgimento da MP 595, ela será abordada apenas superficialmente.

## Capítulo 1

### Portos e Navegação – Da origem ao contexto atual

#### A atividade portuária – contexto histórico – A origem

A origem da atividade portuária é muito remota. Os primeiros registros de atividade portuária surgem juntamente com os primeiros registros do aparecimento de cidades, por volta dos anos 3100 e 2900 a.C., na região do oriente médio, antiga mesopotâmia. O porto foi uma das primeiras estruturas urbanas daquelas cidades.

A região era cortada pelos rios Eufrates e Tigres e as primeiras cidades surgiram com um trio de pilares principais que eram constituídos da própria cidade com seus muros, locais de cultos e de palácios; uma parte fora das muralhas em que se observavam residências e locais de criação de animais; e o porto fluvial, local de prática de comércio e de instalação de estrangeiros, que normalmente eram proibidos de adentrar aos muros da cidade<sup>2</sup>.

Nos primeiros anos do século XX, o historiador Arthur Evans avançou sobre o estudo da civilização Minoica, localizada na ilha de Creta, que existiu aproximadamente entre os anos de 2.700 e 1.400 a. C. Após desencavar o Palácio do Rei Minos, o historiador encontrou evidências de que o monarca teria sido proprietário de uma enorme frota que o ajudou a dominar diversas ilhas e civilizações próximas, tornando-se um grande mito do mundo antigo<sup>3</sup>.

A história do setor prosseguiu, passando pelos Fenícios (1.500 a 300 a.C.) que se utilizaram de seu alfabeto de 22 letras e fácil aprendizado, somado ao seu poderio marítimo e portuário, desenvolvido muito pelo seu posicionamento geográfico privilegiado (região atual do Líbano e proximidades), para exercer grande domínio nas navegações e se estabelecer

---

2 PINTO, Cristiano Araújo; FLEURY, Ronaldo Curado. *A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 15.

3 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Análise Histórica do Setor Portuário*. s.n. Brasília. 2012. p. 6.



como uma espécie de trading a operar o desenvolvimento do escambo de especiarias e mercadorias de uma forma nunca antes vista no mundo antigo<sup>4</sup>.

O fim do sistema Feudal e o surgimento de uma nova classe dominante, a Burguesia, acabou por fomentar o desenvolvimento de uma política mercantilista característica da nova classe que era composta em maioria de artesãos, banqueiros e mercadores. Como a nova classe dominante era baseada em locais e rotas diferentes das existentes na era feudal, novas regiões se tornaram fortes e passaram a se sobressair, culminando em novas cidades, baseadas no conceito mercantilista, gerando as Nações-Estado. Por sua vez, essas nações permitiram a criação de diversas cidades portuárias<sup>5</sup>, com vocação para escoar toda a sede mercantilista do continente e sua nova configuração geopolítica<sup>6</sup>.

A busca por lucros e comércio, impulsionada pelo Mercantilismo Europeu da época, trouxe uma evolução monstruosa para o setor das navegações, dando-lhe grande importância e força para as nações que se desenvolveram na área.

Com a tomada de Constantinopla pelos Turcos, o comércio marítimo sofreu um bloqueio no mar mediterrâneo, trazendo à tona a necessidade de se alcançar novas rotas para as Índias, local em que o comércio marítimo de mercadorias e especiarias prosperava. O desejo de aumentar os lucros e os produtos mercantilizáveis somaram-se à perda da rota do mediterrâneo por conta da perda de Constantinopla e culminaram no surgimento de navegação oceânica pelo Atlântico, trazendo à cena os portugueses e espanhóis.

Os dois países da península ibérica foram os grandes pioneiros e protagonistas dessa primeira fase das grandes navegações capitaneadas pelo mercantilismo europeu, sendo os

---

4 BESERRA, Benjamin Caldas Gallotti. *A Autorização Federal para o Desenvolvimento de Serviços Portuários - A Modelagem da Privatização do Setor Portuário*. Brasília: Atame. 2010. p. 12.

5 PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Edições Aduaneiras. 2007. p. 37: “*Esses novos ambientes socioeconômicos caracterizavam-se pela presença de agentes produtores e de comércio, que efetivavam as trocas, tornando essas novas economias locais pouco a pouco, impulsionadas por aquele comércio, mais importantes que o feudo.*”

6 PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Edições Aduaneiras. 2007. p. 25 a 30.

lusos os primeiros a realizar novas rotas contornando o litoral da África e atingindo o litoral do Continente Americano.

Após o sucesso português que culminou na conquista de diversos territórios ao longo da África e América, outros países se lançaram às grandes navegações, muitos com sucesso, caso da Espanha, França e Inglaterra, que também vieram a anexar vários outros territórios como fruto da exploração marítima.

As grandes navegações pelo Atlântico permitiram o surgimento do comércio além-mar, realizado por meio das estratégias de Cristóvão Colombo de navegar ao oeste do Atlântico e dos portugueses de contornar o continente africano até atingir o oriente.

### **Da descoberta e desenvolvimento do setor Portuário no Brasil**

Com a descoberta do Brasil no ano de 1500, houve o início de diversos ciclos econômicos baseados na exploração colonial do país, ciclos esses que determinaram a sistemática portuária do país e o seu desenvolvimento, criando a necessidade da construção das infraestruturas portuárias.

Com início na exportação do Pau Brasil, passando pelos ciclos: do açúcar, do ouro e outros minérios, da borracha, do café e outras mercadorias menos afamadas, o setor portuário foi adquirindo a demanda necessária para que ocorresse a sua construção e desenvolvimento.

Em 1591, tendo em vista que a vastidão do litoral brasileiro criou dificuldades para que os portugueses o controlassem plenamente, houve o primeiro fechamento dos portos brasileiros para os navios de bandeira que não fossem a portuguesa.<sup>7</sup>

As invasões holandesas, as investidas francesas e o domínio da Península Ibérica pela Espanha ameaçaram o controle português pelo litoral brasileiro, ocasionando diversos e variados conflitos armados e que determinaram ainda mais a necessidade de desenvolvimento da navegação e da infraestrutura portuária do país, com vistas a conseguir se defender.

Com o surgimento do império de Napoleão Bonaparte, na França, Portugal se viu isolado, haja vista que sempre fora aliado da Inglaterra, grande rival dos comandados de Napoleão.

---

<sup>7</sup> BESERRA, Benjamin Gallotti. *Análise Histórica do Setor Portuário*. s.n. Brasília. 2012. p. 9 a 18.

Mesmo com o avanço das tropas napoleônicas por quase toda Europa e se aproximando de Portugal, o Rei Dom João VI se manteve aliado aos ingleses, de quem dependia quase totalmente para manutenção de seu trono e economia.

A situação se sustentou até que as tropas napoleônicas invadiram Lisboa e fizeram com que toda a Corte Portuguesa fugisse para o Brasil, pelo mar, em 1808.

Ao chegar no Brasil, Dom João VI determinou a reabertura dos portos brasileiros às nações amigas. Na prática, essa reabertura foi apenas em favor da Inglaterra, haja vista que os ingleses ainda sofriam do bloqueio marítimo imposto por Napoleão na Europa e precisavam escoar sua produção para o Brasil. O evento fez com que milhares de navios ingleses passassem a frequentar os portos nacionais, trazendo diversas mercadorias e especiarias para o país.

Esse quadro bélico europeu deu o tom do início das mais consistentes estruturas de terminais portuários no país, desenvolvendo o setor de forma um tanto quanto desordenada e sem planejamento.

É evidente a vocação do Brasil, com suas riquezas naturais e dimensões litorâneas continentais, para o comércio marítimo e portuário internacional. Assim o país foi descoberto e assim o é até os dias atuais, caracterizado pelo objetivo de exportar mais do que importar e, face a fartura de commodities, o país se consolidou perante os mercados mundiais.

Diante desse quadro favorável, o setor portuário brasileiro, mesmo com a inconstância da economia do país, se consolidou e se consolida. Dessa forma, mesmo com o Produto Interno Bruto – PIB as vezes alcançando valores praticamente nulos, houve crescimento na movimentação portuária. Após a reestruturação portuária da década de 90, com o surgimento da lei dos portos, houve uma sucessão de recordes de movimentação no setor, passando a ser, em 2007, de 500 milhões/tonelada/ano, caracterizando um aumento de 40% na movimentação de cargas em relação aos números de 1989<sup>8</sup>.

É nesse contexto que hoje se observa uma tentativa de concretização de uma política eficiente para o setor no país, por se tratar de setor absolutamente imprescindível para puxar o crescimento econômico e o desenvolvimento do país.

---

8 PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Edições Aduaneiras. 2007. p. 55:

## Capítulo 2

### Dos Regimes de exploração Portuária

#### Do surgimento dos regimes portuários

O Decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas foi realizado por meio de uma carta régia promulgada pelo Rei do Brasil, Portugal e Algarves, Dom João VI, em 28 de Janeiro de 1808.

A Carta Régia foi a primeira experiência liberal do mundo após a Revolução Industrial, colocando fim, ainda, ao monopólio português nos portos brasileiros, fixando-se 24% os direitos alfandegários de Portugal sobre as importações.<sup>9</sup>

O Decreto pôs um fim ao Pacto Colonial, que estabelecia o monopólio de comércio do Brasil com Portugal, apontando para a próxima independência do Brasil de Portugal.

O sistema de exploração atual é definido na Constituição Federal. O art. 22, inciso x reserva privativamente à União a competência para legislar sobre os regimes de exploração de portos. Se encontram especificados no art. 21, que trata da competência da União, especificamente no inciso XII, alínea “f”, o comando de monopólio de exploração portuária pela União.<sup>10</sup>

O texto constitucional trouxe de forma expressa o monopólio da exploração portuária para União Federal, contudo admitindo a sua desconcentração e descentralização, por meio dos institutos da concessão, permissão e autorização.

Encontra-se aí a base para todo o imbróglio analisado no presente trabalho. A Constituição Federal, nos termos acima mencionados, abriu a hipótese de ocorrer uma

---

9 BESERRA, Benjamin Caldas Gallotti. *A Autorização Federal para o Desenvolvimento de Serviços Portuários - A Modelagem da Privatização do Setor Portuário*. Brasília: Atame. 2010. p. 13.

10 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Análise Histórica do Setor Portuário*. s.n. Brasília. 2012. p. 72/73: “Para a melhor interpretação da legislação portuária, recomenda-se uma breve lida no antigo arcabouço, que muito enriquece a compreensão sobre os institutos em vigor. Trata-se do Decreto nº 24.447, de 22 de junho de 1934 – Lei das Competências Portuárias; Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934 – Lei dos Serviços Portuários; Decreto nº 24.511, de 29 de junho de 1934 – Lei de Utilização das Instalações Portuárias; e, Decreto nº 24.599, de 6 de julho de 1934 - da Lei de Concessões Portuárias

exploração portuária pela iniciativa privada e até por outros entes e órgãos federativos, prevendo, ainda, as possibilidades de ocorrência dessa descentralização por meio de concessão, permissão ou autorização.

Desse modo, sobreveio a legislação específica para o setor, a qual teve o claro e evidente viés privatizador, com vistas a permitir o desenvolvimento e o investimento no setor portuário, haja vista restar constatada a incapacidade gestora e investiva da União para dar cabo da árdua tarefa.

