

UMA ANÁLISE DA COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANTAQ NO CASO DO CONTRATO DE USO TEMPORARIO¹

AN ANALYSIS OF ANTAQ'S REGULATORY COMPETENCE IN THE CASE OF THE AGREEMENT FOR TEMPORARY USE

Ana Luiza Becker Salles²

SUMÁRIO 1. INTRODUÇÃO 2. SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO 3. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS 4. A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS 5. O SURGIMENTO DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO 6. A VALIDADE DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

RESUMO

O Contrato de Uso Temporário (CUT) é um importante mecanismo utilizado pelas administrações portuárias para a atração de cargas e investimentos ao porto organizado. Tal instrumento foi normatizado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e, apesar de seus reconhecidos benefícios econômicos, em virtude de não decorrer de expressa previsão legal e possibilitar a utilização da área pública sem licitação levantou questionamentos dos órgãos de controle. Assim, o presente trabalho buscou analisar: (i) o surgimento das agências reguladoras no Brasil; (ii) as características dos órgãos reguladores; (iii) o modo como é desenvolvido o poder normativo das agências reguladoras no Direito Pátrio; (iv) as características e competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); (v) em qual contexto foi criado o CUT e quais são suas características; e, por fim, (vi) se a normatização do CUT, relacionado ao direito de acesso e uso da infraestrutura portuária, desbordou da competência normativa da ANTAQ.

PALAVRAS CHAVE: Contrato de Uso Temporário; Atividade Portuária; Agência Reguladora; Poder Normativo.

¹ Artigo científico elaborado sob a orientação do Prof. M.e Marco Aurélio de Barcelos Silva, apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito parcial para obtenção título de Especialista em Direito Administrativo.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pós Graduanda em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogada.

ABSTRACT

The agreement for temporary use (AFT) is an important mechanism used by port administrations to attract cargo and investments to the organized port. This instrument had been created by the ANTAQ (National Waterways Transportation Agency) and, despite its recognized economic benefits, because it was not based on express legal provisions, and allowed the use of public areas, without bidding, the instrument raised questions from the control authorities. Therefore the present work sought to analyze: (i) the development of regulatory agencies in Brazil; (ii) the characteristics of regulatory institutions; (iii) how the regulatory power of regulatory agencies is developed according to Brazilian legal system; (iv) the characteristics and competencies of the National Waterway Transportation Agency (ANTAQ); (v) in which context the AFT was created and what are its characteristics; and, finally, (vi) if the regulation of the AFT, related to the right of access and use of the port infrastructure, went beyond the normative competence of ANTAQ.

KEY WORDS: Agreement for temporary use, Port Activity; Regulatory Agency; Normative Power.

1. INTRODUÇÃO

Com a finalidade de fomentar utilização de área ociosas, atrair cargas com mercado não consolidado³ e possibilitar o apoio temporário para atividades *offshore* no Porto Público, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) normatizou um instrumento denominado Contrato de Uso Temporário (CUT). Este tipo contratual específico possibilita a exploração, em caráter excepcional, sem exclusividade, de uma determinada área portuária, inserida na área da poligonal de um Porto Organizado⁴, por um prazo de até trinta e seis meses, quando se tratar de cargas novas, ou até sessenta meses, quando se tratar de um serviço decorrente de um contrato para atendimento de plataformas de exploração *offshore*⁵, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, inclusive aquela relativa à área disponibilizada.

Em virtude de não decorrer de expressa previsão legal e possibilitar a utilização da área pública sem licitação, muito se discute a validade e a legalidade desse instrumento

³ O art. 2º da Resolução Normativa nº 7 - ANTAQ, de 30 de maio de 2016, conceitua Carga com Mercado não consolidado como: VIII - carga com mercado não consolidado: mercadoria não movimentada regularmente no porto nos últimos 5 (cinco) anos, tendo demandado, em média, menos de uma atracação mensal no mesmo período.

⁴ Porto Organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição da Administração do Porto.

⁵ Atividades de apoio *offshore* ou serviços para atendimento de plataformas de exploração *offshore* são as atividades que apoiam a extração de hidrocarbonetos (petróleo e gás natural) nas plataformas localizadas fora da costa (*offshore*). Essas atividades muitas vezes necessitam de uma base localizada em uma instalação portuária para a movimentação e armazenagem de equipamentos que serão utilizados nas plataformas. Essa base de apoio costuma ser por um curto período de tempo, por exemplo, enquanto se está identificando a capacidade de determinado campo de petróleo.

contratual criado pela ANTAQ, órgão regulador da atividade portuária no Brasil. O CUT foi normatizado pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, e é atualmente regulado pela Resolução Normativa nº 7-ANTAQ, de 30 de maio de 2016.

Sob o ponto de vista econômico, é cediço que esse tipo de contratação fomenta a atividade portuária. Corroborando tal assertiva, um acórdão proferido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), nos autos do Processo no TC 046.138/2012-9 (n 1.514/2013), apontou que no Estado de Alagoas, os investimentos decorrentes de um CUT foram de cerca de 12 (doze) milhões de reais e geraram 800 (oitocentos) empregos diretos e indiretos. Uma operação realizada no Estado do Rio Grande do Sul com esse modelo de contratação, ainda nos moldes da Resolução nº 2.240-ANTAQ, foi responsável pelo aumento de arrecadação da Superintendência de Portos e Hidrovias na ordem de 20% (vinte por cento) e gerou mais 2 (dois) mil empregos diretos e indiretos⁶.

Entretanto, mesmo sendo um instrumento de caráter precário e que não garante exclusividade na utilização da área, em setembro de 2014, como não se exige a realização de certame licitatório, o Ministério Público Federal (MPF) moveu uma ação civil pública em face da ANTAQ,⁷ objetivando a declaração da nulidade dos artigos relativos ao uso temporário das instalações portuárias previstos na Resolução nº 2.240 - ANTAQ. O MPF alega que a referida resolução cria forma de contratação com o Poder Público – uso temporário – mediante processo de seleção simplificada, ou seja, sem prévia licitação, violando o art. 37, XXI, da CF/88, bem como o art. 2º da Lei nº 8.666/93 e os artigos 1º, 4º e 8º da Lei nº 12.815/13.

Em sentença, com eficácia *erga omnes*, a 4ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Espírito Santo julgou procedente a pretensão do MPF, reconhecendo a incompatibilidade dos dispositivos da Resolução nº 2.240 ANTAQ com a Lei nº 12.815/13 e o vício de nulidade da norma infralegal.

A agência reguladora recorreu da decisão defendendo a total legalidade do diploma normativo, além da inadequação da via eleita e a perda do objeto da demanda em razão do advento da Resolução Normativa nº 7 – ANTAQ, de 30 de maio de 2016 (que revogou a

⁶ A Superintendência de Portos e Hidrovias do Rio Grande do Sul possui cinco Contratos de Uso Temporário firmados, quatro no Porto Organizado de Porto Alegre para atividades de apoio *offshore* e um no Porto Organizado de Pelotas para a movimentação de carga não consolidada no Porto.

⁷ BRASIL. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO. 4ª Vara Federal. AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0006647-60.2014.4.02.5001, Ministério Público Federal, Agência Nacional de Transportes Aquaviários. Autuado em 02/10/2014.

Resolução nº 2.240 – ANTAQ). Em virtude da revogação, o MPF pediu desistência da ação. O Recurso de Apelação ainda está pendente de julgamento.

Apesar de ter sido proferida sentença julgando procedente a ação ajuizada pelo MPF, os dispositivos relativos ao uso temporário foram mantidos no texto da Resolução Normativa nº 7 – ANTAQ. Ou seja, permanece sendo relevante a discussão quanto à legalidade do instrumento. Esse fato ganha ainda mais importância considerando que o CUT constitui uma modalidade contratual que fomenta a atividade econômica e atrai investimentos, estando presente em diversos portos do país, tendo sido autorizado pela ANTAQ em vinte um casos.

Questiona-se, portanto, se, ao criar a modalidade contratual do uso temporário, teria a ANTAQ desbordado os limites de sua competência normativa, editando ato normativo que não decorre diretamente de previsão legal, ou se tal ato seria o efetivo exercício do poder regulamentar das agências reguladoras, amparado pela sua competência técnica decorrente do fenômeno da deslegalização e por seu dever de incentivar o setor regulado.

Com o objetivo de obter subsídios para responder a este questionamento, o presente artigo busca analisar o seguinte: (i) o surgimento das agências reguladoras no Brasil; (ii) as características dos órgãos reguladores; (iii) o modo como é desenvolvido o poder normativo das agências reguladoras no Direito Pátrio; (iv) as características e competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); (v) em qual contexto foi criado o Contrato de Uso Temporário e quais são suas características; e, por fim, (vi) se a abrangência do CUT, relacionada ao direito de acesso e uso da infraestrutura portuária, desborda da competência normativa da ANTAQ.

Para responder a problemática, utilizou-se o método dedutivo e a abordagem utilizada no presente trabalho será tanto a pesquisa sócio-jurídica, tendo em vista a interdisciplinaridade inerente à matéria trabalhada, quanto à pesquisa dogmática, que analisa o ordenamento jurídico como um todo e possui por objetivo verificar a coerência do tema com o sistema jurídico e seus elementos.

Para tanto, serão utilizadas as formas de pesquisas exploratória e descritiva no presente trabalho, além de se utilizar dos procedimentos de pesquisa bibliográfica, utilizando fonte secundária, ou seja, livros e outros documentos bibliográficos; e da pesquisa documental, utilizando fonte primária, principalmente na análise de decisões atinentes à matéria, proferidas pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas da União.

2. SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO DIREITO BRASILEIRO

Diante da falência do modelo de Estado-empresário, nos anos de 1990, o Brasil adotou uma série de medidas voltadas para a modernização da estrutura estatal. A alteração do desenho da relação do Estado com a economia começou a ser sentida especialmente a partir das Emendas Constitucionais nº 5 e 8 de 1995, que abriram para a exploração privada os mercados de distribuição de gás e telecomunicações, bem como pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, que instituiu a chamada Reforma Administrativa, impulsionando o Estado brasileiro para um modelo de Estado gerencial ou regulador (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014).

Além disso, Sandrin (2016) aponta que a adoção de um modelo de Estado regulador veio a conformar com o que já havia sido estatuído pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 173, determina que, “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”⁸.

Nesse cenário, as agências reguladoras surgem no Brasil como decorrência da decisão política de se rever e reestruturar o papel social e econômico do Estado na economia brasileira, no sentido da máquina pública se retirar da execução de determinados serviços públicos e atividades econômicas estratégicas, abrindo espaço para a iniciativa privada. Em outras palavras, as agências reguladoras surgem no Brasil no âmbito do processo de privatização e modificação do papel estratégico do Estado (BARROSO, 2015).

De acordo com Almeida e Xavier (2012), a decisão de alterar o papel do Estado ocorreu diante do fracasso no exercício do papel de agente econômico, sendo necessária a alteração da sua forma de atuação na economia, deixando de ser um ator e passando a ser um agente normativo e regulador da atividade econômica.

