

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PÓS-GRADUAÇÃO

DENIS AUSTIN GAMELL

**ARRENDAMENTO PORTUÁRIO COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EM
SENTIDO ESTRITO**
EVOLUÇÃO DO DIREITO POSITIVO E PERDA DA CAPACIDADE EXPLICATIVA DA
NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

BRASÍLIA

2021

DENIS AUSTIN GAMELL

**ARRENDAMENTO PORTUÁRIO COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EM
SENTIDO ESTRITO**
EVOLUÇÃO DO DIREITO POSITIVO E PERDA DA CAPACIDADE EXPLICATIVA DA
NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da Professora MARILDA DE PAULA SILVEIRA apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2021

DENIS AUSTIN GAMELL

**ARRENDAMENTO PORTUÁRIO COMO ATIVIDADE ECONÔMICA EM
SENTIDO ESTRITO**
EVOLUÇÃO DO DIREITO POSITIVO E PERDA DA CAPACIDADE EXPLICATIVA DA
NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Data da Defesa: 30 de dezembro de 2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marilda de Paula Silveira
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Marçal Justen Filho
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP

Prof. Bernardo Strobel Guimarães
Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR

Prof. Márcio Iório Aranha
Universidade de Brasília - UnB

“Bello na verdade, no mais lato sentido da palavra, porque em que parte do Globo se encontra um Paiz que rivalize ou exceda o Brazil na sua posição geographica, na extensão do seu Território, na grandeza do seu exterior, no esplendor do seu clima, no viçoso de sua vegetação, na magnitude e numero dos seus rios, na facilidade de comunicações que estes oferecem, na extensão das suas costas, e na magnificência dos seus portos naturaes, na facilidade e segurança com que a navegação das suas praias é feita, devida à ausência de perigos ou obstáculos naturaes, na direcção peculiar dos ventos e correntes do Oceano Atlantico que tornam a estrada real para a condução do trafico naval do mundo para passar ao longo das suas praias, na sua riqueza mineral, na abundancia de madeira e outros materiaes indispensáveis para construcção, e acima de tudo na posse d’um Governo esclarecido e constitucional cheio de vida e vigor, cuja voz, e firme attitude tem-se tornado admiração e modelo das grandes nações da Terra?”

- LAW, Henry; BLOUNT, John. **Memória para o Melhoramento do Porto de Pernambuco**. Londres: Waterlow and Sons, 1856.

DEDICATÓRIA

Àquela que é Mãe do Bom Conselho e Sede da Sabedoria, refúgio dos pecadores e consoladora dos aflitos, Rainha concebida sem pecado original e assunta aos céus, Virgem poderosa, clemente e fiel a quem entreguei toda minha vida em uma escravidão irrevogável de amor.

À Fernanda Austin com quem me tornei uma só carne diante do altar e a quem prometi o meu amor por todos os dias em que este modesto coração palpitar. Não me faltem bríos para renhir o mundo se for pelo sorriso da sua face ou pelo brilho dos seus olhos.

À Helena, minha querida irmã, sangue do meu sangue, pois poderá sempre contar com seu irmão.

Ao meu primeiro filho Gregório, querido e amado desde o início, orgulho de seu pai.

Ao meu segundo filho também amado e querido desde a concepção. Deus deu, Deus levou.
In memoriam +

AGRADECIMENTO

Agradeço imensamente à Professora Marilda de Paula Silveira, minha orientadora, pela paciência, pela disponibilidade e pelo aconselhamento. Foram fundamentais para o desenvolvimento deste trabalho e para que eu fosse até o fim.

Agradeço ao Lucas Navarro Prado por ter visto qualquer brilho naquele estudante de graduação quando me deu uma chance e me contratou como estagiário. Se me tornei advogado, foi porque de você aprendi o ofício. Obrigado por essa parceria que tanto me enriquece moralmente e profissionalmente.

Agradeço ao Eber Luciano Santos Silva, porque descortinou diante de mim um universo de pequenas humildades para além das vaidades do direito ao mostrar-me um exemplo equilibrado de zelo, prudência e responsabilidade no trato com clientes, subordinados e superiores.