### **Da Lei dos Portos – 8.630/93 e seu *mens legislatoris***

O Professor Benjamin Gallotti Beserra enxerga a Lei dos Portos<sup>11</sup>:

Ela foi um marco tão importante que alguns a ela se referem quase como o marco zero das REFORMAS PORTUÁRIAS ou, até mesmo, da história portuária brasileira. Talvez seja mais própria uma abordagem dialética, ou seja: Se é verdade que ela foi um ponto de inflexão, abrindo novas possibilidades e gerando novos espaços para as reformas, é igualmente verdade que ela, em si, já resultou de uma sequência de mudanças que vinham sendo implementadas no Sistema Portuário Brasileiro desde, pelo menos, a década de 60: Limitadas pelo arcabouço jurídico então vigente, impôs-se que este também fosse alterado, a fim de que as REFORMAS PORTUÁRIAS prosseguissem e ampliassem seu escopo

A referida Lei trouxe 5 diretrizes claras, sendo elas a desmonopolização, a desestatização, a descentralização, a participação das esferas regionais de poder e a multifuncionalização da mão-de-obra<sup>12</sup>. A União, face às intenções legislativas explícitas na lei dos portos, passaria a figurar como um ente regulador do setor portuário, mediante a elaboração de Políticas Públicas específicas e da fiscalização de seu devido atendimento pela iniciativa privada, inclusive as pessoas jurídicas de Direito Público, à quem coube efetivar os investimentos e realizar as operações portuárias<sup>13</sup>.

---

11 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005. p.13.

12 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005. p.14

A Exposição de Motivos nº 10, de 18 de fevereiro de 1991, dos Senhores Ministros de Estado da Justiça, da Marinha, da Economia, Fazenda e Planejamento, do Trabalho e da Previdência Social e da Infra-Estrutura, acerca da lei dos Portos, esclareceu:

“4. O TEXTO ORA SUBMETIDO À ELEVADA APRECIÇÃO DE VOSSA EXCELÊNCIA OBJETIVA, FUNDAMENTALMENTE, POSSIBILITAR A MELHORIA DA EFICIÊNCIA DO SISTEMA PORTUÁRIO NACIONAL E, POR CONSEQÜÊNCIA, DA COMPETITIVIDADE INTERNACIONAL DA NOSSA ECONOMIA.

5. PARA TANTO, O ANTEPROJETO PROMOVE A REESTRUTURAÇÃO DO SISTEMA PORTUÁRIO NACIONAL, JÁ INICIADA COM A DISSOLUÇÃO DA EMPRESA DE PORTOS DO BRASIL S.A. – PORTOBRÁS, AUTORIZADA NA LEI Nº 8.029, 12 DE ABRIL DE 1990 (ART. 4º, I), E A DESREGULAMENTAÇÃO DAS ATIVIDADES DE MARINHA MERCANTE.

6. É QUE, EM REALIDADE, O MODELO VIGENTE FOI ESTRUTURADO SOB O ENFOQUE DO INTERVENCIONISMO E DO CORPORATIVISMO, PRÓPRIO DAS ECONOMIAS PLANIFICADAS OU DE PLANEJAMENTO CENTRAL. TAL MODELO, CONCEBIDO E IMPLEMENTADO PELO ESTADO NOVO, ESTÁ ABSOLUTAMENTE ESGOTADO, TANTO NO QUE SE REFERE A SUA ESTRUTURAÇÃO INSTITUCIONAL, QUANTO NO QUE DIZ RESPEITO À ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. E ESGOTOU-SE, SOBRETUDO PORQUE O INTERVENCIONISMO NÃO PODE CONDUZIR A UM SISTEMA PERMANENTE DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE.

7. NESSE CONTEXTO E EM ESTRITO CUMPRIMENTO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE INFORMAM A ORDEM ECONÔMICA, O ANTEPROJETO CONSAGRA, REFLETINDO AS EXIGÊNCIAS DA DEMOCRACIA, OS POSTULADOS DA LIBERDADE DO EXERCÍCIO DE QUALQUER TRABALHO, OFÍCIO OU PROFISSÃO, INDEPENDENTEMENTE DE FILIAÇÃO SINDICAL (CONSTITUIÇÃO, ARTS. 5º, XIII, E 8º, V), E DA LIVRE INICIATIVA (CONSTITUIÇÃO, ART. 170).

8. COMO METAS PRINCIPAIS DA REESTRUTURAÇÃO, O ANTEPROJETO OBJETIVA:

A) ASSEGURAR O AUMENTO DA PRODUTIVIDADE DO SETOR PORTUÁRIO, MEDIANTE A RACIONALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA E A INTEGRAÇÃO DOS DIVERSOS AGENTES ENVOLVIDOS, ATRAVÉS DA DIMINUIÇÃO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO E DO

---

13 BESERRA, Benjamin Caldas Gallotti. *A Autorização Federal para o Desenvolvimento de Serviços Portuários - A Modelagem da Privatização do Setor Portuário*. Brasília: Atame. 2010. p. 16

ESTÍMULO À LIVRE CONCORRÊNCIA, DE SORTE A POSSIBILITAR MAIOR RENTABILIDADE AOS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS À MODERNIZAÇÃO DO SETOR E MELHORES NÍVEIS DE REMUNERAÇÃO AO FATOR TRABALHO;

B) RACIONALIZAR O AMBIENTE DE TRABALHO, PROMOVENDO A VALORIZAÇÃO DA MÃO-DE-OBRA COM BASE NA EFICIÊNCIA, EM ORDEM A POSSIBILITAR A ADOÇÃO DE MÉTODOS DE PRODUÇÃO MAIS ADEQUADOS E EVITAR OS EFEITOS DISTORCIVOS DA INTERFERÊNCIA SINDICAL NA GESTÃO EMPRESARIAL, QUE NÃO TEM BENEFICIADO A FORÇA DE TRABALHO, FACULTANDO AOS OBREIROS EXERCEREM FUNÇÕES EMPRESARIAIS TÍPICAS, POR MEIO DE ENTIDADES ESTIVADORAS CONSTITUÍDAS SOB A FORMA DE COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA;

C) ESTIMULAR A PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO NA CONSTRUÇÃO E EXPLORAÇÃO, ARRENDAMENTO OU LOCAÇÃO DE INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS PRIVADAS, SEMPRE ATRAVÉS DE LICITAÇÃO, DE MANEIRA A DOTAR O PAÍS, A MÉDIO PRAZO, DE UMA INFRA-ESTRUTURA PORTUÁRIA MODERNA E COMPATÍVEL COM AS NECESSIDADES DO COMÉRCIO EXTERIOR”. (...)

“9. PARA ALCANÇAR ESTES OBJETIVOS O ANTEPROJETO, ESSENCIALMENTE, PROPÕE: (...)

D) A LIVRE CONCORRÊNCIA ENTRE OS PROPRIETÁRIOS, ARRENDATÁRIOS OU LOCATÁRIOS DE INSTALAÇÕES DE UM MESMO PORTO, DE MANEIRA A POSSIBILITAR, ATRAVÉS DA COMPETIÇÃO, A PRÁTICA DE TARIFAS ADEQUADAS E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ACORDO COM AS NECESSIDADES DOS USUÁRIOS.

E) O ESTÍMULO À PARTICIPAÇÃO DO SETOR PRIVADO NOS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS À MODERNIZAÇÃO DA INFRA-ESTRUTURA E AO REAPARELHAMENTO DOS PORTOS – EM FACE DA CARÊNCIA DE RECURSOS PÚBLICO QUE DEVAM SER DESTINADOS, PRIORITARIAMENTE, PARA ATENDER ÀS DEMANDAS DA ÁREA SOCIAL - POSSIBILITANDO AOS TERMINAIS PRIVATIVOS MOVIMENTAREM MERCADORIAS DE TERCEIROS.” (...)

11. NO CASO DA LETRA B DO ITEM ANTERIOR, A CARACTERÍSTICA ESSENCIAL DA LEGISLAÇÃO VIGENTE RESIDE EM QUE CADA SEGUIMENTO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO LABORAL (ESTIVA, CAPATAZIA, CONFERÊNCIA DE CARGA E DESCARGA, CONSERTO DE CARGA, VIGILÂNCIA PORTUÁRIA E TRABALHO DE BLOCO); CONSTITUI UMA UNIDADE MONOPOLISTA, REPRESENTADA PELO RESPECTIVO SINDICATO. OCORRE, ENTRETANTO, QUE NESSE SISTEMA DE

COOPERAÇÃO SOCIAL COM BASE NA DIVISÃO DO TRABALHO NADA HÁ QUE SE IDENTIFIQUE COM O INTERESSE EXCLUSIVO DE DETERMINADO SEGMENTO QUE NÃO SEJA DO INTERESSE DOS DEMAIS MEMBROS DA COLETIVIDADE, OU SEJA, UM SETOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO DEVE ESTAR A SERVIÇO SOMENTE DAQUELES QUE NELE TRABALHAM, MAS DE TODA A SOCIEDADE, DE VEZ QUE NA PRESENÇA DA INEFICIÊNCIA, DO DESPÉRDIO DOS FATORES DE PRODUÇÃO E DA RELUTÂNCIA DE SEREM ADOTADOS MÉTODOS ADEQUADOS DE PRODUÇÃO OS MONOPÓLIOS FICAM LIVRES PARA RECORRER A PRÁTICAS QUE FAVORECEM SEUS MEMBROS À CUSTA DO RESTO DA POPULAÇÃO, ISTO É, COM O PREJUÍZO DE TODOS. (...)

13. O ART. 5º DO ANTEPROJETO TEM POR FINALIDADE REDEFINIR O PAPEL DO ESTADO NA ADMINISTRAÇÃO DO PORTO ORGANIZADO, RESTRINGINDO SUA ATUAÇÃO, ISTO É, LIMITANDO OS MECANISMOS DE INTERVENÇÃO AO ESTRITAMENTE INDISPENSÁVEL. É QUE NO SETOR PORTUÁRIO, O MODELO PRATICADO, ALÉM DE CORPORATIVISTA É PREPONDERANTEMENTE ESTATAL, AINDA QUE PRESERVADA, MARGINALMENTE A ATUAÇÃO DO SETOR PRIVADO. O ESTADO-EMPRESÁRIO MANTÉM O MERCADO OBSTRUÍDO, POR MEIO DE ORDENS EMITIDAS PELOS ÓRGÃOS CENTRAIS DE DIREÇÃO DO ESTADO E NÃO À DEMANDA DOS CONSUMIDORES E À ESTRUTURA DE PREÇOS DO MERCADO, ISTO É, O ESTADO NOMEIA SEUS GERENTES, OS INSTRUIU SOBRE O QUE E COMO PRODUIR, DESIGNA O EMPREGO DE CADA TRABALHADOR, ESTABELECE SEUS SALÁRIOS, FIXA OS PREÇOS DAS TARIFAS, DETERMINA OS INVESTIMENTOS E DECIDE SOBRE AS TAXAS DO SEU RETORNO SOBRE AS TAXAS DO SEU RETORNO.

14. O MODELO VIGENTE, PORTANTO, ESPELHA UM SISTEMA DE ECONOMIA DE MERCADO OBSTRUÍDO, OU INTERVENCIONISTA, QUE TENTA PRESERVAR O DUALISMO DE DUAS DISTINTAS ESFERAS: A ATIVIDADE DO GOVERNO DE UM LADO E A LIBERDADE ECONÔMICA DO SISTEMA DE MERCADO DE OUTRO. A CONSEQÜÊNCIA DESTA HIBRIDISMO RESULTOU NA COMPLETA INEFICIÊNCIA DO SISTEMA PORTUÁRIO NACIONAL, CUJOS CUSTOS E SERVIÇOS SÃO, RECONHECIDAMENTE, DOS MAIS ALTOS DO MUNDO.