Como apontado, até as reformas da década de 90, o modelo de Estado predominante era o Estado-empresário, que atuava direta e fortemente na economia, centralizando nele a exploração das atividades. De acordo com Pereira Neto, Lancieri e Adami:

Nesse contexto, o próprio Estado definia os parâmetros de prestação de serviços, como padrões técnicos e de qualidade, captava e planejava a realização de investimentos, fiscalizava o cumprimento de suas próprias determinações – sem mencionar, evidentemente, a exploração direta da atividade econômica em muitos casos (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014, p. 143).

⁸ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

Com essa modificação da atuação do Estado na economia brasileira, os serviços públicos e atividades econômicas estratégicas passaram a ser prestados por empresas privadas, mas permaneceram sob a responsabilidade do Estado, que passou a exercer um papel de regulação (BARROSO, 2015).

José dos Santos Carvalho Filho (2006) explica que a desestatização e os parâmetros necessários para a implantação do sistema de agências reguladoras no país foram trazidos pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que inicialmente alinhou as regras sobre o papel que viria a ser desempenhado pelo Estado, assim como por sua sucessora, Lei nº 9.491 de 9 de setembro de 1997, que formou o Programa Nacional de Desestatização (PND).

O rol de objetivos fundamentais do PND, expressos no art. 1º da Lei nº 9.491, demonstra claramente que o programa buscou transferir para a iniciativa privada as atividades não exercidas com excelência pelo Poder Público e permitir que a Administração Pública focasse nas atividades em que a presença do Estado é fundamental, como saúde e educação (CARVALHO FILHO, 2006). Assim, o PND buscou reordenar a posição do Estado na economia do país, como ilustra o dispositivo a seguir transcrito:

Art. 1º O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida;

III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada;

IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito;*(grifos nossos)*

Assim, com o implemento do PND, a atividade econômica passou a se concentrar nas mãos da iniciativa privada. Entretanto, conforme pontuado, mesmo se afastando da prestação da atividade em si, o Estado não poderia se eximir da responsabilidade de assegurar ao cidadão a prestação do serviço adequado pelos novos agentes econômicos. De acordo com Almeida e Xavier (2012), era “(..) necessário que o Estado permanecesse vigilante em relação a aspectos, como por exemplo, quanto aos direitos do consumidor, risco de formação de monopólios, qualidade da os serviços prestados, dentre outros”.

Surge então o Estado regulador e fiscalizador, em substituição ao Estado prestador direto de serviços públicos e explorador de atividades econômicas (BARROSO, 2015). Do reordenamento e transferência das atividades para a iniciativa privada deriva a necessidade de se criar mecanismos estatais de controle dos novos prestadores de serviço. Não se alterou o serviço ou a característica da atividade, mas somente os prestadores, que passaram a ser do setor privado. Nesse sentido, aduz José dos Santos Carvalho Filho:

Anteriormente, a Lei nº 8.031/90 usava o termo “privatização”, mas a nova ideia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria privatizar atividades, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da atividade ou serviço, **mas sim do executor da atividade ou serviço**”(CARVALHO FILHO, 2006, p. 289) .(grifos nossos).

Até o advento da privatização, quem exercia as atividades era o próprio Estado e, portanto, o controle realizado era *interna corporis*. O Estado controlava os serviços prestados pelo próprio Estado, mesmo que por meio de estruturas diversificadas, tendo em vista a organização administrativa direta e indireta. Com a delegação dos serviços para a iniciativa privada, surgiu a necessidade de o Estado se aparelhar para exercer o controle sobre aqueles que passaram a executar os serviços. O controle passou a ser externo, surgindo a figura do controlador (administração) e controlado (prestador do serviço concedido) (CARVALHO FILHO, 2015).

Diante da necessidade da criação de órgãos de controle e inspiradas na experiência de outros países, as agências reguladoras emergiram. À época, o legislador brasileiro optou por constituir as agências reguladoras sob a forma de autarquias, tendo em vista se tratar de estruturas jurídicas que já existiam no ordenamento jurídico pátrio (ALMEIDA; XAVIER, 2012) e eram comumente utilizadas para funções estatais.

Contudo, as novas autarquias foram criadas sob regime especial, em razão da sua atribuição fundamental, consistente no exercício da função regulatória. Além disso, optou-se pela nomenclatura de “agência”. Nesse sentido, leciona Carvalho Filho (2006):

Com o desenvolvimento do sistema de desestatização, tais “órgãos” foram sendo criados, sob a forma de autarquias de regime especial, e nominados de “agências reguladoras”, em virtude de sua atribuição fundamental: o exercício da função regulatória. Apesar da expansão de semelhante regime, entendemos que a única novidade foi a criação de autarquias especificamente voltadas para os setores desestatizados. Com efeito,

autarquias sempre foram concebidas para a execução de tarefas tipicamente estatais e, antes das novas agências, outras autarquias existiam com função de controle. **A novidade, repetimos, decorreu do inevitável atrelamento entre o programa de desestatização e as novas autarquias – agora cognominadas de “agências”.**(grifo nosso).

Além do controle da qualidade do serviço exercido pelo setor privado, as agências reguladoras ficaram encarregadas de executar as políticas públicas traçadas pela administração gerencial, promovendo a regulamentação e fiscalização das atividades para as quais o Estado deixou de ser o único empreendedor.

Barroso (2015) sintetiza as funções das agências reguladoras: regular o setor, nos limites da lei; fiscalizar cumprimento dos contratos; controlar tarifas e preços; fomentar a competição e arbitrar os conflitos entre poder concedente, concessionário e usuários. Assim sendo, suas atividades podem ser enquadradas em quatro grandes grupos: (i) atividade normativa, (ii) atividade fiscalizatória, (iii) atividade sancionatória e (iv) atividade julgadora e arbitral.

Entretanto, o pleno exercício dessas funções depende da garantia de autonomia decisória e financeira das agências. Essa autonomia é esmiuçada por Pereira Neto, Lancieri e Adami (2014, p. 145), que a subdividem em: (i) independência administrativa; (ii) ausência de subordinação hierárquica; (iii) mandato fixo e “quarentena”; (iv) estabilidade de seus dirigentes; e (v) autonomia financeira.

Salienta-se que os limites e moldes específicos da autonomia e independência decorrem das leis de criação das respectivas agências e, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999), se estendem não só em relação ao Poder Executivo, mas quanto aos três poderes do Estado. Nas palavras da autora:

(...) costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três poderes do Estado: (a) em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, que justifica o nome de órgão regulador ou agência reguladora; (b) em relação ao Poder Executivo, porque as normas e decisões não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas ao próprio órgão; (c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito das atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos respectivos serviços.” (DI PIETRO, 1999, p. 131)

Essas garantias se fizeram necessárias para que os novos órgãos se firmassem como instituições de Estado, e não de um determinado governo ou inclinação política. As agências foram idealizadas de forma que obtivessem autonomia para gerenciar os novos contratos de concessão ou outorga, cujos prazos são extensos, além de garantir segurança jurídica para os investidores privados que ocuparam os espaços abertos pela privatização/desestatização (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014).

Nesse mesmo sentido, Sérgio Guerra (2015) defende que, quando se institui a função regulatória, o objetivo a ser perseguido deve ser a delegação da capacidade decisória sobre aspectos técnicos para entidades descentralizadas, em troca da busca por credibilidade e estabilidade, demonstrando-se, com isso, que a regulação estatal deixa de ser assunto de determinado Governo para ser um assunto de Estado.

É importante observar alguns limites para essas garantias das agências. Em relação ao Poder Judiciário, o limite de atuação está no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional em apreciar lesão ou ameaça de lesão a direitos (art. 5º, XXXV, CF). Em relação ao Poder Legislativo, o limite é o princípio da legalidade, de modo que as normas emanadas pelas agências não podem sobrepor ou conflitar com as Leis, tampouco extrapolar a competência concedida pela norma de regência. Quanto ao Poder Executivo, apesar da estabilidade de seus dirigentes⁹, que é marco de sua independência, eles são nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

Ademais, com o intuito de se conferir legitimidade às decisões das agências reguladoras, inclusive aquelas decorrentes do exercício de seu poder normativo, previu-se a necessidade de observância de um devido processo legal mínimo para garantia dos administrados. Também foram adotados novos mecanismos de controle e *accountability* até então pouco utilizados, tais como as consultas e audiências públicas prévias à edição de atos normativos e a análise de impacto regulatório (PEREIRA NETO; LANCIERI; ADAMI, 2014. p. 146)

Assim, a partir do movimento de reforma do Estado, que buscou a desestatização da economia brasileira, foram criadas as agências reguladoras no ordenamento jurídico pátrio. Algumas delas decorreram de previsão constitucional¹⁰, enquanto que outras, como no caso

⁹ Após nomeados os dirigentes das agências reguladoras é vedada sua exoneração *ad nutum*.

¹⁰ São exemplos a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), criadas respectivamente pelo art. 177, §2º, III, da CF, com redação da Emenda Constitucional nº 9 de 1995 e pelo art. 21, XI, da CF, com redação da Emenda Constitucional nº 8 de 1995.

Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), cuja competência normativa é objeto de análise no presente artigo, foram criadas a partir de legislação setorial ordinária.

De todo modo, a todas as agências, além de autonomia, foi lhes atribuída a competência normativa. Compreender a competência normativa, seu alcance e seus limites, é de fundamental importância para se avaliar a legalidade do instrumento criado pela ANTAQ, denominado Contrato de Uso Temporário. Em razão disso, abordar-se-á a seguir as características e os limites desse poder normativo concedido às agências reguladoras.

3. O PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

As agências reguladoras são dotadas de poder normativo, que decorre do exercício de sua função regulatória. Para melhor compreensão do tema, no presente tópico serão desenvolvidas as seguintes questões: (i) a diferença entre os termos regulação e regulamentação; (ii) a controvérsia relativa à competência normativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo; (iii) a transferência às agências da competência do Poder Legislativo, em razão da especialidade técnica; e (iv) o escopo de atuação do poder normativo das agências reguladoras vinculado à sua respectiva lei de criação.

De acordo com o Carvalho Filho (2006), a regulamentação é a prerrogativa da administração pública, no caso da agência reguladora, de editar atos que complementam (regulamentam) previsões legais, permitindo a sua efetiva aplicação. A regulação, por sua vez, é um termo mais amplo que regulamentação, que envolve o exercício do poder normativo¹¹, já que também engloba as demais funções como a aplicação das regras e a imposição de sanções. Nesse sentido, Floriano de Azevedo Marques Neto define regulação como:

(...) atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central (2009, p. 7).

Dessa forma, é da competência regulatória, inerente às agências reguladoras, que decorre o poder normativo, regulamentar. Entretanto, muito se questiona sobre o alcance e os limites dessa competência regulamentar. O art. 84, IV, da Constituição Federal prevê que compete privativamente ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a

¹¹ Salienta-se que, no presente trabalho, optou-se por utilizar 'poder normativo e poder regulamentar como sinônimos.

fiel execução das leis. Nesse caso, a poder regulamentar seria uma delegação da competência do chefe do executivo?

Di Pietro (2003) aponta que as agências reguladoras não detêm poder de regulamentar as leis. Em virtude da competência ser privativa do Chefe do Poder Executivo, sustenta que a delegação somente poderia ocorrer se realizada pela autoridade competente e não por lei, como ocorre com as Agências. Nesse mesmo sentido, a professora da Universidade de São Paulo defende que não se trata de um poder regulamentar, mas de editar normas que se resumem a: “(a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar a ordem jurídica” (2003, P. 407).