Agradeço ao Danilo de Moraes Veras por ter sido sempre franco comigo, dizendo o que pensava mesmo que não fosse o que eu gostaria de ouvir, de modo que tive que exigir de mim mesmo mais e mais. Em quase dez anos, como você voou profissionalmente e como sua família ficou bonita! Isso me inspira.

Por fim, agradeço ao Samuel, mais novo dos nossos advogados, cuja assistência de pesquisa neste trabalho foi frutuosa e oportuna. Não tenho dúvida de que terá um futuro brilhante, pois não encontrei alguém com tanta sede de aprender e humildade para ouvir.

SUMÁRIO

RESUMO.....	9
ABSTRACT.....	10
GLOSSÁRIO DE ABREVIACÕES.....	11
INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO I. ESTABELECIMENTO DE UM CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO REFERENCIAL TEÓRICO.....	20
1.1. Critérios adotados para a escolha de um conceito.....	20
1.2. O conceito de serviço público de Vitor Rhein Schirato.....	25
CAPÍTULO II. SURGIMENTO DA NOÇÃO DE EXPLORAÇÃO DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO.....	37
2.1. Aforamento / arrendamento de trapiches e concessões de portos no Império e na República Velha: institutos sem caráter publicista.....	37
2.2. O nascimento da concepção de serviço público na doutrina brasileira e os decretos portuários de Getúlio Vargas: as concessões de Portos Organizados como serviços públicos.....	45
2.3. Portobrás e a concepção de exploração de infraestrutura portuária nos Portos Organizados como atividade econômica privada por empresas estatais durante o Regime Militar.....	53
2.4. Ressurgimento da noção de infraestrutura portuária em Portos Organizados como um serviço público a partir da Constituição de 1988.....	58
2.5. Constatação das oscilações e ramificações.....	65
CAPÍTULO III. <i>LOCUS</i> DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO NO UNIVERSO DE REGIMES JURÍDICOS DE EXPLORAÇÃO DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA E EVOLUÇÃO RECENTE DO DIREITO POSITIVO.....	68
3.1. O locus do arrendamento portuário na disciplina de exploração de infraestrutura portuária.....	68
3.2. Assimetria regulatória entre terminais arrendados e TUPs.....	74
3.3. Assimetria regulatória entre terminais arrendados e terminais explorados sob regime privado em Portos Organizados concedidos.....	89
3.4. Os elementos constitutivos do regime jurídico do arrendamento portuário após a minirreforma setorial.....	92
CAPÍTULO IV. PERDA DA CAPACIDADE EXPLICATIVA DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO SOBRE O ARRENDAMENTO PORTUÁRIO.....	103
4.1. A exploração de infraestrutura mediante arrendamento portuário pressupõe um direito fundamental?.....	103
4.2. O princípio da universalização se aplica ao arrendamento portuário?.....	112
4.3. O princípio da continuidade se aplica ao arrendamento portuário?.....	117
4.4. O princípio da modicidade tarifária se aplica ao arrendamento portuário?.....	122

4.5. O arrendamento portuário possui natureza jurídica de concessão ou subconcessão de serviço público?	127
4.5.1. Desenquadramento das atividades do art. 21, inc. XII, da CF88 como serviços públicos	131
4.5.2. Desvinculação entre serviços portuários e exploração de infraestrutura portuária promovida pela Lei nº 12.815/2013.....	134
4.5.3. Eliminação da essencialidade de cláusulas típicas de contratos de concessão nos arrendamentos portuários	136
4.5.4. Histórico do regime jurídico da exploração portuária contradiz o suposto caráter publicista da exploração	137
CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS.....	142
APÊNDICE A – Organograma de regimes de exploração de infraestrutura portuária.....	154

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 - Movimentação dos Porto Organizados vs. TUPs 2010-2020.....	75
Figura 3 - Participação percentual na movimentação de contêineres por unidade de carga (u) 2010-2020.	76
Figura 2 - Taxas de crescimento ano a ano de movimentação dos Portos Organizados vs. TUPs 2011-2020.	76
Figura 4 - Contratos de arrendamento vs. autorizações de TUPs 2010-2020.....	77