15. OS ARTS. 6º E 7º DO ANTEPROJETO RECUPERAM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE INICIATIVA E DA PARTICIPAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ESTADO NA EXPLORAÇÃO DIRETA DA ATIVIDADE ECONÔMICA, PERMITINDO QUE, SOB O REGIME DE PERMISSÃO, SEMPRE ATRAVÉS DE LICITAÇÃO, AS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS PRIVADAS POSSAM MOVIMENTAR MERCADORIAS DE TERCEIROS.



A Exposição de Motivos da Lei dos Portos deixou evidente a necessidade de se exterminar o caráter monopolista da União sobre o setor e abrir para o mercado da iniciativa privada, de modo a copiar o sistema Europeu, que possui como princípio basilar do setor portuário a competição e a concorrência saudável para permitir o seu melhor desenvolvimento<sup>14</sup>.

O *mens legislatoris* consagrado na Lei dos Portos foi concretizado, de modo que possibilitou os arrendamentos de instalações localizadas dentro da área do porto organizado e a criação de terminais privativos para a movimentação de cargas próprias e de terceiros.

Importa ressaltar que em toda a exposição de motivos ou na própria lei, não figuram distinções acerca do volume de cargas próprias ou de terceiros que devem ser movimentados nos terminais. O que se observou foi a clara diretriz de busca pela eficiência e competição entre os Terminais Portuários, independente de sua localização e/ou regime de exploração.

A Lei dos Portos encontrou inúmeras dificuldades com o tempo, contudo logrou êxito em 20 anos de existência em consolidar a privatização da maioria dos nossos portos, trazendo a modernização das instalações. A União deve isso, especialmente, aos empreendedores privados que, com recursos próprios investiram no setor portuário reduzindo o Custo Brasil, atraindo cargas, desenvolvendo regiões e gerando riquezas<sup>15</sup>.

O presente trabalho busca analisar as controvérsias jurídicas que a Lei dos Portos não soube resolver expressa ou diretamente, mas, ao ver deste Autor, pela sua exposição de motivos e pelo seu *mens legislatoris*, a resolução está contemplada, como será adiante comentado.

Recentemente, próximo do completar de 20 anos de sua existência, a Lei dos Portos encontra-se revogada pela edição da Medida Provisória nº 595, publicada em 7 de dezembro de 2012. A referida medida veio acompanhada do anúncio de um pacote de investimentos de mais de 60 bilhões de reais no sistema portuário nacional. Trata-se do reconhecimento político da importância ímpar do setor portuário para o crescimento econômico e humano do país.

---

14 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005. p.20

15 BRITO, Pedro. *Muito a navegar. Uma análise logística dos portos brasileiros*. Rio de Janeiro: Topbooks. 2010. p.56.

## Da Medida Provisória 595

A já citada MP veio com a intenção de resolver dúvidas legislativas e consolidar competências tidas por controversas na lei dos portos. Para tanto, trouxe em sua exposição de motivos a seguinte exposição:

(...)

2. Os portos brasileiros são responsáveis por 95% (noventa e cinco por cento) do fluxo de comércio exterior do país, o que demonstra a importância estratégica do setor. 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.

3. Para a consecução dos objetivos do modelo, faz-se necessário retomar a capacidade de planejamento no setor portuário, redefinir competências institucionais da Secretaria de Portos e da Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ.

4. Além disso, é importante aprimorar o marco regulatório, a fim de garantir maior segurança jurídica e, sobretudo, maior competição no setor. Nesse sentido, a Medida Provisória proposta altera as Leis nº 10.233, de 5 de junho de 2001 e nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e revoga as Leis nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e nº 11.610, de 12 de dezembro de 2007, lançando novas bases para o desenvolvimento do setor portuário nacional, calcadas em regras claras e precisas, que promovam a participação da iniciativa privada com o Estado, da operação dos terminais portuários.

5. Propomos a adoção do conceito de concessão de uso de bem público para as instalações portuárias dentro do porto organizado, formalizado em contratos de concessão e de arrendamento. Adicionalmente, é proposta a adoção do regime de autorização para a exploração de instalações portuárias fora do porto organizado. Serão dois regimes diferentes, um associado a uma infraestrutura pública (concessão e arrendamento) e outro a uma infraestrutura privada (autorização).

6. 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 revertão ao poder concedente para nova licitação.

7. A exploração fora do porto organizado será mediante autorização, formalizada em contrato de adesão a ser celebrado entre o interessado e a SEP. O prazo das autorizações também será de 25 anos, mas passível de sucessivas prorrogações, desde que o autorizatário se comprometa com investimentos e dê continuidade às atividades de operação portuária na instalação. Como regra geral – e para garantir publicidade e transparência ao setor –, todas as autorizações serão precedidas de chamada pública. O objetivo das chamadas públicas será divulgar a existência de interesse na obtenção de autorização para construção e exploração de instalação portuária. Sempre que houver necessidade, esta será promovido processo de seleção público, a ser disciplinado por ato do Poder Executivo.

7. O novo marco proposto elimina a distinção entre movimentação de carga própria e carga de terceiros como elemento essencial para a exploração das instalações portuárias autorizadas. Nada obstante a existência de dois regimes – um dentro do porto e outro fora dele – a exploração dos portos organizados e instalações será por conta e risco dos investidores.

8. 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. Propomos, nesse contexto, que as atividades típicas de agências reguladoras sejam exercidas pela ANTAQ, centralizando a realização das licitações e processos seletivos, assim como a fiscalização a todos os agentes do setor. Adicionalmente, a ANTAQ, observadas as diretrizes do poder concedente, poderá disciplinar a utilização, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou autorizadas, assegurada a remuneração adequada ao titular da autorização.

9. Por outro lado, caberá ao poder concedente, planejar o setor em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada, definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios e dos processos seletivos, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios, celebrar os contratos de concessão e de arrendamento e expedir as autorizações e estabelecer as normas, critérios e procedimentos para a pré-qualificação dos operadores portuários.

10. Também são introduzidas importantes melhorias na gestão dos portos e da sua infraestrutura comum, dentre as quais vale destacar (i) a instituição do Programa Nacional de Dragagem II, com um novo modelo de contratação visando o incremento de seus resultados e (ii) a previsão da pactuação de metas de desempenho entre a Secretaria de Portos da Presidência da República e as Companhias Docas.

14. Por fim, a proposta de Medida Provisória estabelece regras de direito intertemporal no capítulo destinado as disposições finais e transitórias, com vistas a

garantir novos investimentos e conferir segurança jurídica aos contratos de arrendamento, contratos de adesão e aos termos de autorização.

15. Em relação à urgência da medida, cabe mencionar que se faz premente solução que permita a realização dos novos investimentos planejados para o setor e, por conseguinte, a expansão da economia e da competitividade do País.

16. Deve-se ressaltar ainda que, em relação aos arrendamentos, os procedimentos licitatórios poderão ser realizados sob o novo arcabouço legal ora proposto, com maior agilidade. Por outro lado, para os contratos de arrendamentos já vencidos e aqueles vincendos, é necessário diminuir imediatamente o tempo atualmente despedido para realização de procedimentos licitatórios.

17. No que se refere à relevância da edição da Medida Provisória cumpre ressaltar que 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 dependem do aumento do volume de investimentos públicos e privados e da capacidade de que tais empreendimentos assegurem a ampliação da oferta a custos competitivos.

São essas, Excelentíssima Senhora Presidenta, as razões que justificam a edição de Medida Provisória que ora submetemos à elevada apreciação de Vossa Excelência.

Percebe-se de um leitura perfunctória que a exposição de motivos da nova MP além de redefinir competências apenas buscou consolidar as diretrizes da lei anterior, precipuamente a de privatização do setor e de aumento da competição entre os Terminais portuários.

Assim, observou-se, inclusive, a eliminação da distinção entre cargas próprias e cargas de terceiros, que se tratava da grande bandeira dos terminais de uso público arrendados para tentar conter o desenvolvimento dos Terminais Privativos de Uso Misto.

## **Da ANTAQ e da SEP**

A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001 dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT.

A ANTAQ foi responsável pela edição de duas Resoluções (517 e 1660) para tratar dos Terminais de Uso Privativo de outras para os arrendamentos portuários dos Terminais públicos (55 e 2240)

A chegada da MP 595 consolidou a competência da ANTAQ para realizar as licitações para as concessões de arrendamentos portuários à iniciativa privada, nos moldes do art. 6º, § 3º, da MP, bem como para receber os pedidos de autorização para exploração de terminais privativos, bem como instruí-los e realizar as diligências legais previstas à espécie.

Contudo, a nova MP relegou o Poder Concedente tanto da concessão de arrendamento de terminais de uso público, como da outorga de autorização para terminal privativo para a Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, órgão com *status* de Ministério, criado pela Lei nº 11.518/2008, com o objetivo de elaborar as políticas públicas do setor portuário.

Esses são, portanto, os dois entes governamentais que protagonizam o âmbito das discussões e controvérsias entre os Terminais de Uso Privado e os de Uso Público.

## **Dos conceitos portuários da Lei dos Portos e da Medida Provisória 595**

A Lei dos Portos trouxe a definição de conceitos portuários, quais sejam:

Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado.

§ 1º Para os efeitos desta lei, consideram-se:

I - Porto Organizado: o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária; (Redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006)

II - Operação Portuária: a de movimentação de passageiros ou a de movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, realizada no porto organizado por operadores portuários; (Redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006)

III - Operador portuário: a pessoa jurídica pré-qualificada para a execução de operação portuária na área do porto organizado;

IV - Área do porto organizado: a compreendida pelas instalações portuárias, quais sejam, ancoradouros, docas, cais, pontes e piers de atracação e acostagem, terrenos, armazéns, edificações e vias de circulação interna, bem como pela infra-estrutura de

proteção e acesso aquaviário ao porto tais como guias-correntes, quebra-mares, eclusas, canais, bacias de evolução e áreas de fundeio que devam ser mantidas pela Administração do Porto, referida na Seção II do Capítulo VI desta lei.

V - Instalação Portuária de Uso Privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário. (Redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006)

VI - Estação de Transbordo de Cargas: a situada fora da área do porto, utilizada, exclusivamente, para operação de transbordo de cargas, destinadas ou provenientes da navegação interior; (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

VII - Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte: a destinada às operações portuárias de movimentação de passageiros, de mercadorias ou ambas, destinados ou provenientes do transporte de navegação interior. (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

Por sua vez, a MP 595 revogou os conceitos anteriores e lhes deu nova definição:

Art. 2º Para fins desta Medida Provisória, consideram-se:

I - porto organizado - bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

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, utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário;

IV - terminal de uso privado - instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado;

V - estação de transbordo de cargas - instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área do porto organizado e utilizada exclusivamente para operação de transbordo de mercadorias em embarcações de navegação interior ou cabotagem;

VI - instalação portuária pública de pequeno porte - instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora do porto organizado, utilizada em movimentação de passageiros ou mercadorias em embarcações de navegação interior;

VII - instalação portuária de turismo - instalação portuária explorada mediante arrendamento ou autorização, utilizada em embarque, desembarque e trânsito de passageiros, tripulantes e bagagens, e de insumos para o provimento e abastecimento de embarcações de turismo;

VIII - concessão - cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado;

IX - delegação - transferência, mediante convênio, da administração e da exploração do porto organizado para Municípios ou Estados, ou a consórcio público, nos termos da Lei no 9.277, de 10 de maio de 1996;

X - arrendamento - cessão onerosa de área e infraestrutura públicas, localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado;

XI - autorização - outorga de direito a exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado, formalizada mediante contrato de adesão; e

XII - operador portuário - pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado.