Segundo esse entendimento, a competência das agências reguladoras se limitaria à expedição de atos normativos de caráter técnico, que tratam especificamente de aspectos da atividade sob sua regulação. Nesse caso, o poder regulador e o regulamentar não se misturam. As agências podem editar atos que objetivem fixar parâmetros para a o exercício da atividade econômica ou serviço explorado, dada sua especificidade e conhecimento técnico, mas jamais serão conferidos poderes para baixar normas complementares às leis em relação à totalidade de determinado setor. Esse poder estaria restrito ao Chefe do Executivo¹². (ALMEIDA; XAVIER, 2012).

De forma também restritiva, Celso Antônio Bandeira de Mello¹³ defende a ideia de monista de que a administração deve ser mera executora das decisões tomadas pelo Poder Legislativo e compreende que a atividade normativa das agências reguladoras deve se submeter as previsões trazidas pela lei:

De toda sorte, ditas providências, em quaisquer hipóteses, sobre deverem estar amparadas em fundamentos legais, jamais poderão contravir o que esteja estabelecido em alguma lei ou por qualquer maneira distorcer-lhe o sentido, maiormente para agravar a posição jurídica dos destinatários da regra ou de terceiros; assim como não poderão também ferir princípios jurídicos acolhidos em nosso sistema, sendo aceitáveis apenas quando

¹² Além de Di Pietro, Marçal Justen Filho (2014) também coaduna com a visão restritiva da ação normativa da Administração e das Agências Reguladoras.

¹³ De acordo com SUNDFELD (2014, p. 232/-233) Bandeira de Mello insere-se em uma tradição de reduzir enfaticamente o papel do Executivo, que, entre os administrativistas brasileiros, provavelmente nasceu em 1866 na boca de Antônio Joaquim Ribas: “o legislador é a inteligência que formula a regra; a Administração é a força mecânica que a executa” – de modo que ao administrador caberia apenas aplicar sistematicamente as hipóteses variáveis da vida prática, o pensamento da lei, esclarecendo e completando a palavra de que ela se serve, e decretando as medidas secundárias de mera execução. Nesse sentido, para Celso Antônio Bandeira de Mello (apud SUNDFELD, 2014), administrar é o mesmo que executar a vontade do legislador, trata-se de uma visão monista do direito administrativo que vincula a Administração ao Parlamento, muito forte no Brasil em virtude da necessidade de limitação da discricionariedade administrativa durante o período militar vivenciado.

indispensáveis, na extensão e intensidade requeridas para o atendimento do bem jurídico que legitimamente possam curar e obsequiosas à razoabilidade (2008, p. 173).

Em contrapartida, Carvalho Filho (2012) defende que as agências possuem, sim, poder normativo, sendo que a competência para a edição de regulamentos própria do Chefe do Poder Executivo se distribui entre os entes que formam a Administração Pública.

Com um viés mais amplo, Sérgio Guerra (2015) defende que, diante do processo evolutivo e das inovações tecnológicas, que afetam e alteram rotineiramente os setores regulados, o legislador se vê obrigado a ampliar as margens de discricionariedade do administrador, para atingir os fins regulatórios. De acordo com o referido autor, a tecnicidade do mundo pós-moderno impõe o deslocamento da competência sobre questões complexas do Poder Legislativo para o Poder Executivo, o que faz com que as operações que dependam de escolha de natureza técnica não fiquem inseridas nas matérias reservadas exclusivamente à lei. Em suas palavras:

(...) haja vista que (i) a “vontade geral” não está na técnica (meio) e, sim, no resultado almejado (fim); (ii) o legislador não tem como exaurir o âmbito dessas questões, de grande complexidade tecnológica, e até mesmo econômicas, a serem reguladas paulatinamente em cada subsistema de acordo com o caso concreto.

A realidade econômica e tecnológica não pode ser explicitada completamente em normas; dependem, basicamente, da realidade social e econômica do momento (GUERRA, 2015, p. 38).

Na linha de entendimento desenvolvida por Guerra (2015), as leis de criação das agências reguladoras transferem a competência de normatizar questões de ordem técnica, o que se justifica diante da especificidade e especialidade das atividades sujeitas à regulação estatal e da capacitação técnica dos órgãos reguladores¹⁴.

¹⁴ Em seus trabalhos BRODBEKIER (2003) e DUTRA (2000) refutam esse entendimento, veja-se:

Perceba-se como este ato da agência subverte uma de suas principais missões, a proteção ao consumidor. O que se pretende mostrar é que a ampla especialidade e absoluta neutralidade, justificativas encontradas pelos autores pátrios, repetindo a doutrina americana, para conferir legitimidade para outorga dos mais variados e amplos poderes às agências, não são realidades.

Frise-se que não pretendemos amaldiçoar as agências. A atividade de regulamentação exercida de forma especializada, através da discricionariedade técnica, tal como concebida por Diogo de Figueiredo, é, sem sombra de dúvida, uma excelente aprimoramento da atividade regulatória do Estado. Porém, o que se põe em questão é a razoabilidade do sacrifício de uma garantia tão cara aos cidadãos, o princípio da legalidade, sob estes argumentos. (BRODBEKIER, 2003, p. 176).

4. A ação dos órgãos administrativos, das novas agências reguladoras com que se pretende renovar a guarda do interesse público na ordem econômica e social do país, só pode ser promovida, até às suas menores ações, observados os termos da Lei. O poder regulamentar a eles atribuídos, e que exercem com notável volúpia em forma de resoluções, regimentos, instruções, portarias, etc, deve igualmente guardar estritamente os limites da

No mesmo sentido, Aragão (2015, p. 116) compreende que:

No que diz respeito exclusivamente ao desenvolvimento das atividades administrativas, também não demorou para ser constatada a impossibilidade da lei estabelecer prévia e exaustivamente todos os atos que o administrador deveria, de forma autômata, praticar para proteger o interesse público. Impôs-se ao legislador que, na impraticabilidade de prever todas as situações que demandariam a atuação do Poder Público, concedesse à Administração certa liberdade para determinar o conteúdo dos seus preceitos. As leis passaram então a ser mais gerais e menos determinadas. Essa técnica legislativa recebeu o nome de discricionariedade.

Sobre esse ponto, Alexandre Santos de Aragão (2013) leciona no mesmo sentido e acrescenta que as leis de criação das agências reguladoras possuem baixa densidade normativa para propiciar o desenvolvimento de normas setoriais:

As leis atributivas de poder normativo às agências reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou em menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados, (2013, p. 439).

Assim, em acréscimo à baixa densidade normativa e uma certa flexibilidade para negociar com os atores envolvidos no setor regulado, Aragão (2013) também aponta que o legislador se limita a fixar princípios e indicar valores a serem perseguidos pelo órgão regulador. Sob esse ponto de vista, a legislação apenas estabelece parâmetros gerais, para que venham a ser futuramente regulamentados pelo órgão regulador independente.

Esse poder normativo é de extrema importância para a regulação da atividade. Conforme apontado, as agências possuem precisão técnica no que toca às atividades desempenhadas no setor econômico que regulam. Essa especialização dos órgãos reguladores resulta das diretrizes estabelecidas em sua lei de criação ou normas de regência.

Lei que referem. Não podem tais órgãos, com as normas regulamentares que expeçam, alterar, sob qualquer forma ou em qualquer medida, a Lei, acrescê-la, suprimi-la ou aditá-la, desatender à sua finalidade, alterar suas definições, conceitos ou noções, ou ainda interpretar-lhe as regras, ou, ainda, versar-lhe matéria distinta. O propósito das normas regulamentares é desdobrar, para a explicitar, a Lei, visando especializar a sua aplicação a situações, cuja particularidade escape à norma legal; não é a norma regulamentar meio de adaptação da norma legal a uma dada situação fática, senão o contrário, a identificação desta situação fática ao comando jurídico já definido, com maior generalidade, na Lei. (DUTRA, 2003, p. 255)

De acordo com Pereira Neto, Lancieri e Adami (2014), essa atribuição, de um lado, relaciona-se com o conceito de discricionariedade técnica e abre espaço para uma atuação dinâmica da Administração Pública na busca dos fins sociais. De outro, porém, gera preocupações quanto à legalidade e os limites no exercício dessa competência normativa.

Nesse ponto, Carlos Ari Sunfeld (2014) defende que há compatibilidade da ação normativa da administração com o atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Aduz o autor que atualmente o direito administrativo não se resume exclusivamente à observância da Lei em sentido estrito, mas também a outras fontes jurídicas extralegis como: (i) normas sistematizadas pela doutrina; (ii) normas que decorrem diretamente da Constituição; (iii) normas emanadas da jurisdição constitucional; (iv) normas não nacionais de tratados internacionais e etc. e que, portanto, a ação normativa exercida pela administração, no caso pelo órgão regulador, nunca será livre ou isenta de condicionamentos jurídicos significativos¹⁵. Ademais, Sunfeld aponta que:

Decerto que, se a Administração cria novas normas, não é o legislador quem as faz. **Mas isso não significa que o legislador não imponha inúmeros e importantes condicionamentos a essa ação normativa. Ele o faz, sim, por meio de normas substantivas, que orientam em algum grau o sentido e o conteúdo das ulteriores normas administrativas, sem fechá-las totalmente de antemão;** de normas de organização, que cuidam da construção institucional dos organismos administrativos com competência normativa; e de normas processuais, que disciplinam o modo de produção dessas normas, exigindo estudos prévios de impacto e viabilizando a participação e o controle de interessados e de outros agente estatais, por meio de consultas e audiências públicas. (*Grifou-se*) (SUNDFELD, 2014, p. 246-247).

Ou seja, para Sunfeld (2014), a legislação deve definir os parâmetros mínimos e balizamentos para a edição dos atos normativos. Mas mesmo que a lei não defina, o atual sistema jurídico já possui importantes condicionamentos à ação normativa da administração.

Ainda quanto aos parâmetros, Alexandre Santos de Aragão (2013) aponta que a possibilidade do poder normativo ser conferido em termos amplos – às vezes até mesmo de modo implícito – não o isenta de estabelecer parâmetros suficientes o bastante para aferição quanto à legalidade e/ou à constitucionalidade dos regulamentos expedidos. Ou seja, ainda que o regramento não seja descritivo, ele precisa delimitar claramente o seu alcance. Esses

¹⁵ Nesse mesmo sentido, Aragão (2015, p. 116) explica que: (...) o objetivo almejado pelo liberalismo do século XVIII, do absoluto império da lei, nunca foi atingido. Logo foi verificada a incompletude das leis, o que exigiu, tanto no Direito privado, como no público, uma progressiva construção jurisprudencial, criadora até mesmo de novos institutos jurídicos (teoria da imprevisão, vedação do enriquecimento sem causa, responsabilidade civil do Estado, abuso de direito, desvio de finalidade etc.).

balizamentos, parâmetros ou *standards* são vitais para que seja possível o controle social sobre os atos normativos da Administração Pública, inerente ao Estado Democrático de Direito (ARAGÃO, 2013).