ÍNDICE DE TABELAS

Tabela 1 - Aspectos de assimetria regulatória entre TUPs e arrendamentos portuários	81
Tabela 2 – Cláusulas essenciais do contrato de arrendamento antes e depois da Lei nº 14.047/2020...97	
Tabela 3 – Lista de terminais de passageiros arrendados.	108
Tabela 4 – Lista de IP4 registradas.	110

RESUMO

Este trabalho analisou a capacidade explicativa de um conceito de serviço público moderno aplicado à exploração de terminais portuários localizados dentro de Portos Organizados mediante arrendamento. Tendo em vista a evolução do direito positivo e vários aspectos fáticos relacionados à configuração do setor portuário, o conceito de serviço público falhou em abarcar o fenômeno da exploração portuária mediante arrendamento, levando à conclusão da necessidade de enquadrar a referida exploração como uma atividade econômica em sentido estrito. Assim sendo, restrições regulatórias à concorrência causadoras de ônus e encargos que coloquem os terminais arrendados em desvantagem competitiva com seus competidores diretos – TUPs e terminais sob regime privado em portos concedidos – tendem a não resistir a um juízo de ponderação, exigindo, por sua vez, dos reguladores um maior ônus argumentativo, sob pena de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: portos; arrendamento portuário; serviço público; atividade econômica; assimetria regulatória.

ABSTRACT

This work analyzed the explanatory power of a modern concept of public service applied over the exploration of port terminals in Brazilian Organized Ports through lease agreements. In view of the evolution of positive law and several factual aspects related to the configuration of the port sector, the concept of public service failed to encompass the phenomenon of port exploration through lease agreements, leading to the conclusion that it has to be reframed as an economic activity in strict sense. Therefore, regulatory restrictions on competition causing burdens and charges that place leased terminals at a competitive disadvantage with their direct competitors - TUPs and terminals under the private regime in conceded ports - tend not to resist a judgment of weighting, demanding, in turn, from the regulators a greater argumentative burden, under penalty of unconstitutionality.

Keywords: ports; port lease; public service; economic activity; regulatory asymmetry.

GLOSSÁRIO DE ABREVIACÕES

ABTP – Associação Brasileira dos Terminais Portuários

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

ATP – Associação de Terminais Portuários Privados

B3 – Brasil, Bolsa Balcão S.A.

CF88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CODEBA – Companhia Docas do Estado da Bahia

DNIT – Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

EPL – Empresa de Planejamento Logístico

EVTEA – Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental

ESC – Essential Services Commission do Estado de Vitória na Austrália

IP4 – Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte

MINFRA – Ministério da Infraestrutura

MTPA – Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil

OGMO – Órgão Gestor de Mão-de-Obra

PDZ – Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto Organizado

PGO – Plano Geral de Outorgas

PND – Programa Nacional de Desestatização

SDP – Sistema de Desempenho Portuário

SEP/PR – Secretaria Especial de Portos da Presidência da República

SICRASP - Sistema de Contabilidade Regulatória Aplicável ao Setor Portuário

SNP – Secretaria Nacional de Portos

SNPTA – Secretaria Nacional de Portos e Transportes Aquaviários

SPA – Santos Port Authority

SPU – antiga Secretaria de Patrimônio da União

SCGPU – Secretaria de Coordenação e Governança do Patrimônio da União do Ministério da Economia

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRI – Termo de Risco de Investimento

TUP – Terminal de Uso Privado

INTRODUÇÃO

O problema proposto diz respeito ao enquadramento da exploração de instalações portuárias mediante arrendamento nos Portos Organizados como atividade econômica em sentido estrito. As razões que levam à constatação do problema e permitem a sua propositura enquanto objeto de pesquisa consistem na identificação de que, embora parte substancial da doutrina jurídica considere a exploração de infraestrutura portuária nos Portos Organizados como um serviço público, características intrínsecas ao funcionamento do setor e avanços recentes da legislação setorial parecem oferecer algum desafio à *capacidade explicativa* da noção de serviço público quando aplicada aos arrendamentos portuários¹.