## O Terminal Portuário de Uso Privativo

A exploração de terminais portuários privados não possui registros que permitam precisar sua origem e a densidade com que era utilizada. Foi a partir da oficialização das instalações portuárias rudimentares, criadas em 1944 para funcionar nos arremedos do porto organizado que eram autorizados somente para Estados e Municípios é que se tem a primeira origem devidamente registrada de uma modalidade de terminal fora da área do porto organizado e de propriedade privada. Em seguida, essas instalações foram adaptadas para terceiros movimentarem cargas próprias e depois cargas de terceiros.<sup>16</sup>

O Decreto nº 24.599, de 1934, em um primeiro momento, atribuiu às instalações portuárias rudimentares o regime de concessões de serviços públicos. Já o Decreto-lei nº 5, de 1966 proibiu a utilização de recursos orçamentários na construção dessas instalações<sup>17</sup>.

---

16 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005. p. 262.

17 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005. p. 262

A Lei dos portos de 1993 trouxe a nomenclatura de Terminal Privativo, definindo-o nos termos da combinação de seu art. 1º, § 1º, combinado com o art. 4º, inciso II e art. 6º. Tratou a modalidade como aquela instalação portuária implementada em terrenos cujo domínio útil pertence ao interessado e os bens ali construídos e beneficiados não possuem cláusula de reversão à União.

A MP 595 modificou um pouco a definição. Enquanto que a Lei dos portos de 1993 permitia a existência de terminal privativo inclusive dentro da área do porto organizado, desde que comprovado o domínio útil do particular na área, a MP restringiu os Terminais privativos como áreas obrigatoriamente localizadas fora da área do porto organizado.

A criação do Terminal Privativo se mostrou de acordo com toda a exposição de motivos da Lei dos portos, devidamente ratificada pela da MP 595. Isso porque a modalidade se mostra condizente com o clamor pela eficiência da prestação de serviços nas instalações portuárias e trouxe o fator diferencial da força empresarial na busca por resultados lucrativos e, com isso, fomentando a concorrência entre os Terminais, a culminar na melhora do serviço para todas as partes da cadeia logística<sup>18</sup>.

Outra importante modificação feita pela MP 595 foi no sentido de se eliminar a distinção entre carga própria e de terceiros, que existia na lei dos portos. A referida distinção fez existir duas modalidades de exploração de terminais privativos: a de uso próprio (exclusivo) e a de uso misto. Na primeira, a empresa autorizada apenas poderia realizar movimentação de cargas próprias. Na segunda, o autorizado poderia movimentar tanto cargas próprias, quanto de terceiros.

Quanto aos terminais de uso privativo, pela Lei dos portos, bastava apresentar requerimento à ANTAQ, cumprindo as normas técnicas de licenciamento ambiental etc., bem como demonstrando o domínio útil sobre o terreno em que pretende lançar o Terminal. Após a análise dos documentos, ao constata-los regulares, a ANTAQ formalizava um Contrato de Adesão com a empresa interessada, outorgando **autorização** para a exploração e construção do terminal privativo, resguardando suas competências legais para fiscalização do cumprimento do contrato.

Destaque-se a modalidade de outorga de autorização pelo Poder Concedente não pressupõe um obrigatório certame licitatório. Esse é o caso da autorização para construção e

---

18 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005. p. 263.



exploração de terminal privativo. Tanto a Lei dos Portos, quanto a MP 595 excluíram qualquer exigência de licitação para este tipo de terminal.

Contudo, a MP 595 traz novas barreiras à expansão dos Terminais Privativos pelo país, haja vista que cria a necessidade de consulta pública. A MP traz exigência que não era prevista na lei dos portos, no sentido de que, apresentado o requerimento de autorização para terminal privativo, a ANTAQ obrigatoriamente terá que lançar uma consulta pública a fim de reconhecer mais algum outro interessado em participar de uma eventual concorrência para a prestação de serviços portuários requeridos pela empresa.

Ocorre que os moldes da referida consulta ainda não foram regulamentados e sequer os órgãos competentes tem muita noção de como seria uma eventual resposta positiva à consulta pública, haja vista que o requerente de outorga de autorização necessitaria obrigatoriamente de demonstrar o domínio útil sobre o local em que pretende explorar um terminal privativo. Assim, se imagina que na hipótese ou a parte interessada em concorrer com o titular do requerimento possui um terreno muito próximo, com a mesma vocação portuária ou está disposto a pagar um preço na licitação pelo terreno do requerente originário.

Tais hipóteses não se mostram, *a priori*, como reais, mas apenas como remotas possibilidades. Contudo, os termos da MP ainda padecem de regulamentação, o que provavelmente irá elucidar a questão.

A ANTAQ elaborou uma minuta de norma que objetiva estabelecer critérios e procedimentos para Outorga de Autorização para a Construção, a Exploração e a Ampliação de Terminal de Uso Privativo.

A referida norma foi aprovada pela Resolução nº 274-ANTAQ, de 09.08.04, e colocada em Audiência Pública até 15.10.04, para o recebimento de sugestões e contribuições para o aperfeiçoamento do ato regulatório em pauta.

Posteriormente foi editada a Resolução nº 517 – ANTAQ, de 18 de outubro de 2005, que é a norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo.

Atualmente a ANTAQ editou a Resolução Nº 1.660-ANTAQ, a qual aprovou a proposta de norma para outorga de autorização para a construção, a exploração e a ampliação de terminal portuário de uso privativo.

O Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, que dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de

portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, regulamentou a Lei dos Portos.

O texto do decreto regulamentador, em que pese ter trazido normatização e louvável evolução para o setor portuário, seria melhor não ter existido ante os excessos cometidos, em flagrante ilegalidade e inconstitucionalidade. Ocorre que esta constatação foge ao objetivo do presente trabalho, não cabendo maiores digressões no momento.

Uma questão importante é que as outorgas de exploração para os terminais de uso privativo eram formalizadas mediante a assinatura de contrato de adesão, conforme a previsão legal do art. 4º, inciso II da Lei dos Portos. As cláusulas destes Contratos de Adesão possuem a obrigação de realização por parte dos Autorizados de grandes investimentos com o intuito de montar toda a infraestrutura terrestre e aquaviária para a ocorrência das operações portuárias eficientes e seguras.

Posteriormente, com a criação da ANTAQ (Lei nº 10.233/2001) os Contratos de Adesão passaram ilegalmente a ser denominados de Termos de Autorização, gozando de prazo indeterminado. Atualmente, em que pese a ANTAQ já ter voltado a utilizar o Contrato de Adesão, a MP 595 consolidou a obrigatoriedade do instrumento para formalizar a outorga de autorização para terminais de uso privativo.

### **O Terminal Portuário de Uso Público**

O Terminal Portuário de Uso Público, localizado dentro dos limites do porto organizado, é a forma mais antiga de exploração portuária. Trata-se do modelo padrão.

Ocorre que, antes de 1993, tal exploração e operação era monopólio da União, de modo que vedado ao particular explorar ou operar no local. Após a Lei dos portos, foi extinto o monopólio da União para as operações portuárias e se abriu a possibilidade de concessão das instalações portuárias do porto organizado.

O Terminal Portuário de Uso Público é aquele que se encontra dentro do porto organizado, cuja exploração é direta pela União Federal, nos moldes do art. 21, XII, “f”, da Constituição Federal, podendo ser descentralizada mediante três modalidades: concessão, autorização e permissão.

O porto organizado como a própria lei define é: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de

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

A instituição do porto organizado, para Marcos Maia Porto<sup>19</sup> é:

Os portos organizados são entidades prestadoras de serviços públicos, em função do que determina a constituição, que atribuiu ao Estado brasileiro a responsabilidade em prover direta e indiretamente os serviços portuários. O porto organizado é constituído por bens públicos e privados, mais públicos que privados, a começar pelos terrenos onde estão implantadas as instalações portuárias. Esses terrenos são na maioria bens da União, mas há terrenos cujo domínio útil está com um ente privado, pessoa física ou jurídica. Há ainda o conjunto de edificações e equipamentos que completam os principais elementos de uma instalação. Muitas das benfeitorias erguidas nos portos são oriundas de recursos públicos, do orçamento da União, o que está em sintonia com a natureza pública dessas entidades. Muito embora haja um política clara e ostensiva de captação de investimentos privados nos portos, há uma parcela de investimentos em infra-estrutura comum, condominial, que somente é executada com recursos públicos, como obras de abrigo, de navegação (canais) de circulação rododiferroviária entre outras.

A concepção de porto organizado demonstra o evidente fator de se tratar de terreno eminentemente público, com vocação portuária destacada e com estrutura condominial, apta a receber diversos “condôminos”.

Justamente por este caráter de investimento público de estrutura que a lei dos portos de 1993 e a MP 595 pinçaram para as instalações portuárias públicas, inseridas no âmbito do porto organizado, a modalidade da concessão como forma de delegação para a iniciativa privada.

A lei dos portos previu ainda que essa concessão se desse pela modalidade de arrendamento das instalações portuárias, sempre precedido de um procedimento licitatório. A MP 595 manteve às exigências, porém acrescentou o fato de que as licitações irão se basear na lógica de maior movimentação de cargas e menor preço de tarifa.

Tal concepção se mostra penosa para o ente privado, haja vista que deverá colocar uma tarifa mais baixa possível com vistas a sagrar-se vencedor do certame licitatório e perderá o benefício de praticar o preço livre como era feito na modelagem da lei dos portos.

---

19 PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Edições Aduaneiras. 2007. P.86.

Com lei da ANTAQ (10.233/2001, art. 27, inciso IV), a Agência recebeu a competência para promover as licitações para arrendamentos dos terminais públicos, bem como a incumbência de lançar atos normativos capazes de regulamentar os arrendamentos.

Com isso, em 16 de dezembro de 2002 a ANTAQ publicou a Resolução nº 055-ANTAQ. Outras Resoluções específicas sobre as concessões foram a 126-ANTAQ; 238-ANTAQ; 265-ANTAQ e a 935-ANTAQ.

Sobreveio, como já comentado o Decreto 6.620, em 2008, ocasião em que houve uma mudança de rumo nos entendimentos havidos até então sobre o tema. Com as novas diretrizes, a ANTAQ editou a Resolução nº 2.240, de 4 de outubro de 2011, que atendeu aos termos e diretrizes do Decreto 6.620.

Com a entrada em vigor da MP 595, todo o setor encontra-se pendente de novas regulamentações.

### **A autorização e a ausência de licitação**

A Lei dos Portos de 1993 trouxe evidentes diretrizes quanto à política a ser adotada para o setor portuário. Nitidamente a noção do legislador buscou uma flagrante participação do setor privado. Ocorre que a intenção legislativa não foi apenas que o setor privado atuasse na prestação de serviços nos portos organizados, ou seja, mediante o regime de exploração de Terminal de Uso Público, mas houve também a clara e evidente intenção de fomento à movimentação de cargas também de terceiros no âmbito dos Terminais de Uso Privativos<sup>20</sup>.

A intenção legislativa foi no sentido de flexibilizar a movimentação de cargas, independente se próprias ou de terceiros, para ambos os regimes, flagrantemente em busca de aumentar a competitividade e a capacidade de exportação do país.

A atividade portuária constituía um privilégio exclusivo da Administração do Porto concedida pela União. Foi monopólio federal até 1993.

O porto organizado foi mantido como serviço público federal, mas tão somente quanto à concessão de sua exploração como um todo e quanto ao arrendamento das instalações portuárias que o integram.

Paralelamente, foi prevista a autorização de terminal de uso privativo misto como uma instalação portuária que não pertence à União.

---

<sup>20</sup> PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Edições Aduaneiras. 2007. P.153.