Cumprido apontar que esse fenômeno de transferência de competência normativa sobre matéria especializada vem sendo tratado pela doutrina como deslegalização¹⁶ ou deleigificação. Barroso (2003) conceitua deslegalização como “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei, para atribuí-las à disciplina das agências” (2003, p. 189). Entretanto, Barroso (2003) também ressalva que o poder normativo das agências deve ser observado sem deixar de lado o princípio da legalidade. Para tanto, em sede doutrinária, o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal realiza uma distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei:

Com efeito, o crescimento do papel do Executivo, alimentado pela necessidade moderna de agilidade nas ações estatais e pela relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados, acabou por exigir uma nova leitura do princípio, e nessa linha é que se admite hoje a distinção entre reserva absoluta e reserva relativa de lei, de um lado, e, de outro, entre reserva de lei formal ou material. Fala-se de reserva legal absoluta quando se exige do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la. Será relativa a reserva legal quando se admitir a atuação subjetiva do aplicador da norma ao dar-lhe concreção. (BARROSO, 2003, p. 187).

Portanto, para Barroso (2003), a atuação normativa das agências reguladoras estaria restrita aos casos de reserva relativa da lei, onde há espaço para a discricionariedade.

Importante apontar que de acordo com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (apud SUNDFELD, 2003, p. 28) legislar significa “inovar originalmente na ordem jurídica”. Somente um ato que é produzido no exercício de uma função legislativa pode inovar originalmente na ordem jurídica, isto é criar direitos e deveres. Por conseguinte, um regulamento estaria se apropriando de uma função legislativa, caso inovasse na ordem jurídica. Nesse caso, ocorreria uma delegação, que é vedada no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 5º, II, da Constituição Federal. Porém, só ocorre efetivamente a delegação

¹⁶ Sundfeld (2014) defende que não está ocorrendo uma deslegalização, mas um aprofundamento da ação normativa do Estado em decorrência da ampliação das competências normativas dos órgãos administrativos. Especialmente, com o advento e crescimento do número de agências reguladoras, a definição de suas competências por lei foi uma consequência direta. Assim, os problemas do exercício das competências passou a ser discutido de forma mais explícita. Contudo, salienta-se que esse incremento tem ocorrido por atribuição expressa do Legislativo, através das Leis de criação das Agências.

quando se faculta ao regulamento a normatização de algo que não se pode deduzir da lei regulamentada, que não está dentro das balizas definidas pela Lei (SUNDFELD, 2003).

Nesse sentido, Carvalho Filho (2007) compreende que as normas editadas pelas agências não inovam no ordenamento e de forma alguma usurpam a competência própria do Poder Legislativo. Para Carvalho Filho não se trata de uma transferência de competência, mas do exercício da função administrativa inerente aos entes reguladores:

Trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais – fato que os especialistas têm denominado de “delegalização”, com fundamento no direito francês (“*domaine de l’ordonnance*”, diverso do clássico “*domaine de la loi*”). Resulta, pois, que tal atividade não retrata qualquer vestígio de usurpação da função legislativa pela Administração, pois que poder normativo – já o acentuamos – não é poder de legislar: tanto pode existir este sem aquele, como aquele sem este. É nesse aspecto que deve centrar-se a análise do tema. (CARVALHO FILHO, 2007, p.8)

Porém, Sundfeld (2014) ensina que atualmente existem tipos diferentes de leis que conseqüentemente geram regulamentos com características diversas, sem que ocorra necessariamente uma delegação de competências. As leis que amplamente abordam determinados assuntos, são leis exaustivas e delas somente podem decorrer normas administrativas meramente executivas. Enquanto que as leis-quadro, fixam diretrizes e bases para uma regulação mais profunda, que autorizam a administração para dentro dessas balizas pré-definidas exercer sua competência normativa, através de normas administrativas autorizadas, que dentro dos limites fixados em lei, trazem inovações jurídicas.

Por fim, de acordo com Caio Tácito (apud ARAGÃO, 2013), mesmo nos países contrários à delegação entre os poderes, como no caso do Brasil, é constitucional a participação do Poder Executivo na criação de normas, tendo em vista a competência normativa do Chefe do Poder Executivo já exposta. Contudo, importante aferir que regulamentar não é somente reproduzir de forma analítica a lei, regulamentar é ampliá-la, completá-la nos aspectos em que a lei expressa ou implicitamente outorga e nesse caso o poder normativo concedido às agências reguladoras se equivale ao do Chefe do Poder Executivo.

Assim, aqueles que defendem que a atuação da administração pública não é restrita a mera aplicação das Leis editadas pelo Poder Legislativo e que há um certo grau de

discrecionabilidade para a normatização, sem ferir o princípio da reserva legal, compreendem que a competência normativa conferida às agências reguladoras decorre de suas leis instituidoras, que determinam por meio de balizas e parâmetros como deverá ser a regulação de determinado setor da economia, especialmente seus aspectos técnicos, devendo ser observada a política pública adotada pelo Estado regulador. O presente trabalho se alinha com esse entendimento.

De todo modo, é possível observar uma constante no que tange à competência das agências reguladoras para tratar e normatizar (ou regulamentar) os assuntos específicos atinentes à atividade regulada. Com maior ou menor amplitude normativa, em virtude de sua especialidade e capacidade técnica, as diferentes correntes entendem que os órgão reguladores estão aptos a produzir normas infralegais relativas ao setor regulado. Tal situação vem sendo descrita pela doutrina conforme a Constituição, que não fere o princípio da reserva legal, tratando-se da edição de normas que melhor se adequam ao fim social almejado pelo Estado Regulador¹⁷.

4. A AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS

Assentadas as particularidades da competência normativa das agências reguladoras, passa-se a analisar especificamente a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), criada pela Lei nº 10.233 de 5 de junho de 2001 e regulamentada pelo Decreto nº 4.122 de 13 de fevereiro de 2002. Instituída sob regime de autarquia especial, com independência administrativa, autonomia financeira e funcional e mandato fixo dos seus dirigentes, a ANTAQ é o órgão regulador da atividade portuária e dos transportes aquaviários no Brasil. Atualmente, está vinculada ao Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil.¹⁸

¹⁷ Como apontado por Brodbekier (2003) o fim da administração pública é a própria sociedade e o Estado. Vide trecho a seguir: Isso se explica pelo fato de as autoridades administrativas não realizarem fins próprios, mas sim da sociedade e do Estado. O administrador público exerce função pública, ou seja, está investido de poderes para atender a interesses de outrem. Assim os ditos poderes, os quais lhe são outorgados, são meramente instrumentais, necessários à consecução dos fins aos quais está encarregado de atender. (BRODBEKIER, 2003, p. 143)

¹⁸ Quando ANTAQ foi criada pela Lei 10.233, ela era vinculada ao Ministério dos Transportes. Com o advento da Medida Provisória nº 369 de maio de 2007, convertida na Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007, criou-se a Secretaria de Portos da Presidência da República com a competência de tratar do portos marítimos, exercida pelo Ministério dos Transportes. A SEP detinha como área de atuação a formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres. Com o advento da Medida Provisória nº 726 de 12 de Maio de 2016, convertida na Lei nº 13.341 de 29

De acordo com Marques Neto e Fernandes (2011), a ANTAQ foi constituída sob um regime jurídico que lhe outorga ampla autonomia e independência, seja ela financeira quanto funcional. A Agência é dirigida por três diretores, pelo mandato de quatro anos, sendo possível uma única recondução. Dentre os três dirigentes que formam a Diretoria Colegiada, um deles é nomeado Diretor-Geral pelo Presidente da República. A autonomia da agência resta resguardada na previsão de que o Diretor somente perde o mandato mediante renúncia, condenação judicial transitada em julgado, decisão definitiva em processo disciplinar e descumprimento manifesto de suas atribuições demonstrada em um processo administrativo.

Nos termos do art. 20 da Lei nº 10.233/2001, a agência foi criada com o objetivo de regular e supervisionar as atividades de prestação de serviços exercidas por terceiros de exploração da infraestrutura aquaviária, garantindo que os serviços sejam prestados com qualidade, modicidade de tarifas e em harmonia com os variados interesses envolvidos no setor, seja arbitrando conflitos, seja impedindo a competição imperfeita ou infração à ordem econômica. Nesse mesmo sentido, o art. 28, I, da mencionada lei preceitua que a agência deverá garantir que:

(...) a exploração da infra-estrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas (BRASIL, 2001).

Por sua vez, o art. 23 da Lei nº 10.233/2001 fixa a esfera de atuação da ANTAQ como:

- I – a navegação fluvial, lacustre, de travessia, de apoio marítimo, de apoio portuário, de cabotagem e de longo curso;
- II - os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)
- III - as instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória no 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)
- IV – o transporte aquaviário de cargas especiais e perigosas.
- V - a exploração da infra-estrutura aquaviária federal. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001) (BRASIL, 2001)**

Ademais, diante de seu dever de impedir a competição imperfeita e a infração à ordem econômica, o art. 31 da Lei nº 10.233 determina ainda que a ANTAQ, ao tomar conhecimento

de setembro de 2016, que extinguiu a Secretaria de Portos, o Poder Concedente passou a ser atualmente exercido pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil.

de fato que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, tem a incumbência de comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça ou à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o caso.

No que diz respeito aos recursos que sustentam seu funcionamento, a ANTAQ possui como fonte de receitas o setor por ela regulado. De acordo com o art. 77 da Lei 10.233/2013, os recursos são provenientes dos instrumentos de outorga e arrendamentos, produtos das fiscalizações da prestação de serviços e de exploração da infraestrutura atribuídas e produtos das arrecadações decorrentes da cobrança de penalidades pecuniárias (MARQUES NETO; FERNANDES, 2011).

As atribuições da ANTAQ incidem tanto sobre o serviço público, quanto sobre atividades econômicas privadas, tendo em vista que é responsável pela análise e fiscalização dos instrumentos de outorga de autorização, assim como de elaboração dos editais de licitação e fiscalização das atividades exercidas pelas autoridades portuárias (ARAGÃO, 2013). Seu amplo escopo de atuação é definido no rol do art. 27 da Lei nº 10.233/2001, destacando-se as seguintes atividades:

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

(...)

IV – elaborar e editar normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e, garantindo isonomia no seu acesso e uso, assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

(...)

XIV - estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários, nos termos da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória no 595, de 6 de dezembro de 2012; (Redação dada pela Lei no 12.815, de 2013) (BRASIL, 2001) (Grifos nossos).

Cumprindo apontar que a Medida Provisória 595, de 6 de dezembro 2012, convertida pelo Congresso Nacional na Nova Lei dos Portos nº 12.815, de 5 de junho de 2013, trouxe mudanças significativas para o setor portuário. Sucintamente, a Lei 12.815/2013 alterou: (i) a forma de exploração das instalações portuárias, introduzindo o Terminal de Uso Privado, em substituição ao Terminal de Uso Privativo; (ii) o conceito de polígono do Porto Organizado; e (iii) no que interessa ao presente trabalho, alterou as competências dos entes envolvidos na atividade, dentre eles a ANTAQ (HEEREN, 2015).