No âmbito doutrinário, a linha de pensamento prevalecente considera que a exploração de infraestrutura portuária é um serviço público quando ocorre nos Portos Organizados mediante exploração direta pela União ou indireta, por *concessão* ou por *arrendamento* portuário; paralelamente, a exploração de infraestrutura portuária mediante *autorização* seria uma atividade econômica exercida por particulares em seu próprio interesse e, portanto, não poderia ser enquadrada como um serviço público². Diz-se que essa linha de pensamento é prevalecente, porque, ao longo do tempo, foi sendo sedimentada na prática

¹ O que se pretende dar a entender por capacidade explicativa (também força explicativa) consiste em uma análise puramente lógica da adequação de uma teoria enquanto conjunto de enunciados propositivos sobre um determinado objeto de conhecimento e uma descrição mais detalhada e abrangente possível dos aspectos do objeto teorizado, de modo que o objeto explicado decorra como uma conclusão lógica da teoria aplicada sobre determinadas condições iniciais. Essa perspectiva permite que possa haver uma gradação: uma teoria pode ter maior ou menor capacidade explicativa, na medida em que dela decorre logicamente mais ou menos elementos do objeto explicado. Cf. POPPER, Karl. **A Lógica das Ciências Sociais**, 3ª Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 28-29.

² Cf. PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W. O Marco Regulatório do Setor Portuário Brasileiro. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) **Direito Portuário Brasileiro**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pp. 31-64, p. 45-46 e p. 55; GUERRA, S. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) **Direito Portuário Brasileiro**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pp. 75-92, p. 76; JUSTEN FILHO, M. O Regime Jurídico das Atividades Portuárias e seus Reflexos sobre a Delimitação do Porto Organizado. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) **Direito Portuário Brasileiro**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pp. 291-328, p. 294-295; GROTTI, D. A. M.; LIMA, C. M. M. A. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) **Direito Portuário Brasileiro**. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pp. 169-186, p. 175-179; JUSTEN FILHO, M. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito brasileiro. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 4, nº 16, out./dez. 2006; MARQUES NETO, F. A.; LEITE, F. B. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 231, jan./mar. 2003, p. 276. ARAGÃO chegou a expressar dúvida sobre se a atividade desempenhada nos terminais autorizados não seria na verdade um serviço público delegado através de um tipo de outorga inadequado, tendo em vista que, com a edição da Lei nº 12.815/2013, foram eliminadas as limitações à movimentação de carga de terceiros em terminais privados autorizados que impediam uma ampla e livre competição entre estes e terminais arrendados, fazendo com que, materialmente, a atividade explorada em um e em outro fosse idêntica. ARAGÃO, A. S. **Direito dos Serviços Públicos**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017, p. 230.

institucional, podendo ser identificada como posicionamento das principais entidades e órgãos de Estado com atuação no setor tais como a ANTAQ³, o MINFRA⁴ e o TCU⁵; além de poder ser identificada como posicionamento de entidades não estatais, porém com grande capacidade de representação de agentes setoriais, p.ex. a ATP⁶ que representa os terminais privados.

Entretanto, apesar da constatação de um certo consenso doutrinário e de um certo respaldo institucional na praxe administrativa e na jurisprudência de contas, observam-se os seguintes aspectos que permitiriam colocar sobre a matéria – ao menos numa análise perfunctória – um sinal de dúvida:

- a. A operação portuária em si, isto é, o serviço propriamente relacionado à atividade portuária que engloba o embarque e desembarque de passageiros, a movimentação e a armazenagem de mercadorias, embora possa ser realizada diretamente pela Autoridade Portuária de um Porto Organizado está sujeita a um regime de livre competição, bastando que as empresas privadas que intentem ofertar o serviço atendam a requisitos de pré-qualificação para que possam ser contratados mediante