Quanto ao patrimônio passou a haver, portanto, as seguintes hipóteses de exploração de instalações portuárias:

- a) Concessão de todo o porto organizado sob a modalidade de uso público;
- b) Arrendamento de instalações de uso público do porto organizado;
- c) Autorização de instalações de uso privativo de titularidade dos Estados, dos Municípios e de empresas privadas.

A concessão e o arrendamento de instalações portuárias da União são precedidos de licitação porque o patrimônio dessas instalações é público.

A autorização de instalações portuárias de terceiros não é licitada porque a União não pode licitar o que não lhe pertence.

Essa, acima, é a modelagem legal para o patrimônio portuário constituído por três espécies de imóveis: bens públicos de uso especial, bens públicos dominicais e bens particulares (Código Civil Brasileiro, artigos 98 e 99).

Porém, a atividade portuária não é apenas patrimonial, mas também é constituída de serviços.

O serviço portuário de movimentação e de armazenagem de mercadorias em instalações portuárias também era um monopólio da Administração do Porto concedida pela União .

Não é mais assim. Os serviços com mercadorias no porto organizado passou a ser chamado de operação portuária.

As operações portuárias deixaram de ser serviços monopolísticos para que sua prestação seja aberta a terceiros. E mais. A execução das operações portuárias não apenas pode ser transferida a terceiros, como essa transferência independe de concessão, permissão ou autorização. Depende apenas de um credenciamento apelidado de pré-qualificação, que é feito pelo Conselho de Autoridade Portuária – CAP .

O CAP é um colegiado misto, sem personalidade jurídica própria, constituído por dezesseis membros, sendo três públicos e treze de direito privado, que não exerce poder público. Portanto, não representa a União no mister de conferir outorgas portuárias.

Nesses termos, a habilitação dos operadores portuários é proferida como um ato vinculado ao atendimento dos requisitos da Norma de pré-qualificação respectiva, sem nenhuma possibilidade de indeferimento por motivos discricionários de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Em outras palavras, os serviços com mercadorias do porto público organizado a partir de 1993 passaram a ser chamados de operações portuárias como uma atividade

econômica da livre iniciativa empresarial, tal como previsto no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal.

Essa mudança trouxe muitas vantagens para todos, pois a Administração do Porto passou a reservar-se ao status de Autoridade Portuária, cobrando tarifa de infraestrutura terrestre pelo fornecimento de instalações portuárias aos operadores portuários, sem licitação nem para a prestação dos serviços nem para o fornecimento das áreas comuns do porto organizado.

Para os armadores e demais usuários do porto organizado as vantagens foram ainda maiores, que podem ser traduzidas na presteza da carga, que se traduz na celeridade e na eficiência das operações portuárias.

Quanto à modicidade de custos, embora os operadores portuários não pratiquem tarifa portuária, que é uma exação pública, os preços que cobram livremente são regulados pelas leis da economia e livre mercado, em face da livre competição nas operações portuárias.

Deve ficar bem claro que os arrendatários de instalações do porto organizado submetem-se ao processo de licitação por um único motivo, qual seja a exploração exclusiva da infraestrutura portuária da União. Os serviços na área arrendada podem ser feitos por operadores portuários pré-qualificados, pelo próprio arrendatário (se pré-qualificar-se) ou por ambos, na forma que dispuser o edital.

Ao lado dos operadores portuários, que têm seus contratos oriundos dos serviços do porto público organizado, a Lei concebeu também os prestadores de serviços operacionais nos terminais portuários de uso privativo.

Da mesma forma como os operadores do porto organizado não se submetem a licitação, também os prestadores de serviços operacionais em terminais portuários de uso privativo também não são selecionados mediante licitação. Neste último caso com maior razão, pois não há justificativa para licitar serviços em instalações particulares.

Resta, assim, bem claro que os serviços operacionais do porto organizado foram privatizados mediante pré-qualificação, as instalações portuárias da União foram desestatizadas mediante arrendamento e as instalações portuárias de terceiros e respectivos serviços foram objeto de outorga de autorização.

A única atividade portuária que a Lei dos Portos (art. 4º) e a Lei da ANTAQ (art. 43, I) conservaram como um objeto sujeito a processo de licitação foi a exploração de instalação do porto organizado da União, com exclusividade.

As operações portuárias no porto público não são licitadas porque a lei as transformou numa atividade econômica da livre iniciativa.

As operações do terminal privativo não são licitadas porque até mesmo as operações do porto público organizado foram liberadas de licitação.

As instalações portuárias dos terminais privativos não são licitadas porque são bens particulares fora do alcance de processo de seleção pública.

As instalações do porto organizado só são licitadas porque constituem propriedade da União, conforme as qualifica o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de outubro de 1946, em seu art. 1º, alínea “g”.

A exploração indireta da atividade portuária é feita diretamente pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DNIT e pelas sociedades de economia mista federais; ou, indiretamente, mediante concessão do porto organizado; arrendamento de instalações portuárias federais, autorização de terminais portuários de uso privativo e pré-qualificação de operadores portuários.

Em conclusão, não há razão para que os terminais portuários de uso privativo sejam submetidos à qualquer tipo de licitação. Por essa razão que o instituto da autorização foi o adotado pela Lei dos portos de 1993.

Autorização “é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício da atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização de porte de arma ou da autorização para exploração de jazida mineral.” No entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>21</sup>.

Para Marçal Justen Filho<sup>22</sup>, 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. Em acepção próxima, a autorização também é utilizada para indicar o ato administrativo unilateral editado no exercício de competência discricionária que faculta a particular o uso de bem público.”

Já o professor Diógenes Gasparini<sup>23</sup> aduz: “é o ato administrativo mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa

---

21MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1999

22 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

23 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª Ed. Guarulhos: Saraiva, 2006.

atividade material que sem ela lhe seria vedada. Por ser discricionário, não está o Poder Público obrigado a agir conforme a solicitação que lhe fora feita, ainda que o interessado tenha atendido a todos os requisitos legais. São dessa natureza os atos que autorizam a captação de água de rio público. Os direitos outorgados por essa espécie de ato são, em tese, precários.”

Para Hely Lopes Meirelles<sup>24</sup>: “é o 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, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc. Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado, diversamente do que ocorre com a licença e a admissão, em que, satisfeitas as prescrições legais, fica a Administração obrigada a licenciar ou a admitir.”

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>25</sup>: “é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos”.

Para José dos Santos Carvalho Filho<sup>26</sup> “é o ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público”.

Há na doutrina e jurisprudência uma grande discussão acerca da possibilidade de se delegar serviços públicos à particulares por meio do instrumento da autorização. Alguns

---

24 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 27<sup>a</sup> ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

25 PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2000.

26 FILHO, José. Manual dos Santos Carvalho. *Direito Administrativo*. 10<sup>a</sup> Ed. Editado por João de Almeida e João Luiz da Silva Almeida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;



autores entendem que, tendo em vista o texto do dispositivo do art. 175, da Constituição Federal, o qual expressamente coloca que o serviço público só será prestado por particulares mediante os instrumentos da concessão e permissão e sempre por meio de licitação.

José dos Santos Carvalho Filho, leciona nesse sentido:

Alguns autores referem-se aos chamados serviços autorizados, como é o caso de HELLY LOPES MEIRELLES, para quem tais atividades servem “para atender interesses coletivos instáveis ou emergência transitória”.

Com o respeito que nos merecem esses autores, ousamos dissentir dessa linha de pensamento. Na verdade, não há autorização para a prestação de serviço público. Este ou é objeto de concessão ou permissão. A autorização é ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o indivíduo desempenhe atividade de seu exclusivo ou predominante interesse, não se caracterizando a atividade como serviço público.

O entendimento da Professora Sara Jane Leite de Farias<sup>27</sup> já busca outro ponto de vista, o qual nos parece mais alinhado à realidade jurídica e à teoria do Direito.:

Tradicionalmente, discutia-se a possibilidade ou não de prestação de serviço público por meio da autorização (clássica, proveniente da atividade de polícia do Estado). Conforme restará aqui demonstrado, entendia-se que como estas eram conferidas no interesse exclusivo da particular requerente, excluía-se do serviço público, uma vez que estes deveriam atender as necessidades e trazer comodidades a uma coletividade, Havia também os que defendiam que estas poderiam ser outorgadas desde que não conflitassem com as concessões e permissões de serviços públicos.

Posto isso, mister observar que, hoje, quando é feita alusão à prestação de serviço público mediante autorização, deve-se buscar a opção legislativa para aquele caso concreto, uma vez que pode existir autorização de serviço público discricionária ou vinculada, como forma de prestação do serviço em regime de direito público e em regime de direito privado.

Como não se trata do foco do presente trabalho, não iremos aprofundar a discussão, haja vista que o objetivo aqui não é discutir a correção do instituto da autorização, mas os

---

27 FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados* – Ed. Lumen Juris – Rio de Janeiro, 2005, p. 97 e 98

efeitos para a simetria de competição entre os Terminais Autorizados e os Arrendados mediante licitação.

Restou evidente que os Terminais Privativos recebem a outorga de autorização para construção e exploração de terminais portuários cujo domínio útil tem que ser demonstrado. Sendo assim, haja vista o terreno do Terminal de Uso Privativo ser de sua titularidade e a operação portuária ter sido devidamente privatizada pela lei dos portos, inexistente qualquer possibilidade de se licitar o terminal portuário de uso privativo.

A MP 595 manteve a autorização incólume, inclusive ratificando a desnecessidade de licitação para sua outorga. Contudo, trouxe novos requisitos e diligências necessárias para a outorga de autorização.

Consoante já levantado anteriormente, o Terminal de Uso Privativo, diferente do que tentam colocar os defensores dos terminais arrendados, também possuem diversos obstáculos e exigências, constantes expressamente de seu contrato de adesão. Nesse sentido, o Professor Francisco Carlos de Moraes Silva<sup>28</sup> coloca:

Quanto aos terminais de uso privativo, a autorização concedida pelo Ministério dos Transportes será considerada como delegação, por ato unilateral, feita pela União à Pessoa Jurídica, a qual o construirá às suas expensas e risco, mediante assinatura de contrato de adesão, com cláusulas relativas ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo; ao modo, forma e condições de exploração do serviço; ao valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infra-estrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário; à obrigação de execução das obras de construção, (...)

Essas eram as cláusulas obrigatórias já no começo da existência da autorização. Hoje tais regras contratuais são ainda mais amplas e são amparadas pela Resolução 1.660-ANTAQ<sup>29</sup>.

## **A concessão – o arrendamento**

---

28 SILVA, Francisco Carlos de Moraes. *Direito Portuário. A modernização dos portos brasileiros. Lei n. 8.630*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

29 Art. 14 e seguintes.

No tocante à concessão, *latu sensu*, a Lei dos Portos trouxe três modalidades. São elas a Autorização, abordada no item anterior, a Concessão *strictu sensu*, que é a do porto organizado e o arrendamento, que é das instalações portuárias de uso público obrigatoriamente inseridas na área do porto organizado<sup>30</sup>.

Como o presente trabalho busca discutir a simetria jurídica existente entre a modalidade de Terminais Privativos autorizados e de Terminais Públicos Arrendados, é da modalidade de concessão – Arrendamento – a que dedicaremos as próximas linhas.

A Lei de Portos determina que os portos organizados sejam concedidos (art. 1º). O objeto da concessão portuária visa à exploração da infraestrutura. O objeto da concessão consiste na construção de um novo porto, assim como também na realização de obras de melhoramentos em portos existentes, em se tratando de porto organizado já construído, e respectivo aparelhamento, mediante a contrapartida de sua exploração comercial.

A concessão portuária foi positivada na Lei dos Portos de 1993 pela modalidade do arrendamento das instalações públicas inseridas no âmbito do Porto Organizado. Não nos favorece aqui entrar nos detalhes do sistema financeiro de remuneração dos arrendatários vencedores das licitações, mas sim das regras a que se submetem, com o intuito de compará-las às regras existentes no caso dos Terminais Privativos.