No regime jurídico preceituado pela Lei nº 8.630/1993, a regulamentação era compartilhada entre os entes e havia uma certa independência das autoridades portuárias no que toca à exploração da infraestrutura dos Portos Organizados. Eram as autoridades portuárias que definiam a necessidade de licitar determinadas áreas e, com a aprovação dos órgão competentes, realizavam o procedimento licitatório e fiscalizavam o cumprimento dos contratos. Nos contratos de arrendamento anteriores à Lei nº 12.815/2013, a ANTAQ figurava como interveniente e a administração portuária como titular do contrato. Com a promulgação do novo marco regulatório ocorreu uma concentração tanto do poder decisório, quanto do dever procedimental no poder central – ANTAQ e SEP –, e a agência passou a acumular a competência de realizar a licitação e fiscalizar os arrendamentos portuários, com as competências pré-existentes de realizar as licitações para a concessão dos Portos Organizados e conceder as autorizações para a construção e exploração de instalações portuárias privadas (HEEREN, 2015)¹⁹.

Por outro lado, com as alterações trazidas pela Lei nº 12.815, a ANTAQ deixou de ser competente para efetivamente celebrar os contratos concessão, arrendamento e adesão, já que essa competência foi transferida à época para SEP²⁰. Todavia, com a recente extinção desse órgão, tal competência passou hoje a ser exercida pelo Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil (MTPA), nos termos da Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016.

Além das alterações nas competências, a Lei 12.815 ainda trouxe um importante esclarecimento ao art. 27 da Lei 10.233/1993, qual seja: previu em seu art. 7º que a “Antaq poderá disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato”.

¹⁹ Ainda que não seja o objeto do presente trabalho, é importante sucintamente esclarecer que hoje no Brasil existem dois regimes diferentes de exploração portuária. Um público e um privado. O privado se dá através das outorgas de autorização, definida pela Lei nº 12.815 como: “outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão”; qualquer interessado poderá requer ao Poder Concedente autorização para construção e exploração de uma instalação portuária localizada em área de sua titularidade, fora da área do Porto Organizado, com investimentos por sua conta e risco. Podem ser autorizados: Terminais de Uso Privado, Estações de Transbordo de Cargas, Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte e Instalação Portuária de Turismo. O regime público por sua vez se dá relativamente à exploração de área localizadas do ou inseridas no Porto Organizado. As modalidades definidas em lei são: Concessão: cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado, nesse caso é concedida a infraestrutura e a administração de um determinado porto; 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; semelhante à concessão, porém com o objetivo de transferir o porto para um ente federado; e Arrendamento: cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do porto organizado, para exploração por prazo determinado, tratado no presente trabalho.

²⁰ Conforme explicitado, com a extinção da SEP, o Poder Concedente é atualmente exercido pelo Ministério dos Transportes Portos e Aviação Civil (MTPA).

Assim, especialmente no que toca ao objeto do presente trabalho, verifica-se que, entre as competências normativas atribuídas à ANTAQ, está incluída a regulamentação relativa à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, editando normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, arrendatários e autorizatários. Independentemente da vertente doutrinária adotada, portanto, a ANTAQ detém poder normativo/regulamentar para editar normas infralegais que regulam o setor portuário. Em especial, visto que expressamente previsto na Lei nº 12.815, a ANTAQ detém a competência para regulamentar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias.

Ademais, a edição de resoluções para cumprir seus objetivos é indispensável à consecução da atividade regulatória da agência. Nesse sentido, Carvalho Filho aponta:

A essas autarquias reguladoras foi atribuída a função principal de controlar em toda a sua extensão, a prestação dos serviços públicos e o exercício de atividades econômicas, bem como a própria atuação das pessoas privadas que passaram a executá-los, inclusive impondo sua adequação aos fins colimados pelo Governo e às estratégias econômicas e administrativas que inspiraram o processo de desestatização (CARVALHO FILHO, 2012, p. 435).

Inclusive, a competência da ANTAQ para a elaboração de normas reguladoras já foi reconhecida pela jurisprudência pátria. A ementa de julgamento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região demonstra tal posicionamento:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ANTAQ. COMPETÊNCIA PARA ELABORAR NORMAS REGULADORAS. RESOLUÇÃO 52-ANTAQ. LEGALIDADE. AUTORIZAÇÃO NEGADA POR FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. INEXISTENCIA DE DIREITO ADQUIRIDO.

1. A partir da Lei 10.233, de 05.06.2001, o setor de transportes aquaviários passou a ser controlado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, a quem incumbe, entre outras atribuições, elaboração e edição de normas e regulamentos relativos à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, nos termos do artigo 27, IV, da referida Lei.

2. A Resolução 52 ANTAQ foi expedida com base no poder regulamentar conferido pela Lei 10.233/2001 e nela embasado, o que a torna legítima, não se verificando a alegada inovação, já que apenas estabelece os requisitos para obtenção de autorização para operar como empresa brasileira de navegação, o que lhe foi devidamente outorgado pelo legislador ordinário.

3. É legal a negativa de concessão de autorização de afretamento por falta de preenchimento dos requisitos estabelecidos na Resolução 52 da ANTAQ.

4. Não há que se falar em direito adquirido, tendo o STJ decidido que, com a criação da ANTAQ - Agência Nacional de Transportes Aquaviários 'ficaram

as empresas de navegação de cabotagem obrigadas a submeterem-se às exigências da nova legislação, não sendo possível falar em direito à manutenção do status quo ante.' (STJ, REsp 543688)

5. Nega-se provimento ao recurso de apelação. (AMS 200434000213398, JUIZ FEDERAL RODRIGO NAVARRO DE OLIVEIRA, TRF1 - 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 DATA: 23/05/2012 PÁGINA: 308, grifou-se).

Outrossim, na edição dos normativos, a ANTAQ se sujeita à obrigação de realizar audiências públicas prévias às iniciativas de projetos de lei, alterações de normas administrativas e decisões da Diretoria para a resolução de pendências que afetam os direitos de agentes econômicos ou de usuários de serviços de transporte, conforme preceitua o art. 68 da Lei nº 10.233/2001. Ou seja, na edição dos atos normativos, há espaço para participação dos regulados no processo normativo.

De acordo com Marques Neto e Fernandes (2011), aliás, tal obrigação de transparência constitui-se em uma das garantias essenciais ao administrado, a fim de que bem sejam exercidas as competências outorgadas aos órgãos reguladores. A publicidade dos atos e a participação da população por meio da audiência pública suprem a alegada deficiência de representatividade democrática das agências. Além disso, ao tornarem público os seus atos, as agências ficam sob vigilância e tendem a se manter neutras também em relação aos regulados, evitando a captura²¹.

Importante salientar que, desde a sua criação, a ANTAQ tem como prerrogativa a regulação técnica, ligada aos padrões comportamentais dos agentes quanto à regularidade, à continuidade e à segurança da atividade e da infraestrutura portuária. Certamente, ela obteve sucesso nesse foco e vem sendo reconhecida pelo setor pela sua atuação relevante para alcançar esses propósitos.

Nesse contexto, exercendo seu poder normativo, a ANTAQ editou a Resolução nº 2.240, que estabeleceu regras específicas para a exploração de áreas dos Portos Organizados que se encontram sob a gestão das administrações portuárias, incluindo a exploração mediante o Contrato de Uso Temporário.

5. O SURGIMENTO DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO

²¹ A captura ocorre quando se verifica que determinados atos da agência reguladora se dão com o propósito de atender a interesses específicos de determinados grupos, em detrimento do interesse público que justificou a sua criação. De acordo com Nusdeo (1995), há uma tendência de identificação entre reguladores e regulados, tendo em vista a proximidade dos interesses, sendo a a captura um risco comum na atividade exercida pelas agências reguladoras.

Antes de tratar do instrumento contratual propriamente dito, avaliar o contexto em que foi criada a figura do Contrato de Uso Temporário é relevante para a compreensão do assunto abordado neste artigo. Em 25 de fevereiro de 1993, foi publicada a Lei nº 8.630²², conhecida como Lei dos Portos ou Lei de Modernização dos Portos, que dispôs à época sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e teve por finalidade principal modernizar a atividade portuária no país e transferir a operação portuária, antes exercida exclusivamente pelas administrações portuárias, para a iniciativa privada (BESERRA, 2005).

No que toca à exploração das áreas do Porto Organizado, o art. 4º da Lei nº 8.630/1993 passou a exigir a realização de prévia licitação para fins de cessão de exploração de área dentro dos portos organizados. Dita previsão contempla a realização de certame licitatório para o arrendamento portuário, modalidade contratual existente desde a edição do Decreto-Lei nº 5/1966, que possibilita a exploração da infraestrutura portuária na área do Porto Organizado.

Em voto proferido no Acórdão nº 2.896/2009-TCU-Plenário, o Ministro Relator Walton Alencar esclarece a figura do arrendamento, deixando clara a relação existente entre exploração de bem público por particular, que, em contrapartida, nele realiza investimentos:

Como mencionado anteriormente (parágrafo 18), o arrendamento portuário é a modalidade de desestatização prevista na Lei nº 8.630/1993 para viabilizar a operação portuária pela iniciativa privada. Não obstante todas as demais inovações trazidas pela Lei dos Portos, o setor já se utilizava do arrendamento de áreas e instalações desde a edição do Decreto-Lei nº 5/1966. Essa figura jurídica sempre esteve associada à exploração de bem público pelo particular que, em contrapartida, realiza investimentos. Dessa forma, como a prestação de serviço público está condicionada à transferência do bem público para o particular, não há como dissociar todo esse processo do preceito de prévia licitação, estabelecido no art. 4º, I, da Lei nº 8.630/199 (BRASIL, 2009).

Ocorre que o arrendamento portuário previsto em lei era insuficiente para atender a todos os objetivos e finalidades existentes para a ocupação das áreas portuárias.

Importante frisar que o art. 4º da Lei 8.630/1993 se referia à exploração exclusiva da infraestrutura das instalações portuárias, mas não dos serviços portuários operacionais, mesmo porque tal diploma legal transferiu os serviços portuários de movimentação e guarda de mercadorias nos portos organizados aos operadores portuários privados, que somente se

²² Revogada pela Nova Lei dos Portos nº 12.815 de 5 de junho de 2013.

habilitavam para realizar uma atividade que é econômica²³. Portanto, o arrendamento portuário não concedia à iniciativa privada um serviço público, transferia a exploração do bem público, com a infraestrutura existente no Porto Organizado e atividade à ela inerente (BESERRA, 2012).

O contrato operacional tinha por objeto permitir o exercício de determinadas operações portuárias, constituindo uma modalidade contratual específica, com objetivo próprio, diferenciando-se assim do contrato de arrendamento. Assim, o contrato operacional regia o exercício dos serviços portuários realizados por operadores que não possuíam arrendamento portuário, que necessitavam de instalações portuárias terrestres não exclusivas, para a armazenagem das cargas movimentadas por eles. Beserra aponta que:

Evidentemente, durante as operações de armazenagem, o período de depósito da carga atribui uma aparência de exclusividade, em face da permanência das mercadorias na praça de estocagem. Assim são todos os serviços de armazenagem, sem exceção. Nada a estranhar.

Os serviços portuários de movimentação e guarda de mercadorias nos portos organizados foram transferidos aos operadores portuários, os quais, desde as entidades estivadoras, estão protegidos para poderem oferecer armazenagem para as cargas que movimentam.