³ No contexto de enquadramento das autorizações de terminais portuários no art. 3º, inc. IX, §§ 6º e 7º, da Lei 13.874/2019 - Declaração de Direitos de Liberdade Econômica – para efeitos de aprovação tácita, a ANTAQ reconheceu no bojo da Resolução 7.992/2020-ANTAQ de 31/08/2020, Processo SEI ANTAQ nº 50300.000998/2020-98, que a exploração de terminais autorizados seria classificada como atividade econômica, muito embora a competência para emitir o ato de outorga seja do Poder Concedente exercido pelo MINFRA. Conforme ficou consubstanciado no voto (SEI 1112204) de lavra do Diretor-Relator da matéria, o Sr. Francisval Mendes, a exploração de infraestrutura portuária dentro dos Portos Organizados foi entendida como serviço público por exclusão e em consonância com o entendimento já expressado pelo MINFRA.

⁴ Por sua vez, a CONJUR do MINFRA, após uma análise bastante lúcida da doutrina existente, manifestou-se a respeito também no contexto de enquadramento das autorizações de terminais portuários como atividade econômica para efeitos de aplicação da aprovação tácita prevista no art. 3º, inc. IX, §§ 6º e 7º, da Lei 13.874/2019 - Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Em contrapartida, a exploração de Porto Organizado, diretamente ou mediante concessão, e a exploração de arrendamento portuário foram enquadradas como serviços públicos. (Cf. Parecer nº 56/2020-CONJUR-MINFRA-CGU-AGU de 29/01/2020, SEI 3728287, Processo SEI MINFRA nº 50001.005006/2021-74). Esse entendimento foi acatado pelo atual Ministro de Estado da Infraestrutura, Sr. Tarcísio Gomes de Freitas, que editou a Portaria 127/2020-GM-MINFRA de 31/08/2020 no sentido de conferir prazos para aprovação tácita de pedidos de autorização de TUP.

⁵ P.ex.: **Auditoria Operacional sobre Limitações dos Portos Organizados em Comparação com os TUPs**, 2020, p. 13 e 72. Aprovado pelo Acórdão nº 2.711/2020-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas; Acórdão nº 1.439/2016-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, que tratou de aumento de preços praticados em arrendamento portuário da Libra Terminal Rio S.A. e de cobrança abusiva de Terminal Handling Charge (THC), considerando a movimentação de carga no Porto Organizado como serviço público; e Acórdão nº 3.661/2013-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes.

⁶ Associação de Terminais Portuários Privados – ATP. **Portos para não portuários**, 3ª Ed. Brasília: ATP, 2020. Acessível em: <https://www.portosprivados.org.br/>. Esse entendimento classificatório não obsta que a ATP por meio de seu Diretor Presidente, o Sr. Murillo Barbosa, venha manifestando entendimentos favoráveis ao processo de flexibilização do regime jurídico dos Portos Organizados até mesmo a conversão destes em condomínios de TUPs, processo apelidado no setor de “tupização”. Exemplo disso, foi a recente manifestação da ATP no âmbito de audiência e consulta pública promovida pela ANTAQ a propósito da desestatização dos Portos Organizados de Vitória e Barra do Riacho localizados no Espírito Santo.

livre escolha pelos requisitantes dos serviços. Destaque-se que a Lei nº 12.815/2013, a partir de alteração legislativa bastante recente promovida pela Lei nº 14.047/2020, consagrou como diretriz de política pública do setor a *liberdade de preços nas operações portuárias* (art. 3º, inc. VI).

- b. Na transição de marco regulatório da Lei nº 8.630/93 para a Lei nº 12.815/2013, houve a eliminação dos limites para movimentação de carga de terceiros relativamente aos terminais autorizados⁷. Assim, de repente, o direito positivo eliminou a única distinção material entre a exploração de infraestrutura portuária por autorização – terminais privados – e por arrendamento – terminais públicos –, criando dois regimes jurídicos com densidades regulatórias antagônicas para a mesma atividade, ora tida como privada ora tida como pública, sendo que, com bastante frequência, ambas terminam competindo pelos mesmos mercados.
- c. A Lei nº 12.815/2013, diferentemente do que ocorre comumente com os marcos legais de serviços públicos⁸, não se referiu à exploração de infraestrutura portuária como serviço público, aplicando aos instrumentos de exploração a categoria jurídica de cessão onerosa (art. 2º, incs. IX e XI), tipicamente utilizada para a exploração privativa de bens públicos.
- d. Pode-se identificar um número relevante de terminais arrendados que integram cadeias logísticas verticalizadas, de modo que a empresa que titula o arrendamento utiliza a infraestrutura para si própria ou apenas para outras empresas do mesmo grupo econômico⁹. Desse modo, com o uso privativo da infraestrutura, fica descaracterizada a noção de prestação de serviço público a qualquer usuário.