Primeiramente, cumpre repisar o que foi esclarecido no item anterior. A Concessão de instalação inserida no porto organizado, mediante arrendamento, sempre deverá ser precedida de licitação. Isso, pois, o vencedor da licitação terá a exclusividade sobre a exploração da área do porto organizado constante do edital de licitações.

Permite-se, de forma incontroversa, constatar que o objeto da licitação não mais é a operação portuária, como antes da lei dos portos o era, mas trata-se da exclusividade de utilização das instalações do porto organizado. A Lei dos portos de 1993 extinguiu categoricamente o monopólio da União para a operação portuária, mantendo-o apenas no que tange à exploração e titularidade das áreas do porto organizado.

---

30 SIQUEIRA, Geneide Machado Antunes de et alii. *Direito portuário: contratos, regulação e mercado (conclusões do III Seminário sobre direito Portuário)*. Brasília: IP, 2011. p.49.

No que tange às responsabilidades do concessionário, há que se verificar as cláusulas contratuais obrigatórias e as determinações da Lei dos portos<sup>31</sup>. O Professor Benjamin Gallotti Beserra<sup>32</sup> assim coloca:

Os contratos de concessão deverão assegurar que o concessionário irá adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para a conservação dos recursos naturais, para a preservação do meio ambiente, garantindo ainda a segurança das pessoas e dos equipamentos operacionais. Todos os atos dos prepostos dos concessionários imputarão a sua responsabilidade civil, devendo ressarcir à Agência ou à União, os ônus que estas venham a suportar em decorrência de eventuais demandas, por atos de responsabilidade do concessionário.

Finalmente, a repetição da obrigação do serviço adequado, no art. 37, inciso III, da Lei, para a adoção das melhores práticas de execução de projetos, obras e serviços, mediante a utilização de equipamentos e processos recomendados pela melhor tecnologia.

O porto público possui, portanto, limites e imposições que não possuem os Terminais privativos, como por exemplo, a obrigatoriedade de movimentar a carga de todos que aparecerem e não apenas dos clientes com que tiver contrato.

As características específicas da concessão do arrendamento portuário, estão bem explicadas pelo atual Diretor da ANTAQ, Sr. Fernando José Pádua Fonseca<sup>33</sup>: Ele explica que a modelagem atual da concessão (arrendamento) se dá de maneira em que a arrendatária pode, algumas vezes, praticar o preço livre, dependendo da forma do edital da licitação e do contrato de arrendamento. Contudo, há uma série de condicionantes de cunho técnico que buscam inibir a prática de preço abusivo.

Só auferem tarifa portuária, como preço público, os concessionários portuários, pelo fornecimento de infraestrutura aquaviária e terrestre do porto organizado.

---

31 Art. 33 e seguintes da Lei 8.630/93.

32 BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005. p. 99

33 FONSECA, Fernando José de Pádua Costa et alii. *Direito portuário: contratos, regulação e mercado (conclusões do III Seminário sobre direito portuário)*. Brasília: IP, 2011. p.65

Os serviços dos terminais públicos são pactuados com os tomadores dos serviços, sendo livre o preço tanto dos operadores portuários quanto dos arrendatários pré-qualificados como tal, apenas devendo “*pautar-se-á pela prática de preços módicos*”<sup>34</sup>.

Odete Medauar<sup>35</sup> lança seu entendimento sobre a concessão uso e o arrendamento de bem público:

(...) Concessão de uso – é o contrato administrativo pelo qual a Administração consente que particular utilize privativamente bem público. Qualquer tipo de bem público pode ser objeto de concessão de uso. Em geral, a concessão se efetua para uso conforme à própria destinação do bem, ou seja, é inerente a esse tipo de bem o uso privativo, no todo ou em parte, de particular, como é o caso de boxes em mercados municipais, dependências de aeroportos, de portos, de estações rodoviárias, cantinas de escolas. Depende de autorização legislativa. Sendo contrato, deve ser precedido de licitação, na modalidade de concorrência, salvo nas exceções legais, como prevê a Lei Orgânica do Município de São Paulo quando se destinar à concessionária de serviço público ou a entidades assistenciais (art. 114, § 2º).

(...)

Para Marçal Justen Filho<sup>36</sup>:

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

---

34 Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, art. 5º: “Art. 5º A remuneração dos arrendatários e operadores portuários pautar-se-á pela prática de preços módicos, estabelecidos com os contratantes das operações portuárias”; e, Resolução nº 2.240, de 4 de outubro de 2011 (Norma de Exploração dos Arrendamentos Portuários de Uso Público), art. 5º: “Art. 5º. O tomador remunerará diretamente os serviços prestados pela contratada a preços condizentes com os praticados no mercado em regime de eficiência.”.

35 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998. p. 269/271

36 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p.623.

No caso portuário, a concessão por meio do arrendamento prevista na lei dos portos é clara no sentido de conceder a exclusividade na exploração de instalações portuárias públicas.

O Arrendamento portuário tem possuí origem em interesse de exploração de atividade portuária por particular, que apresenta formalmente o interesse para a autoridade portuária, apontando a área pretendida e o sistema operacional (tipo de carga e volume), para ao final requerer a abertura de certame licitatório.

Como já assentado, as principais normas de regência para os arrendamentos portuários são a Lei nº. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, conhecida como Lei de Modernização dos Portos; a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Lei nº. 10.233, de 5 de junho de 2001, que é a lei de criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários; o Decreto nº. 4.391, de 26 de setembro de 2002, que dispõe sobre o arrendamento de áreas e instalações portuárias (inaplicável aos portos marítimos); a Resolução nº. 55 – ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002, com as alterações da Resolução nº. 126 – ANTAQ, de 13 de outubro de 2003; pela Resolução nº. 238 – ANTAQ, de 30 de junho de 2004, que regulamentam o arrendamento de áreas e instalações portuárias e o Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008.

O Tribunal de Contas da União – TCU, também se manifestou, por meio da Instrução Normativa nº 27/98, a qual versou sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização.

Com o advento da Lei dos Portos, os arrendamentos portuários começaram a ser implementados pelas Autoridades portuárias competentes. Esses arrendamentos, como determina a lei foram precedidos de licitação, obedecendo, no início à modelagens variadas, próprias de cada autoridade portuária, tendo em conta a inexistência à época de qualquer norma de padronização. Eram respeitadas apenas as cláusulas essenciais do contrato de arrendamento (art. 4º, § 4º) e a Lei de Licitações cuidava das questões vinculadas à elaboração do edital e do procedimento do certame (art. 40 c/c art. 43).

Posteriormente, com a criação da ANTAQ (Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001) houve maior dedicação da administração pública no aperfeiçoamento das normas que regem os procedimentos relativos aos arrendamentos portuários. Passou a ser exigida a elaboração de estudo de viabilidade econômico-financeira para indicar o preço do arrendamento do bem público e a realização de audiência pública para obter críticas e sugestões dos potenciais interessados no projeto.

Primeiramente é necessário que o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento – PDZ do Porto esteja atualizado, ou seja, que a área a ser arrendada ainda preserve a vocação que lhe foi conferida na elaboração do PDZ.

## Capítulo 3

### CONCLUSÃO

#### Do cerne da Controvérsia

O grande cerne da disputa entre Terminal Privativo de Uso Misto e as arrendatárias dos Terminais de Uso Público é a alegação de competitividade desleal pela modalidade privativa. O fundamento é que a livre movimentação de cargas de terceiros pelos terminais privativos caracterizam a prestação de serviço público idêntica a qual as empresas arrendatárias tem que se submeter à procedimentos licitatórios e regras rígidas de modicidade tarifária e outras decorrentes da contratação com o Poder Público, enquanto os terminais privativos não possuem tantos encargos e exigências, praticam preços livres e não se submetem à procedimento licitatório.

Os arrendatários de terminais de uso público avançam sobre a natureza jurídica do terminal privativo, alegando que os mesmos não poderiam movimentar quantidade de carga de terceiros superior à carga própria, pois isso afetaria a sua natureza jurídica.

As críticas ganharam ressonância após um grande trabalho de pressão política, capitaneado pela Associação Brasileira dos Terminais de Contêineres de Uso Público ABRATEC.

Esse trabalho político árduo trouxe diversos doutrinadores se posicionando pela impossibilidade de movimentação de cargas de terceiros em terminais de uso privativo misto em quantidade superior ao de carga própria. Tal pressão culminou na criação do Decreto nº 6.620, de 2008, o qual, pela primeira vez, de forma inconstitucional, alterou a Lei dos Portos para lançar conceitos não previstos na legislação portuária e causou um grande caos no setor portuário.

O art. 2º, inciso X, do referido Decreto definiu: *“X - Carga de Terceiros - aquela compatível com as características técnicas da infra-estrutura 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.”*

O Decreto, portanto, modificou o conceito de carga de terceiros e obrigou a sua movimentação pelos terminais privativos apenas na situação de serem cargas compatíveis



técnica e economicamente com as cargas próprias as quais se informou que seriam movimentadas no terminal, bem como só ocorreriam de forma eventual e subsidiária à movimentação das cargas próprias.

Em outras palavras, o que fez o Decreto foi praticamente abolir a possibilidade de movimentação de cargas de terceiros por terminal privativo, relegando-a a uma restrição quase completa.

Ao ver dos ditames do art. 1º a 6º da Lei dos Portos, a referida regulação e intervenção econômica do Decreto violou os princípios e ditames expressos, incorrendo em ilegalidade por desrespeito à hierarquia das normas, uma vez que trouxe novas determinações e modificações legislativas por meio de Decreto, tornando-o superior à lei ordinária.

Havendo movimentação de carga própria, não se enxerga razão para não ser autorizada a movimentação de carga de terceiros em terminal misto. Assim estabeleceu a Lei dos Portos, cujos direitos foram estabelecidos sob a proteção da reserva legal, não podendo, assim, a norma infra-legal promover alterações substantivas. Não é a quantidade de carga própria ou de terceiros que irá determinar a natureza da atividade de vez que a própria lei não estabeleceu quantitativos mínimos operacionais de cada tipo de carga.

Ocorre que os defensores dos terminais de uso público arrendados continuaram utilizando de sua força financeira e política e fizeram com que essa regra se consolidasse no setor nos últimos anos, tornando a outorga de autorização para terminais privativos de uso misto, um instrumento em desuso, haja vista que na prática todos seriam terminais privativos de movimentação quase exclusiva de carga própria.

O ex- Secretário de Portos e hoje Diretor da ANTAQ, Pedro Britto, defende os arrendamentos com as seguintes considerações<sup>37</sup>:

(...) O porto tem que ser público porque presta um serviço para a coletividade, para o grande ou para o pequeno importador ou exportador, e porque são equipamentos estratégicos que dependem dos investimentos em infraestrutura para funcionar com eficiência. É simples, e não há como fugir dessa obviedade.

Há ainda um agravante que merece destaque. Os terminais de contêineres têm um ganho significativo de redução de seus custos unitários (pela diluição dos custos fixos por uma quantidade maior de contêineres movimentados) que deve ser compartilhada com os usuários. Justamente aí é que entra o papel regulador do

---

37 BRITTO, Pedro. *Muito a navegar. Uma análise logística dos portos brasileiros*. Rio de Janeiro: Topbooks. 2010. p. 48.

Estado, garantindo tarifas módicas, tratamento isonômico para todos os usuários, grandes ou pequenos, e a continuidade dos serviços a serem prestados. São as características usuais de um serviço público. Caso contrário, é evidente que os terminais, sem o poder regulatório do Estado, capturariam em seu próprio benefício os resultados das economias de escala e poderiam escolher os melhores clientes, renegando os menos rentáveis.