Caso contrário, sem área de estocagem, estariam eles [operadores portuários] excluídos das operações portuárias por não terem onde depositar a carga. Por esse motivo, sempre que uma lei era revogada, outra, sem solução de continuidade, mantinha ou restabelecia o contrato operacional (BESERRA, 2012, p. 107).

O contrato operacional sempre desfrutou de amparo legal decorrente do Decreto-Lei nº 1.016, de 21 de outubro de 1969, que, em seu art. 1º, inciso III, previa a assinatura de contrato operacional como uma das modalidades de requisição de serviços portuários. Por sua vez, a própria Lei nº 8.630/1993, em seu art. 12, previa que os operadores portuários sem contrato de arrendamento também detinham o direito a utilizar as instalações portuárias, inclusive recebendo o alfandegamento²⁴ direto da autoridade aduaneira (BESERRA, 2012).

²³ Para melhor compreensão do assunto, transcreve-se o conceito de operador portuário trazido pela Lei 12.815/2013 em seu art. 2º, XIII - operador portuário: pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, dentro da área do porto organizado.

²⁴ De acordo com o Art. 2º da Portaria RFB Nº 3518, de 30 de setembro de 2011: Entende-se por alfandegamento a autorização, por parte da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), para estacionamento ou trânsito de veículos procedentes do exterior ou a ele destinados, embarque, desembarque ou trânsito de viajantes procedentes do exterior ou a ele destinados, movimentação, armazenagem e submissão a despacho aduaneiro de mercadorias procedentes do exterior, ou a ele destinadas, inclusive sob regime aduaneiro especial, bens de viajantes procedentes do exterior, ou a ele destinados e remessas postais internacionais, nos locais e recintos onde tais atividades ocorram sob controle aduaneiro.

Em auditoria realizada com a finalidade de analisar as condições para a modernização e expansão da infraestrutura portuária, ao observar os contratos operacionais à luz da Lei nº 8.630/1993, o Tribunal de Contas da União (TCU) concluiu que a previsão legal que subsidiava o contrato operacional havia sido revogada. A seguir transcreve-se o entendimento do TCU:

21. O art. 28 do Decreto-Lei nº 5/1966 previa, ainda, que a movimentação de mercadorias e a armazenagem das mesmas, dentro dos limites do porto, poderiam ser feitas por ‘terceiros’ desde que observados os princípios definidos no parágrafo único. Merece destaque a exigência de que fosse firmado contrato para a utilização, total ou parcial, de instalações portuárias. Esse contrato poderia ser a prazo ou para operação de carga e descarga de navio. Depreende-se ser essa a origem dos contratos operacionais utilizados, ainda hoje, pelas autoridades portuárias para abreviar a contratação de operadores portuários.

22. É importante frisar, contudo, que essa previsão foi revogada quando da edição da Lei dos Portos. A partir da definição contida no parágrafo 18, constata-se que somente o arrendamento é aplicável à exploração das áreas e instalações portuárias, de propriedade da União e localizadas nos limites do porto organizado (BRASIL, 2009).

Contudo, o TCU reconheceu as dificuldades sofridas pelas autoridades portuárias para desenvolver os processos de arrendamento e, quando efetivados, para gerenciá-los durante a vigência do contrato. Também reconheceu a morosidade do processo licitatório frente ao dinamismo inerente ao setor portuário. Nesse sentido, pontuou o TCU que, a depender do tipo de carga movimentada, principalmente em se tratando de cargas com mercado ainda não consolidado no Porto, os procedimentos previstos para repasse da operação ao particular se mostraram de difícil implementação, principalmente em virtude da necessidade de elaboração dos estudos de viabilidade, ao processo de licitação, ao contrato de arrendamento e às alterações contratuais (BRASIL, 2009²⁵).

Para a operacionalização de cargas em consolidação, resultantes de novos negócios e/ou de negócios passageiros, o tempo despendido durante o procedimento licitatório para arrendamento de área é incompatível com a dinâmica e as incertezas inerentes a esse tipo de operação. Por essa razão, o TCU recomendou à ANTAQ e à Secretaria Especial de Portos para, no âmbito de suas competências, avaliar a pertinência de desenvolver novas metodologias e procedimentos para viabilizar a operacionalização das cargas em

²⁵ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 2.896/2009. Relator: RODRIGUES, Walton Alencar. Sessão de 2 de dez de 2009. Ata nº 51/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight>>. Acesso em 02 de jan de 2017.

consolidação, resultantes de novo negócio e demandas temporárias no âmbito dos portos marítimos (BRASIL, 2009²⁶).

Nesse sentido, a Resolução 2.240 – ANTAQ foi normatizada, com a finalidade de aperfeiçoar os espaços ociosos dos portos brasileiros por meio da regulação da exploração de áreas e instalações portuárias sob gestão das administrações portuárias no âmbito dos portos organizados. Tratava-se de uma resposta da agência reguladora para regularizar tal exploração e dar mais dinamismo à gestão das administrações portuárias e preencher um espaço normativo deixado pela Lei dos Portos nº 8.630/2013.

6. A VALIDADE DO CONTRATO DE USO TEMPORÁRIO

A Resolução nº 2.240 – ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, teve por objetivo:

disciplinar e regular a exploração de áreas e instalações portuárias operacionais e não operacionais integrantes da poligonal do porto organizado e sob gestão das Administrações dos Portos Organizados, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, do Decreto nº 4.391, de 26 de setembro de 2002, e do Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008.(art. 1º da Resolução nº 2.240 – ANTAQ)

Dentre os instrumentos normatizados pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ²⁷, está o Contrato de Uso Temporário (CUT), criado pela ANTAQ com a finalidade de fomentar a

²⁶ Nesse sentido, transcreve-se trecho do acórdão mencionado: 107. Não obstante a agilidade trazida pela inversão das fases ao processo licitatório, permanece latente a necessidade trazida pelas autoridades portuárias de procedimentos que viabilizem a operacionalização de cargas em consolidação, resultantes de novo negócio e demandas temporárias. Segundo arguem, o tempo despendido durante o procedimento licitatório para arrendamento de área é incompatível com a dinâmica e as incertezas inerentes à operação de tais cargas. Por essa razão, deve-se recomendar à Antaq e à SEP que, no âmbito de suas competências, avaliem a pertinência de desenvolver novas metodologias e procedimentos para viabilizar a operacionalização das cargas em consolidação, resultantes de novo negócio e demandas temporárias no âmbito dos portos marítimos. BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 2.896/2009. Relator: RODRIGUES, Walton Alencar. Sessão de 2 de dez de 2009. Ata nº 51/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHigh Light>> . Acesso em 02 de jan de 2017.

²⁷ Além de normatizar o Contrato de Uso Temporário e regulamentar o Contrato de Arrendamento, a Resolução 2.240 – ANTAQ também tratou dos seguintes instrumentos: passagem, cessão de uso não onerosa, cessão de uso onerosa e autorização de uso. De acordo com Beserra (2012, p. 111) os instrumentos podem ser descritos da seguinte forma: **Contrato de cessão de uso onerosa**, mediante prévio procedimento licitatório, visando à execução de empreendimento de cunho econômico e que tenha por finalidade apoiar e prestar serviços de interesse aos agentes e usuários que atuam no Porto; **Contrato de cessão de uso não onerosa**: a entidades da Administração Pública e seus órgãos, com vistas ao exercício de suas competências vinculadas às atividades portuárias; **Contrato de passagem**: visando ao transporte interno sobre área de uso comum ou área já ocupada por terceiros, pactuada mediante instrumento contratual oneroso junto ao interessado que desenvolva atividades de movimentação e armazenagem de cargas destinadas ou provenientes de transporte aquaviário; **Autorização de uso**: visando à utilização, a título precário, de áreas portuárias sob gestão da Administração do Porto, localizadas dentro da poligonal do Porto Organizado, visando à realização de eventos de curta duração, de natureza recreativa, esportiva, cultural, religiosa ou educacional.

utilização de área ociosas, atrair cargas com mercado não consolidado²⁸ e possibilitar o apoio temporário para atividades *offshore* no Porto Público.

Beserra (2012) aponta que o Contrato de Uso Temporário cobre praticamente todas as necessidades operacionais dos usuários do porto, ajustando formalmente a utilização de facilidades portuárias que dispensem certame licitatório, muito se assemelhando ao antigo contrato operacional.

O referido instrumento possibilita a exploração, em caráter excepcional, sem exclusividade, de uma determinada área portuária, inserida na área da poligonal de um Porto Organizado²⁹, por um prazo de até trinta e seis meses, quando se tratar de cargas novas, ou até sessenta meses, quando se tratar de atividade de apoio *offshore*, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, inclusive aquela relativa à área disponibilizada.

Conforme anteriormente abordado, a Resolução nº 2.240 - ANTAQ, de 04 de outubro de 2011, foi editada para preencher uma necessidade do setor deixada pelos contratos operacionais que, com o advento da Lei nº 8.630/1993, foram considerados ilegais pelo TCU. Além da complexidade inerente à sua formalização, o objetivo do contrato de arrendamento não se adequava integralmente à determinadas demandas existentes nos Porto Organizados. Assim, a normativa trazida pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ preencheu esse espaço e possibilitou a exploração de áreas e instalações portuárias mediante outros instrumentos, sendo esse o caso do Contrato de Uso Temporário.

O normativo previsto pela Resolução nº 2.240 – ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, ainda assim, teve que ser atualizado em virtude das alterações na legislação de regência do setor portuário. A Lei nº 12.815/2013 e seu Decreto regulamentador nº 8.033/2013 estabeleceram o novo marco regulatório para o setor portuário. Da mesma forma que a Lei nº 8.630/1993 e seu Decreto nº 6.620, os novos diplomas legais previram que a exploração de áreas e instalações portuárias localizadas no porto organizado somente ocorreria mediante: (a) concessão e arrendamento, em áreas e instalações portuárias localizadas dentro do porto organizado; e (b) por meio de autorização, para instalações portuárias fora do porto organizado, sendo que não trataram dos instrumentos previstos na Resolução nº 2. 240- ANTAQ.

²⁸ O art. 2º da Resolução Normativa nº 7 - ANTAQ, de 30 de maio de 2016, conceitua Carga com Mercado não consolidado como: VIII - carga com mercado não consolidado: mercadoria não movimentada regularmente no porto nos últimos 5 (cinco) anos, tendo demandado, em média, menos de uma atracação mensal no mesmo período.

²⁹ Porto Organizado: bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição da Administração do Porto.

Com o novo marco regulatório, então, verificou-se que a Resolução n° 2.240 - ANTAQ não se encontrava integralmente em harmonia com o que a Lei n° 12.815/2013 e o Decreto n° 8.033/2013 estabeleceram. Por exemplo, a celebração dos contratos de concessão e arrendamento no marco anterior era uma obrigação da autoridade portuária, assim como o de realizar o procedimento licitatório. A alteração legislativa concentrou tal atribuição nas mãos do Poder Concedente, exercido atualmente pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, e o procedimento licitatório, que anteriormente cabia à administração do porto, passou a ser uma atribuição da ANTAQ. Desta forma, fez-se necessário adequar a Resolução n° 2.240 - ANTAQ ao novo marco vigente.