⁷ À época, a proposição legislativa de eliminação da diferença material entre os terminais públicos e os privados provocou grandes reações institucionais com a elaboração de pareceres de eminentes juristas contrários e a favor da alteração. Cf. ABRATEC. **Regulação Portuária e Concorrência. Pareceres Jurídicos e Econômicos Relativos à ADPF nº 139**. Rio de Janeiro: ABRATEC: 2009.

⁸ Como p.ex. a Lei 11.445/2007 que no seu art. 2º, *caput*, principia “os serviços públicos de saneamento...” ou a Lei 9.074/95 ao qualificar como serviços públicos aqueles relacionados à geração, distribuição e transmissão de energia elétrica quando prestados por meio de concessão e permissão (v. art. 4º e ss.).

⁹ Muito embora seja comum que alguma capacidade instalada remanescente possa ser comercializada com terceiros, p.ex. como ocorre no mercado de distribuição de combustíveis, essa comercialização costuma ocorrer em caráter residual e por força de regulação setorial específica que determina a necessidade de manutenção de estoque (regulatório) mínimo.

- e. Através do Ag. Reg. no Ag. Reg. no RE 861.191/PR¹⁰, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 06/03/2019, e do Ag. Reg. no RE 892.727/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, DJe 16/11/2018¹¹, o STF entendeu que não seria aplicável o regime de precatórios à Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina (APPA), empresa pública que exerce as competências de Autoridade Portuária por delegação da União ao Estado do Paraná. O fundamento da decisão foi a consideração de que, como a empresa atuaria em regime de concorrência, isto é, sem monopólio, exerceria atividade econômica em sentido estrito; portanto, ser-lhe-ia aplicável o regime de direito privado nos termos do art. 173, § 2º, inc. II, da CF88. Foram votos vencidos o Min. Alexandre de Moraes e o Min. Luís Roberto Barroso que apontaram ambos o enquadramento da atividade da empresa como serviço público.

A questão do enquadramento da exploração de infraestrutura portuária nos Portos Organizados como um serviço público está na ponta de lança do debate atual sobre as reformas do setor portuário, pois a marcada assimetria regulatória decorrente de um regime jurídico mais rígido para a exploração de infraestrutura portuária localizada nos Portos Organizados, paralelamente a um regime mais flexível para os TUPs, encontra consequências práticas no

¹⁰ De acordo com a ementa:

DIREITO ADMINISTRATIVO. EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA - APPA. EMPRESA PÚBLICA. LEI Nº 17.895/2013 DO ESTADO DO PARANÁ. PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. REGIME DE CONCORRÊNCIA. EXECUÇÃO DIRETA. ART. 173, §§ 1º, II, E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIOS. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. A Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA ostenta personalidade jurídica de direito privado, exerce atividade econômica em regime concorrencial, sem monopólio e com vista a auferir lucro (Lei nº 17.895/2013, do Estado do Paraná). Sujeita-se, pois, ao regime jurídico constitucional das empresas privadas – execução direta –, na forma do art. 173, §§ 1º, II, e 2º, da Constituição Federal, a ela não se aplicando o regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal. Precedentes. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido.