(...)

Ao contrário do que às vezes se apregoa, nos setores que apresentam falhas de mercado importantes e nos setores de infraestrutura, em especial, a regulação de mercado existe para possibilitar a operação eficiente, com os menores custos possíveis, garantindo ao mesmo tempo taxas de retorno compatíveis com os elevados investimentos realizados. Por isso, a regulação, nesses casos, passa também pela definição de um número suficiente de ofertantes, capaz de garantir a captura das economias de rede inerentes à atividade, em prol da redução de preços e do interesse da coletividade.

Em que pese a notória experiência do Autor, nos parece um tanto quanto leviano o posicionamento econômico por ele defendido. Não há a menor dúvida de que a regulação econômica do mercado portuário é necessária, ocorrendo a intervenção do Estado sempre que houver abuso ou prejuízo para o usuário, inclusive a intervenção, no nosso país, é obrigatória em face do Código de Defesa do Consumidor<sup>38</sup>.

E o que se verifica em questão é a existência de robustos requisitos de vultosos investimentos e de fiscalização absolutamente semelhantes em ambos os casos. O que se observa também dos arrendamentos após a lei dos portos é que os mesmos possuem ampla liberdade de tarifas, assim como os Terminais Privativos. Isso fica bem claro do estudo realizado pela Universidade de Brasília, o qual será abordado na conclusão do presente trabalho.

A crítica à movimentação de cargas de terceiros pelos terminais privativos segue com outros fundamentos não só de ordem econômica, mas também jurídica. Osvaldo Agripino de Castro Júnior e César Luiz Pascold<sup>39</sup> afirmam que há assimetria jurídica entre os terminais de uso privativo e os arrendados. A afirmação é proferida com base nos fundamentos de que:

---

38 Art. 51, do Código de Defesa do Consumidor.

39 JÚNIOR, Osvaldo Agripino de Castro; PASCOLD, César Luiz. *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum. 2010. p. 171.

a) o terminal de uso público arrendado tem obrigatoriedade de licitação e o privativo não, o que geraria custos monetários maiores para os arrendatários;

b) No arrendamento há cláusula obrigando que os bens sejam revertidos ao Poder Público ao fim da concessão, enquanto o terminal de uso privativo pode comercializar livremente as benfeitorias edificadas;

c) O arrendatário, por prestar serviço público é obrigado a atender a todos os tipos de carga, a qualquer momento e o terminal privativo não; e

d) O processo para concessão de arrendamento é muito mais moroso que o de outorga de autorização de terminal privativo de uso misto, bem como ambos promovem uma concorrência direta entre si quando o terminal privativo de uso misto opera carga de terceiros, a gerar situação não isonômica.

Percebe-se, novamente, que as críticas tomam um tom econômico, atestando que os terminais arrendados possuem encargos superiores e que os terminais privativos de uso misto não podem concorrer diretamente com eles, pois possuem vantagens econômicas.

Essas são as considerações dos defensores das empresas arrendatárias, para que a movimentação de carga de terceiros seja extinta ou, no mínimo, mantida nos termos do Decreto 6.620, de 2008, ou seja, em caráter eventual, subsidiário e com a mesma característica da carga própria do Terminal de Uso Privativo.

Passemos a analisar a pertinência dos argumentos dos Arrendatários.

## **Dos Estudos da UnB e do BNDES**

A grande controvérsia acerca da simetria (ou não) jurídica dos regimes de exploração portuária dos terminais privativos de uso misto e os terminais de uso público arrendados rendeu a confecção de dois grandes estudos jurídico-econômicos que abrangeram, além de outros fatores, essa discussão.

O primeiro deles foi realizado pelo BNDES, em agosto de 2011, no Rio de Janeiro e teve por objeto a “Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro Diagnóstico: Avaliação de Casos de Sucesso e Lições Aplicáveis ao Setor Portuário Brasileiro”.

Algumas conclusões do referido estudo são de grande ajuda para o entendimento e posicionamento acerca da simetria jurídica entre os terminais privativos de uso misto e os terminais de uso público arrendados.

Um trecho importante do estudo, que esclarece a questão em que se coloca a premissa de que o terminal de uso público arrendado possui regulação no preço praticado, enquanto que o terminal de uso privativo misto tem a liberdade de preço, o que geraria uma competição desleal.

O estudo do BNDES é bem claro, em sua p. 80, do seu volume – Diagnóstico – Caracterização do Ambiente Regulatório<sup>40</sup> – afirmando:

No que se refere à licitação, os usuários indicaram nas entrevistas que o critério de julgamento para os arrendamentos não é o melhor. Isso porque o critério utilizado sempre envolve a “maior oferta” (conforme o art. 13, VI, “a”, da Resolução 55/2002), o qual, afirmam, tem prejudicado o setor. Os usuários argumentam que o valor pago pelo arrendatário à autoridade portuária leva a um aumento no valor cobrado pelo operador na prestação dos serviços portuários, drenando os escassos recursos do setor.

Ademais, sob o ponto de vista eminentemente jurídico, há quem defenda que o critério da maior oferta, sem uma justificativa adequada, seria um fator ofensivo ao princípio da modicidade tarifária, na medida em que contribui desnecessariamente para onerar o valor dos preços cobrados pelos arrendatários.<sup>107</sup> Ressalte-se que tal crítica não ficaria restrita ao setor portuário, mas atingiria também a concessão de outros serviços públicos (como a concessão de rodovias, por exemplo).

Fica bem claro que os moldes em que são licitados e regulados os terminais de uso público não garantem qualquer modicidade tarifária ao usuário, pelo contrário. A grande conclusão é de que há, sim, prática de preço livre pelo Arrendatário, limitada ao abuso contra o consumidor, nos moldes do art. 51, do CDC. Contudo, tal limitação alcança, da mesma forma os terminais privativos de uso misto, caracterizando simetria jurídica entre os regimes nesse ponto.

Outro ponto em que o estudo traz fim à qualquer alegação de assimetria, é em relação aos maiores custos dos terminais arrendados, em razão da maior exigência dos contratos de arrendamento em detrimento da autorização. Trata-se de afirmação que não se comprova na prática. O referido estudo concluiu que as cláusulas exigidas no contrato de

---

40 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. *Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro Diagnóstico: Avaliação de Casos de Sucesso e Lições Aplicáveis ao Setor Portuário Brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011. p. 80.

adesão para outorga de autorização portuária são as mesmas existentes nos contratos de arrendamento<sup>41</sup>.

A conclusão cabal de simetria jurídica extrai-se do seguinte trecho<sup>42</sup>:

Também se pode apontar a ausência de consistência no fato de que, embora a operação de terminal privativo (de uso exclusivo ou misto) seja normalmente reputada como atividade econômica (de titularidade privada, portanto), há obrigações típicas de serviço público criadas pela Resolução 1.660/2010, como a obrigação de prestar os serviços portuários de modo isonômico, não discriminatório, e com preços módicos (art. 14, XXI). Igualmente, o contrato de adesão possui prazo de 50 anos (Anexo G da Resolução 1.660/2010).

Portanto, as normas que disciplinam os terminais privativos de uso exclusivo e misto não são consistentes, havendo a coexistência de regimes jurídicos diversos para terminais que possuem a mesma finalidade.

Tem-se, portanto, clareza nos fundamentos do estudo no sentido de que os regimes aqui debatidos, em verdade, labutam em ambiente isonômico de tratamento

Essa conclusão é ainda mais robusta e técnica no outro estudo realizado sobre o tema, dessa vez pela Universidade de Brasília – Unb.

Tratou-se *Estudo comparativo das estruturas de custos e avaliação de projetos/investimentos entre terminais portuários de uso público e terminais portuários de uso privativo misto*, realizado em Brasília, em março de 2012.

O referido estudo buscou dar números e conclusões finais sobre os argumentos jurídico e econômicos levantados no imbróglio entre os terminais de uso privativo e uso público.

---

41 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. *Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro Diagnóstico: Avaliação de Casos de Sucesso e Lições Aplicáveis ao Setor Portuário Brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011. p. 82

42 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. *Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro Diagnóstico: Avaliação de Casos de Sucesso e Lições Aplicáveis ao Setor Portuário Brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011. p. 92

Na mesma linha de conclusão do estudo do BNDES, a UnB conclui pela total simetria jurídica entre os regimes de exploração portuária privativos de uso misto e público mediante arrendamento licitado.

Em análise das normas jurídicas aplicáveis às modalidades, o estudo conclui de forma cabal pela inexistência de assimetria. Após, passa a uma análise econômica minuciosa e tem a mesma conclusão:

O objeto desta análise é destacar, dentro do marco jurídico do setor portuário marítimo brasileiro, a possibilidade de existência de assimetria normativa, ou seja, descrever os diferentes tratamentos jurídicos dados aos terminais públicos arrendados e aos terminais de uso privativo. Essas diferenças podem gerar benefícios econômicos a um ou a outro tipo de terminal. Também destacamos instrumentos jurídicos já existentes que possam ser acionados para eliminar as assimetrias, caso se reflitam em benefícios para um dos tipos de terminal. Algumas observações entre estes dois tipos de contrato merecem destaque:

a.1) Prazo

Em ambos os contratos há a obrigatoriedade de o mesmo ser firmado pelo prazo máximo de 25 anos renovável uma única vez por igual período. Portanto, o argumento da perpetuidade não se justifica.

a.2) Reversibilidade dos Bens

A Lei 8.630 define como cláusulas essenciais, entre outras, a de reversibilidade de bens à União para os contratos de arrendamento. Nestes contratos está explícito que os bens serão revertidos à União com justa indenização ao término do contrato. Já a Resolução ANTAQ 1.660 (cláusula 13 do modelo de contrato de adesão) define como irreversíveis os bens móveis e imóveis. Mas caso a União opte pela exploração do terminal os bens serão revertidos com justa indenização.

a.3) Informações Periódicas à ANTAQ

Para ambos os contratos, a Lei 8.630 determina a obrigatoriedade do fornecimento de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto à ANTAQ, preceito este que se encontra também na resolução 55, artigo 29 2, incisos II e IV, da agência. As informações que devem ser disponibilizadas referem-se aos serviços e preços e ao desempenho operacional. O artigo 29 2, inciso IV, explicita que a Autoridade portuária pode fixar o padrão que desejar para a apresentação das informações sobre desempenho operacional. Uma padronização universal dessas informações é altamente desejável, pois permitiria uma análise comparativa de portos de diferentes tipos e regiões. A resolução ANTAQ 1.660, em seu artigo 14 2, inciso V, define a obrigatoriedade de a autoridade enviar mensalmente informações de preços, carga movimentada e procedimentos operacionais dos serviços portuários. O inciso VI do mesmo artigo obriga às

autorizadas o fornecimento de informações de interesse da ANTAQ e demais autoridade competentes.

• a.4) Gestão da Mão-de-obra do Trabalho Portuário Avulso

A Lei 8.630 estabelece em seu artigo 18 que cada porto organizado constitua um Órgão de gestão de mão-de-obra (OGMO). Subentende-se, portanto, que somente os terminais públicos estarão sujeitos a esta legislação. Porém, a Resolução ANTAQ 1.660, em seu artigo 31 2 , diz que quando a ANTAQ identificar precarização da mão-de-obra ou conflito de âmbito concorrencial, a agência pode determinar a Autorizada contratar compulsoriamente mão-de-obra junto ao OGMO.

a.5) Cronograma de Investimentos

Pela Lei 8.630, ambos os terminais terão como cláusula essencial nos respectivos contratos a obrigação de execução de obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, apresentando seus cronogramas de execução física e financeira. Especificamente sobre investimentos, os contratos de adesão não prevêem necessidade de apresentação. Porém, nos relatórios técnicos necessários para a aprovação da autorização faz-se necessária a apresentação de um cronograma de investimentos.