Foi, assim, editada a Resolução Normativa n° 7 de 30 de maio de 2016, que possui o seguinte objeto:

Art. 1º Esta Norma tem por objeto disciplinar e regular a exploração de áreas e instalações portuárias delimitadas pela poligonal do porto organizado, nos termos da Lei n° 12.815, de 5 de junho de 2013, da Lei n° 10.233, de 5 de junho de 2001, da Lei n° 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e do Decreto n° 8.033, de 27 de junho de 2013, excetuadas aquelas nas modalidades de terminal de uso privado (TUP), estação de transbordo de cargas (ETC), instalação portuária pública de pequeno porte (IP4) e instalação portuária de turismo (IPTur).

No que tange ao uso temporário e ao objeto do presente trabalho, o art. 2º da Resolução Normativa n° 7 traz as seguintes definições:

VIII - carga com mercado não consolidado: mercadoria não movimentada regularmente no porto nos últimos 5 (cinco) anos, tendo demandado, em média, menos de uma atracação mensal no mesmo período;
(...)

XXVII - uso temporário: utilização de áreas e instalações portuárias operacionais sob gestão da administração portuária, contidas na poligonal do porto organizado, pelo interessado na movimentação e armazenagem de cargas com mercado não consolidado no porto, ou por detentor de contrato de prestação de serviços destinados às plataformas offshore, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes;

O Contrato de Uso Temporário é regulamentado do art. 25 ao art. 35 da referida Resolução Normativa n° 7 - ANTAQ. Como já previa a Resolução 2.240 – ANTAQ, a administração do porto poderá pactuar com o interessado na movimentação e armazenagem de cargas com mercado não consolidado no porto, ou com o detentor de titularidade de contrato para atendimento de plataformas *offshore*, o uso temporário de áreas e instalações

portuárias disponíveis, contidas na poligonal do porto organizado, mediante o pagamento das tarifas portuárias pertinentes, inclusive aquela relativa à área disponibilizada.

Também está previsto no art. 25, §2º, do referido diploma legal que, na hipótese de existir mais de um interessado na utilização de áreas e instalações portuárias e inexistindo disponibilidade física para alocá-los concomitantemente, a administração do porto deverá promover um processo de seleção simplificada, para que seja assegurada a isonomia e a impessoalidade na utilização das áreas e para que seja escolhido o projeto que melhor atenda o interesse público e do porto.

Neste ponto, importante observar que não se trata de um processo seletivo alternativo ao procedimento licitatório previsto na Lei nº 8.666/1993. Trata-se de um instrumento contratual que prescinde de licitação, em virtude de sua natureza jurídica. Conforme abordado no item anterior, a morosidade do procedimento licitatório está entre os motivos pelos quais o contrato de arrendamento portuário é insuficiente para atender a todos os objetivos e finalidades existentes para a ocupação das áreas portuárias³⁰. Ademais, o instrumento trabalhado é precário e não assegura nenhum tipo de garantia ou contrapartida ao interessado pelos investimentos realizados. Entretanto, caso haja mais de um interessado em utilizar de forma temporária determinada área ociosa e a administração não possa alocá-los de forma concomitante, para que seja assegurada a isonomia e a impessoalidade, a norma prevê um processo de seleção simplificada.

O §1º do art. 25 do preceito normativo inovou em relação à resolução anterior, prevendo que a administração deverá previamente divulgar a relação de áreas e instalações portuárias ociosas, disponíveis para uso temporário, tanto o processo de seleção simplificada quanto a divulgação prévia das áreas ociosas tem por objeto garantir e respeitar a publicidade e impessoalidade nos atos das administrações portuárias. Ainda, a norma manteve no art. 26, a necessária submissão para a aprovação da ANTAQ do requerimento para a celebração do Contrato de Uso Temporário, que após a aprovação ou negativa da autoridade portuária, caberá à agência atestar o cumprimento dos requisitos e realizar o juízo de conveniência e oportunidade da contratação.

³⁰ O foco do presente trabalho se restringiu à análise da competência normativa da agência e não objetivou abordar a fundo a natureza jurídica do contrato de uso temporário. Entretanto, considerando as características do instrumento observa-se que, em virtude de sua precariedade, de sua transitoriedade e do fato de que ele se limita a conceder a utilização de uma área e não o exercício ou exploração de uma atividade, considera-se que o contrato de uso temporário se assemelha a uma autorização de uso privativo de bem público, que de acordo com Di Pietro é precária, por que pode ser revogada a qualquer momento e discricionária, sua expedição é facultativa e depende de um juízo de conveniência e oportunidade. Além de prescindir de licitação. DI PIETRO apud MARRARA e FERRAZ (2014).

Quanto aos prazos, no art. 27, a norma preservou o prazo de até 18 (dezoito) meses, podendo ser prorrogado uma única vez, no máximo por igual período, para as cargas que não possuem mercado consolidado no Porto. Excepcionalmente, quando comprovada a celebração prévia de contrato de prestação de serviço para atendimento de plataforma *offshore*, que justifique a ocupação de áreas e instalações portuárias em prazo superior a 18 (dezoito) meses, a administração do porto poderá, observado o interesse público, celebrar Contrato de Uso Temporário com prazo de vigência máximo, improrrogável, de até 60 (sessenta) meses.

No que toca à utilização da área - ponto crucial nas discussões quanto à validade do Contrato de Uso Temporário - o art. 30 dispôs que a administração do porto designará, no âmbito do instrumento contratual de uso temporário, as áreas e instalações portuárias disponibilizadas ou passíveis de disponibilização ao contratado. Ademais, o parágrafo único do referido artigo prevê que a administração do porto poderá, a qualquer tempo e no interesse público, reaver a área ou instalação objeto do instrumento pactuado, designando nova área ao contratado, observados os prazos previstos no art. 27, o que demonstra a precariedade do instrumento e a ausência de exclusividade sobre a área utilizada.

Outro dispositivo importante é o art. 32, que prevê que o interessado deverá dispor de equipamentos e instalações de fácil desmobilização de modo a preservar as condições iniciais do local e possibilitar a sua imediata desocupação, ao término do contrato ou quando assim determinado pela administração do porto. Esse dispositivo ainda estabelece que os investimentos vinculados ao instrumento deverão ocorrer exclusivamente às expensas do interessado, mediante anuência da administração do porto, sem direito a indenização de qualquer natureza, ou seja, os investimentos ocorrerão por conta e risco do interessado, não ensejando nenhuma forma de contrapartida da administração pública.

Conforme apontado previamente, e de acordo com Beserra (2012), a atividade de movimentação e armazenagem de mercadorias de ou para navio (operação portuária) é uma atividade econômica, e não, um serviço público. Portanto, a atividade objeto do Contrato de Uso Temporário dada sua natureza distinta do arrendamento (o uso temporário caracteriza-se pela exploração de área por empresa e para as suas específicas atividades empresariais), trata-se de atividade econômica e não de serviço público. Dessa forma, a regulação da atividade portuária deve observar todos os preceitos pertinentes, em especial o disposto no Capítulo I do Título VII da Constituição Federal, intitulado Dos Princípios Gerais da Ordem Econômica.

De todo modo, independentemente da caracterização da natureza da atividade, ao normatizar o Contrato de Uso Temporário, a ANTAQ utilizou-se do exercício da legítima

discricionariiedade reservada às agências reguladoras, para permitir flexibilidade ao modelo de economia regulada, dentro dos espaços legais deixados pelo legislador.

Resta amplamente evidenciado que os artigos do uso temporário tanto na Resolução nº 2.240/2011 - ANTAQ quanto na Resolução Normativa nº 7 estão em consonância com as Leis nº 8.630/1993 (antiga Lei dos Portos – revogada), 10.233/2001 e 12.815/2013 (nova Lei dos Portos) e com a Constituição Federal em seu art. 174.

Como já tratado, a ANTAQ foi criada pela Lei nº 10.233/2001 e seu art. 23 fixa como atribuições da os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas - e a exploração da infraestrutura aquaviária federal. Da mesma forma, o art. 27, V, da mesma lei, determina que cabe à ANTAQ elaborar e editar normas relativas à exploração da infraestrutura aquaviária, garantindo isonomia no seu acesso e uso e assegurando os direitos dos usuários e fomentando a competição entre os operadores.

Ademais, conforme tratado no item relativo às competências da ANTAQ, o art. 7º da Lei nº 12.815/2013 trouxe à lume a competência já prevista no IV do art. 27 da Lei no 10.233/2001, que permite à agência disciplinar a utilização de instalações portuárias por qualquer interessado, em caráter excepcional. A referida previsão normativa não é uma autorização legislativa em branco, que concede poderes ilimitados à ANTAQ; os *standards* e as balizas à atuação da agência para esse caso estão dispostos no artigo 3º da Lei nº 12.815/2013, segundo o qual:

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

I – expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias;
(...)

III – estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas;
(...)

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

Assim, verifica-se que o instrumento contratual para uso temporário de instalações portuárias normatizado pela ANTAQ, inicialmente pela Resolução nº 2.240 e atualmente pela Resolução Normativa nº 7, não inova no ordenamento jurídico ou contraria norma legal vigente, ao contrário do apontado pelo MPF na ação civil pública, em trâmite na 4ª Vara

Federal Cível, da Seção Judiciária do Espírito Santo (BRASIL, 2014). Na verdade, o CUT apenas disciplina o uso provisório, de caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou concedidas, tendo por alicerce a competência normativa da ANTAQ. Ainda, o ato normativo editado teve um objeto definido e destinatários determinados, para situações específicas, inseridas na esfera de atuação da ANTAQ.

Verifica-se, então, que, independentemente da vertente doutrinária adotada, a ANTAQ detém poder normativo/regulamentar para editar normas infralegais que regulam o setor portuário. Em especial, visto que, conforme expressamente previsto na Lei nº 12.815, a ANTAQ detém a competência para regulamentar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias.

De todo modo, alinha-se aqui ao entendimento exposto por Serra (2015) e Aragão (2013), no qual compreende-se que as lacunas objeto de regulação são espaço de legítima discricionariedade reservado às agências. A capacidade normativa delas, portanto, preenche um espaço deixado pelo legislador, para que seja possível se adequar às necessidades do setor regulado, sempre observando os princípios e diretrizes constantes na Lei de criação e de regência da respectiva entidade. Mesmo que não se adote a vertente da deslegalização, é mister compreender que o preenchimento desses espaços pouco densificados se coaduna com a decisão política de regulação da economia por intermédio de agências reguladoras independentes, onde deve existir espaço para decisões eminentemente técnicas. Exigir-se a reserva absoluta de lei para a edição de instrumentos contratuais para exploração de infraestrutura portuária não se compatibiliza com os fundamentos legitimadores das próprias agências reguladoras.

Conclui-se que ao criar o instrumento contratual denominado Contrato de Uso Temporário, a ANTAQ transitou no espaço de discricionariedade reservado às agências reguladoras no uso das suas competências institucionais, um espaço intencionalmente com baixa densidade normativa positivada em leis, dando margem ao preenchimento pelas respectivas áreas técnicas competentes para tanto, onde há, nas palavras de Barroso (2003), uma “relativa” reserva legal.