¹¹ Segundo a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRAÇÃO DOS PORTOS DE PARANAGUÁ E ANTONINA - APPA. EMPRESA PÚBLICA. LEI Nº 17.895/2013 DO ESTADO DO PARANÁ. PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. REGIME DE CONCORRÊNCIA. EXECUÇÃO DIRETA. ART. 173, §§ 1º, II, E § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIOS. A Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina - APPA ostenta personalidade jurídica de direito privado, exerce atividade econômica em regime concorrencial, sem monopólio e com vista a auferir lucro (Lei nº 17.895/2013, do Estado do Paraná). Sujeita-se, pois, ao regime jurídico constitucional das empresas privadas – execução direta –, na forma do art. 173, §§ 1º, II, e 2º, da Constituição Federal, a ela não se aplicando o regime de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal. Precedentes. Agravo regimental provido.

âmbito concorrencial e na alocação de investimentos em expansão da infraestrutura portuária nacional. Como será visto no Capítulo III, há evidências empíricas de que essa assimetria ocasiona disparidade no *output* econômico entre Portos Organizados e TUPs, colocando estes em um patamar (*level playing field*) de vantagem em relação àqueles para responder com agilidade e sem interferência governamental às variações inerentes ao mercado global de transporte marítimo.

Nesse contexto, o enquadramento como serviço público assume um papel relevante no momento de definição do regime jurídico aplicável sobre a atividade de exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento e, conseqüentemente, repercute de forma direta na consecução dos objetivos de política pública portuária estabelecidos na Lei nº 12.815/2013, especialmente o de *aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País* (cf. art. 3º, *caput*).

Desse modo, o objetivo da pesquisa consiste em analisar se a assunção que parte da doutrina jurídica faz sobre a exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento portuário como um serviço público se apresenta coerente com um determinado conceito de serviço público considerando as evoluções do marco legislativo do setor portuário, os diferentes regimes jurídicos aos quais se subsume a exploração da infraestrutura portuária e o que há de atual no debate brasileiro sobre o conceito de serviço público.

Partindo desse objetivo, a pesquisa se desenvolveu através dos seguintes passos:

No CAPÍTULO I, foi selecionado entre autores contemporâneos de maior representatividade e produção bibliográfica sobre o tema um conceito atual de serviço público a ser utilizado como referencial teórico. Há inúmeros conceitos de serviço público encontráveis na doutrina nacional de direito administrativo, existindo igualmente um longo debate sobre qual seria o conceito mais adequado. Como não é o objetivo do presente trabalho a construção de um marco teórico, mas partir de um marco teórico para se alcançar o resultado da projeção deste sobre o objeto de pesquisa, foi procedido um recorte exploratório a fim de que se possa eleger um conceito sob os critérios de atualidade dentro do debate teórico doutrinário e de conexão com o direito positivo vigente. Como será visto, o conceito eleito mediante os critérios mencionados foi o propugnado por VITOR RHEIN SCHIRATO.

No CAPÍTULO II, foi empreendido um esforço de identificar o momento no qual surge a noção de exploração de infraestrutura portuária como serviço público no Brasil, pois

uma análise preliminar do histórico normativo da regulação portuária no Brasil denota a sucessão e coexistência de múltiplos regimes jurídicos para a exploração da infraestrutura portuária desde o início do Império até a Nova República. Em vista disso, verificou-se que, ao menos em relação ao arrendamento portuário, a resposta não é nem um pouco óbvia, visto que a disciplina da exploração de infraestrutura portuária oscilou entre o público e o privado e se diversificou em inúmeros regimes no decorrer do tempo até chegar ao estágio atual.

No CAPÍTULO III, analisou-se o regime de exploração da infraestrutura portuária mediante arrendamento buscando identificar seu *locus* na constelação de regimes atualmente existentes para a exploração de infraestrutura portuária e também identificando os elementos constitutivos do arrendamento portuário, essenciais e acidentais, sobretudo a partir da minirreforma setorial promovida pela Lei nº 14.047/2020. A partir dessa análise, foi possível gerar um escopo analítico minimamente suficiente para lançar luzes sobre a existência de elementos comuns e dissonantes que permitissem alguma conclusão relevante para a aplicação do conceito de serviço público. Concluiu-se que houve o esforço legislativo no sentido de afastar o regime do arrendamento portuário da noção de serviço público no intuito de mitigar a assimetria regulatória enfrentada em face dos TUPs.