(...)

Portanto, não encontrando impacto econômico financeiro relevante gerado por assimetria regulatória gerado por terminais arrendados e privativos, observamos que essas assimetrias geram desconfortos aos regulados. Isto é, não existem evidência de que as diferenças regulatórias entre terminais arrendados e privativos acarretem desvantagem concorrencial a qualquer dos tipos de terminal, isto é nenhum tipo de terminal apresenta ineficiências relativamente aos outros terminais que seja proveniente das diferenças das normas legais que regem os tipos de outorga.

Dessa maneira, ficou tecnicamente estabelecida a total isonomia de tratamento legal aos dois tipos de regime, não sendo defensável a continuidade dos fundamentos de concorrência desleal.

## Conclusão

A conclusão do presente trabalho é que o porto organizado e o terminal portuário de uso privativo misto podem e deve movimentar carga de terceiros, com vistas à fomentar a concorrência e, conseqüentemente a eficiência e a modicidade de preços para o mercado portuário, atendendo às diretrizes de prestação de serviço eficiente ao consumidor final.

Afinal, com a Lei dos Portos foi mantida a estrutura portuária pública, foram privatizados os serviços portuários e foi ampliada a infra-estrutura portuária privada e o escopo de movimentação de mercadorias de terceiros nessas instalações.

O cenário portuário nacional mudou com embasamento constitucional, uma vez que a Constituição Federal designou a Lei Federal para disciplinar sobre regime de portos. Assim o fez a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, cujos acertados critérios de classificação das modalidades portuárias foram, posteriormente, confirmados mediante novos preceitos legais específicos, constantes dos artigos 13 e 14 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

A atividade econômica portuária não é enquadrada sob regime de concessão (uso público) ou de autorização (uso privativo), porque tenha sido encampada pela competência da União, mas em razão da roupagem dessa ou daquela modalidade portuária criada pela Lei.

Assim, o comprometimento de infra-estrutura portuária pública da União será, evidentemente, enquadrado como concessão.

Diferentemente, a aplicação de bens particulares em terminais portuários não caracteriza modalidade de uso público, mormente ao se considerar que os serviços portuários do porto público organizado são prestados em regime de livre eleição e contratação pelos tomadores dos respectivos serviços.

Em se tratando a movimentação de mercadorias nos portos de prestação de serviços abertos a todos os operadores portuários privados - a despeito de serem prestados em portos públicos organizados concedidos e delegados - com muito maior razão a movimentação de mercadorias nos terminais particulares tipifica uma modalidade portuária de uso privativo misto.

Construir e aparelhar as instalações portuárias particulares para pleitear contemplação serem exploradas como terminal de uso privativo, mediante o recebimento de autorização da ANTAQ e celebração de contrato com terceiros regido pelo Código Civil Brasileiro, a ser celebrado com os tomadores dos serviços sem participação ou responsabilidade do poder público, mediante direitos assegurados pelo Código dos Consumidores.

A competência constitucional da União é relativa à exploração (direta ou mediante concessão) dos portos públicos organizados, enquanto que a execução das operações portuárias e a utilização do domínio útil de terminais portuários de uso privativo constitui atividade econômica dependente apenas de autorização.



A competência é de direito público, que se exaure com a outorga. Portanto, o objeto da delegação poderá, ou não, ser serviço público federal, dependendo do regime jurídico adotado, de acordo com os critérios legais, consoante a Constituição Federal.

Portanto, como visto no presente trabalho, não há qualquer comprovação de impacto jurídico ou econômico-financeiro causado pela diferente regulação normativa em relação aos terminais de uso público arrendados e os Terminais de Uso Privativo.

Conforme expressamente se extrai do estudo do BNDES, o grande problema do imbróglio foi que o legislador, quando da confecção da Lei 8.630/93, não resolveu a questão de quantidade de carga própria ou de terceiros necessária, de modo que qualquer interpretação infra-legal caracterizaria usurpação de competência baseada na hierarquia constitucional das leis. Isso porque não se trata de mera quantificação de preceito legal, mas de verdadeira decisão legislativa sobre o mercado e as diretrizes portuárias.<sup>43</sup>

Por essa razão, o Decreto 6.620, de 2008, é inconstitucional no que tange à definições acima da lei do que seriam os limites de movimentação de carga de terceiros nos terminais privativos de uso misto, pois o próprio legislador não apontou um caminho claro para isso.

Em total consonância com os Estudos do BNDES e UnB aqui apresentados, bem como para comprovar totalmente o viés legislativo de fomento à existência de movimentação de carga de terceiros pelos terminais privativos de forma livre, de modo a concretizar a livre competição, a prática de preços mais módicos aos consumidores, sobreveio a Medida Provisória nº 595, a qual fulminou com qualquer dúvida acerca da quantidade de movimentação de cargas de terceiros.

---

43 Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. *Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro Diagnóstico: Avaliação de Casos de Sucesso e Lições Aplicáveis ao Setor Portuário Brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011. p.94: “Outro ponto que mostra essa falta de clareza consiste na ausência de delimitação clara quanto às atividades portuárias que são consideradas como serviços públicos daquelas que não são. Isso gerou, em última análise, a discussão atualmente existente entre terminais públicos e privativos. Frise-se que, se a Lei dos Portos tivesse sido clara a esse respeito, seria possível questionar a constitucionalidade da delimitação por ela realizada. Assim, se a lei tivesse estabelecido de forma inequívoca que, nos terminais privativos de uso misto, não há necessidade de preponderância de carga própria, seria possível debater a questão apenas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade (ou de uma ação declaratória de constitucionalidade). Contudo, não se poderia questionar os atos administrativos emitidos pela ANTAQ que autorizaram terminais privativos de uso misto a operarem com carga de terceiros, mesmo em caráter predominante”.

A MP aboliu qualquer distinção entre carga própria e de terceiros, extinguindo qualquer discussão<sup>44</sup> acerca da quantidade de movimentação de uma ou de outra carga. A MO deixou claro que os terminais privativos de uso misto podem movimentar cargas de terceiros livremente, por conta e risco de seus investidores.

Em conclusão, tem-se que a discussão está superada, contudo, o Poder Judiciário, por meio da ADPF nº 139, que tramita no STF, ainda vai se manifestar sobre a questão, bem como o TCU, nos autos do processo TC nº 015.916/2009-0.

---

44 Exposição de motivos da MP 595: *“O novo marco proposto elimina a distinção entre movimentação de carga própria e carga de terceiros como elemento essencial para a exploração das instalações portuárias autorizadas. Nada obstante a existência de dois regimes – um dentro do porto e outro fora dele – a exploração dos portos organizados e instalações será por conta e risco dos investidores”*

## REFERÊNCIAS

- BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. *Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência de Gestão do Setor Portuário Brasileiro Diagnóstico: Avaliação de Casos de Sucesso e Lições Aplicáveis ao Setor Portuário Brasileiro*. Rio de Janeiro. 2011.
- BESERRA, Benjamin Caldas Gallotti. *A Autorização Federal para o Desenvolvimento de Serviços Portuários - A Modelagem da Privatização do Setor Portuário*. Brasília: Atame. 2010.
- BESERRA, Benjamin Gallotti. *Análise Histórica do Setor Portuário*. s.n. Brasília. 2012.
- BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. Brasília: Gráfica Alpha. 2005.
- BRITO, Pedro. *Muito a navegar. Uma análise logística dos portos brasileiros*. Rio de Janeiro: Topbooks. 2010
- BRUNA. Sérgio Varella. *Agências Reguladoras – Poder Normativo – Consulta Pública – Revisão Judicial*, Editora: Revista dos Tribunais, 2003.
- CARVALHO. Francisco Edivar, *Trabalho Portuário Avulso, Antes e Depois da Lei de Modernização do Portos*, Editora: LTR, São Paulo, 2005.
- CATHARINO. José Martins, *O Novo Sistema Portuário Brasileiro*, Editora: ABTP, Rio de Janeiro, 1994.
- Faria. Sérgio Fraga Santos. *Introdução ao Estudo da Atividade Portuária*, EDUFBA, Salvador, 1995.
- FARIAS, Sara Jane Leite de. *Regulação jurídica dos serviços autorizados – Ed. Lumen Juris – Rio de Janeiro, 2005*
- FARIA, Sérgio Fraga Santos. *Transporte Aquaviário e a modernização dos portos*, Editora: Aduaneiras, 1ª Edição, São Paulo, 1998.
- FILHO, José. Manual dos Santos Carvalho. *Direito Administrativo*. 10ª Ed. Editado por João de Almeida e João Luiz da Silva Almeida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FONSECA, Fernando José de Pádua Costa et alii. *Direito portuário: contratos, regulação e mercado (conclusões do III Seminário sobre direito portuário)*. Brasília: IP, 2011.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª Ed. Guarulhos: Saraiva, 2006

- GEIPOT, *A Reforma Portuária Brasileira, na gestão de Carlos Alberto Wanderley Nóbrega*, Brasília, 2001.
- GILBERTONI. Carla Adriana Comitre, *Teoria e Prática do Direito Marítimo*, Editora: Renovar, 2ª Edição, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, 2005.
- GONÇALVES, Vera Olímpia, *Manual do Trabalho Portuário e Ementário*, coordenado por José Luiz Linhares, Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego – SIT/MTE, Brasília, Edição 2002.
- GUEDES. Jefferson Carús; HAUSCHILD. Mauro Luciano; JÚNIOR. Otávio Luiz Rodrigues, *Direito Portuário: contratos, regulação e mercado (conclusão do III seminário sobre Direito Portuário)*, Editora: IP, Brasília, 2011.
- JÚNIOR, Osvaldo Agripino de Castro; PASCOLD, César Luiz. *Direito portuário, regulação e desenvolvimento*. Belo Horizonte: Fórum. 2010.
- MANTELI. Wilen, *A nova abertura dos portos 1993, a luta pela modernização dos portos brasileiros – Lei 8.630*, Editora: Palomas, 1ª edição, Porto Alegre, 2012.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2002
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª Ed. 2ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 1999
- NETO. Arnaldo Bastos Santos; VENTILARI. Paulo Sérgio Xavier, *O Trabalho Portuário e a Modernização dos Portos*, Editora: Juruá, Curitiba, 2000.
- NETO. Manoel Tomaz Pereira, *Legislação Portuária Compilada (Lei 8.630/93 e Normas Correlatas)*, 4ª edição, Santos SP.
- OLIVEIRA. Carlos Tavares de, *Modernização dos Portos*, Editora: Aduaneiras, 2ª Edição, São Paulo, 1996.
- PASOLD. Cesar Luiz, *Lições Preliminares de Direito Portuário*, Conceito Editorial, São José – SC, 2007.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *Direito Administrativo*, Editora Atlas S. A., 13ª Edição, São Paulo, 2001.
- PINTO, Cristiano Araújo; FLEURY, Ronaldo Curado. *A modernização dos portos e as relações de trabalho no Brasil*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- PORTO, Marcos Maia. *Portos e o desenvolvimento*. São Paulo: Edições Aduaneiras. 2007.

SILVA, Francisco Carlos de Moraes. *Direito Portuário. A modernização dos portos brasileiros. Lei n. 8.630*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SIQUEIRA, Geneide Machado Antunes de et alii. *Direito portuário: contratos, regulação e mercado (conclusões do III Seminário sobre direito Portuário)*. Brasília: IP, 2011.