Ademais, observou-se que o Contrato de Uso Temporário detém nítida submissão ao interesse econômico em virtude da contrapartida pecuniária que esse tipo de contratação trouxe aos Portos que dele se utilizaram. Em diversos casos, o contrato aumentou a arrecadação e trouxe investimentos que, em virtude do tipo de atividade desempenhada, não seriam possíveis por meio do contrato de arrendamento portuário. Contudo, é de fundamental

importância esclarecer que o objetivo do instrumento não é meramente arrecadatório, mas de efetivamente de utilizar o bem público para incentivar determinada atividade, cumprindo com os princípios constitucionais de incentivo e planejamento da ordem econômica previstos no art. 174 da Constituição Federal.

Por fim, resta evidente que diante de uma necessidade do setor, a ANTAQ estabeleceu um instrumento válido, nos limites da própria lei que a criou e na lei que hoje regulamenta os portos no Brasil, compatível com os princípios e objetivos da regulação da atividade portuária, dando uso, destinação à áreas ociosas, mediante pagamento de tarifas, sem exclusividade e em caráter precário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Contrato de Uso Temporário é um interessante instrumento utilizado pelas administrações portuárias na atração de cargas e investimentos ao porto organizado. Tal forma contratual foi disciplinada a partir de uma norma infralegal editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários e, apesar de seus reconhecidos benefícios econômicos, teve sua validade questionada por órgãos de controle.

Diante da situação posta, o presente trabalho teve por objetivo analisar se, ao criar a modalidade contratual do uso temporário, teria a ANTAQ desbordado os limites de sua competência normativa, editando ato normativo que não decorreria diretamente de previsão legal, ou se tal ato seria o efetivo exercício do poder regulamentar a ela reconhecido, amparado pela sua competência técnica decorrente do fenômeno da deslegalização e por seu dever de incentivar o setor regulado.

Assim, cuidou-se de registrar que o surgimento das agências reguladoras no Brasil decorreu de uma decisão política destinada a enxugar a máquina pública, por meio do programa de desestatização econômica e da mudança de papel do Estado empreendedor para regulador. Tal decisão gerou a necessidade de criação de entes reguladores para a manutenção da qualidade do serviço que deixou de ser prestado pelo Estado e passou a ser exercido pela iniciativa privada.

Também abordou-se que a regulação somente é possível se esses novos entes reguladores detiverem autonomia e independência, para não funcionarem como órgãos de

governo sujeitos à políticas partidárias, e sim, como agentes de Estado, aliados a busca de um fim social e ao interesse público.

Ponto crucial do presente trabalho foi o de identificar, no que toca ao poder normativo das agências reguladoras no Direito Pátrio, as diferentes vertentes e desdobramentos relativos à amplitude da competência normativa, assim como as características e competências da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). O mesmo ocorreu quanto ao contexto em que foi criado o Contrato de Uso Temporário, as suas características e, por fim, os limites do exercício da competência normativa da ANTAQ, ao tratar da sua criação.

Verificou-se, nesse contexto, que o Contrato de Uso Temporário surgiu de uma necessidade do próprio setor, e de uma lacuna deixada pelo contrato operacional anteriormente considerado inválido pelo Tribunal de Contas da União (a qual também não era integralmente suprida pelo contrato de arrendamento).

Do ponto de vista do interessado, é possível realizar uma crítica quanto à ausência de segurança jurídica do instrumento para os investimentos realizados, pois se trata de um instrumento precário, cuja área pode ser retomada ou relocada a qualquer tempo. Nesse ponto, é preciso ressaltar que, desde o início, o interessado na utilização da área acorda com expressa previsão de que caso a administração do porto necessite da área, o empreendimento será realocado. Ademais, não se pode esquecer que a administração do porto é administração pública, cabendo a motivação do seus atos. Portanto, sob o prisma do Estado Democrático de Direito, a retomada da área ou realocação do empreendimento não pode ocorrer por mera liberalidade. Somente poderá ocorrer em caso de inequívoco interesse público. Caso contrário, tal medida ensejará demanda judicial para assegurar ao interessado a devida reparação pelas perdas e danos decorrentes do ato.

Observou-se também que entre as competências normativas atribuídas à ANTAQ, está incluída a regulamentação relativa à prestação de serviços de transporte e à exploração da infraestrutura aquaviária e portuária, editando normas e padrões a serem observados pelas autoridades portuárias, arrendatários e autorizatários.

Ainda, argumentou-se que a edição do normativo que previu o uso temporário constitui o preenchimento do espaço de legítima discricionariedade reservado pelos legisladores às agências reguladoras, para que seja possível adequar as necessidades do setor regulado, sempre observando os princípios e diretrizes constantes na Lei de criação e de regência. O preenchimento desses espaços se coaduna com a decisão política de regulação da

economia por intermédio de agências reguladoras independentes, sendo portanto necessário esse espaço para decisões eminentemente técnicas.

Ademais, verificou-se que no art. 7º da Lei 12.815/2013 está igualmente consignada a competência da agência para disciplinar o uso e exploração das instalações portuárias. Essa expressa previsão legislativa induz à conclusão de que, independentemente da vertente doutrinária adotada, a ANTAQ detém, sim, poder normativo/regulamentar para editar normas infralegais que regulam o setor portuário e, em especial, detém a competência para regulamentar a utilização, em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias.

Ao final, ficou demonstrado que, diante de uma necessidade fática do próprio setor, a agência estabeleceu um instrumento juridicamente válido, inserido nos estritos limites da lei (dos portos e de criação da ANTAQ), compatível com os princípios e com objetivos da regulação da atividade portuária, que, sob o contexto do fomento às atividades no porto organizado, permite a destinação de áreas ociosas, mediante pagamento de tarifas, sem exclusividade e em caráter precário, em linha com o exercício válido e sem desbordar de sua competência normativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de; XAVIER, Elton Dias. **O poder normativo e regulador das agências reguladoras federais: abrangência e limites**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11293&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em nov. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3ª ed. Ver e atual - Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 225, p. 109-130, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47568/44782>>. Acesso em: 31 Jan. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática**. In *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 174-188.

_____. Agências Reguladoras. Constituição e transformações do Estado e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 229, p. 285-312, fev. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46445/45191>>. Acesso em: 22 Jan. 2017.

_____. Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira. RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B.; FREITAS, R. V. **A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos– Aeroportos– Ferrovias– Rodovias**. p. 21-30. 2015.

BESERRA, Benjamin Gallotti. **Ensaio para um Compêndio Básico de Direito Portuário**. O Porto Organizado e os Regimes de Exploração Portuária. Brasília: Gráfica Alpha, 2005, vol. 1. 1ª ed.

_____. O Contrato Operacional. **Revista Direito Aduaneiro**, Marítimo e Portuário, São Paulo, Vol. 2, n. 8, p. 95 - 114, maio/jun, 2012.

BRODBEKIER, Bruno. Poder regulamentar da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 233, p. 141-178, jul./set. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45446/44997>>. Acesso em: 27 Jan. 2017.

PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; LANCIERI, F. M.; ADAMI, M. P.. O Diálogo Institucional das Agências Reguladoras com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário: Uma Proposta de Sistematização. **Direito da Regulação e Políticas Públicas** (Org. Carlos Ari Sundfeld e André Rosilho). 1ª ed., São Paulo, ed. Malheiros, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências Reguladoras e Poder Normativo. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 nov.2016.

_____. **Manual de Direito Administrativo**, Lumen Juris, 16ª ed., 2006.

_____. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. até a Lei n.º 12.587, de 3-1-2012. – São Paulo: Atlas, 2012

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999

_____. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DUTRA, Pedro. O poder regulamentar dos órgãos reguladores. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 239-256, jul/set 2000. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47590/45183>>. Acesso em: 31 Jan. 2017.

GOMES, Carlos Afonso Rodrigues. **Da adequação do contrato de uso temporário ao regime jurídico dos portos públicos**. Conteúdo Jurídico, Brasília/DF: 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42207>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

GONZAGA, Yara de Melo Miranda. **Função normativa da administração: uma análise acerca do fenômeno da deslegalização**. 12 de dez de 2014. 114 fls. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte. 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9XRFOJ/fun_o_normativa_da_administra_o_uma_an_lise_acerca_do_fen_meno_da_deslegaliza_o.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 de jan. 2017.

GUERRA, Sérgio. Tecnicidade e regulação estatal no setor de infraestrutura. In: RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B.; FREITAS, R. V (ORG). **A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos– Aeroportos– Ferrovias– Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum. p. 33 – 47. 2015.

HEEREN, Márcia Lopes Gomes. Mudança de Competências e Novas Formas de Exploração Portuária. In: RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B.; FREITAS, R. V. **A Nova Regulação da Infraestrutura e da Mineração: Portos– Aeroportos– Ferrovias– Rodovias**. Belo Horizonte: Fórum. p. 137 – 156. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 9, nº 100, jun de 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; FERNANDES, Luís Justiniano de Arantes, As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. In: CARDOSO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1082- 1134.

MARRARA, Thiago; FERRAZ, Luciano. **Tratado de direito administrativo**, v. III - direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. 550p

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAVANI, Daniela Elia. **Regulação e Agências Reguladoras no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/13836047>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Arrendamento portuário para fins não públicos**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 10, n. 36, p. 37-46, jan./mar. 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo Ordenador**. 1ª ed. 3ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Direito administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

_____. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031imprensa.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Brasília: Congresso Nacional, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8630.htmimprensa.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. 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, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Decreto no 6.620, de 29 de outubro de 2008. Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários de competência da Secretaria Especial de Portos da Presidência da República, disciplina a concessão de portos, o arrendamento e a autorização de instalações portuárias marítimas, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6620.htmimprensa.htm>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/mpv/595imprensa.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Brasília: Congresso Nacional, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12815.htm>. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Decreto no 8.033, de 27 de junho de 2013. Regulamenta o disposto na Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Brasília: Presidente da República, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8033.htm#art48 >. Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. Lei nº 13.341, de 29 de setembro de 2016. Altera as Leis nos 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória no 717, de 16 de março de 2016. Brasília: Presidente da República, 2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13341.>. Acesso em: 26 jan. 2017.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS. Resolução nº 2.240-ANTAQ, de 4 de outubro de 2011, publicada no Diário Oficial da União, de 07/10/2011, seção 1.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIARIOS. Resolução Normativa nº 7 - ANTAQ, de 30 de maio de 2016, Publicada no DOU de 02/06/2016, Seção I, RETIFICADA PELA RESOLUÇÃO Nº 4843-ANTAQ, DE 6 DE JUNHO DE 2016.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 2.896/2009. Relator: RODRIGUES, Walton Alencar. Sessão de 2 de dez de 2009. Ata nº 51/2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso em 02 de jan. de 2017.

_____. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão Nº 1.514/2013. Relator: CEDRAZ, Aroldo. Sessão de 19 de jun de 2013. Ata nº22/2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=476981> >. Acesso em 02 de jan. de 2017.

_____. SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESPÍRITO SANTO. 4ª Vara Federal Cível. AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 0006647-60.2014.4.02.5001, Autor: Ministério Público Federal, Réu: Agência Nacional de Transportes Aquaviarios. Autuado em 02 de Out. de 2014.