No CAPÍTULO IV, analisou-se a adequação do conceito de serviço público ao regime jurídico da exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento nos Portos Organizados, empreendendo-se o cotejo do regime específico destinado aos Portos Organizados com o conceito de serviço público escolhido de modo a produzir uma conclusão qualitativa sobre o grau de adequação, retirando-se conclusões sobre a capacidade explicativa do conceito no que diz respeito ao fenômeno jurídico da exploração portuária por arrendamento. A conclusão alcançada foi de que o conceito de serviço público não possui capacidade explicativa sobre a exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento. Consequentemente, por exclusão, a exploração desse tipo de infraestrutura deve ser classificada como atividade privada ou atividade econômica em sentido estrito.

Na CONCLUSÃO, foram sumarizados os principais resultados da presente pesquisa obtidos nos capítulos precedentes, bem como apresentadas considerações sobre as consequências práticas no mundo jurídico da classificação da exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento como atividade econômica em sentido estrito. Valendo-se da lição de EDUARDO FERREIRA JORDÃO, em especial, conclui-se que, diante do enquadramento

como atividade econômica em sentido estrito, as restrições regulatórias à concorrência que criam assimetrias na forma de ônus ou encargos de caráter inadequado, desnecessário e desproporcional, colocando os terminais arrendados em desvantagem frente a seus concorrentes diretos, tornam-se incompatíveis com a Ordem Econômica estabelecida pela CF88.

A presente pesquisa possui natureza predominantemente dedutiva, pois trata-se de estabelecer uma premissa maior relativa a um conceito jurídico de serviço público – dentre diversos conceitos possíveis – e, posteriormente aplicá-la sobre uma premissa menor relativa à configuração da exploração de infraestrutura portuária por meio de arrendamento existente no ordenamento jurídico brasileiro¹².

Não obstante, como há uma etapa de contextualização que permita identificar para além do direito positivo vigente quando a tradição jurídica nacional conferiu à exploração de infraestrutura portuária a qualificação de serviço público, por se tratar da coleta e ordenação de informações sobre legislação, doutrina e documentos históricos para, a partir desses dados, chegar-se a uma conclusão, esta etapa da pesquisa possui natureza indutiva¹³.

No âmbito da pesquisa jurídica, o campo científico em que se localiza a pesquisa é o da investigação dogmática do direito, pois trata-se de verificar a forma adequada de aplicação e interpretação de conceitos e categorias jurídicas¹⁴. Isso em vista, como a pesquisa envolverá essencialmente a análise de textos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos, a principal estratégia para a obtenção de dados que permitam o desenvolvimento da pesquisa será a revisão bibliográfica.

¹² Cf. LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. D. **Metodologia Científica**, 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 63.

¹³ Cf. *idem*, p. 53.

¹⁴ Cf. VERONESE, A. Pesquisa Jurídica. Verbete in: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A.; FREIRE, A. (COORD.) **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017 pp. 1-33, p. 14. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/141/edicao-1/pesquisa-em-direito>

CAPÍTULO I. ESTABELECIMENTO DE UM CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO REFERENCIAL TEÓRICO

Este capítulo trata da seleção do referencial teórico que será utilizado no decorrer do trabalho para efeitos de responder de forma coerente o problema de pesquisa. Como não é o objetivo do presente trabalho a construção de um marco teórico, mas partir de um marco teórico para se alcançar o resultado da projeção deste sobre o objeto de pesquisa, bem como há inúmeras possibilidades de seleção de referenciais teóricos, será procedido um recorte exploratório a fim de que se possa eleger um conceito sob critérios que, apesar de arbitrários, possam ser racionalmente justificados.

1.1. Critérios adotados para a escolha de um conceito

Selecionar um conceito de serviço público que sirva como critério balizador da presente investigação é um desafio, pois dentre os autores contemporâneos de maior representatividade e produção bibliográfica sobre o tema não existe um consenso¹⁵. Há inúmeros conceitos de serviço público encontráveis na doutrina nacional de direito administrativo, existindo igualmente um longo debate sobre qual seria o conceito mais adequado. Esse debate, em geral, costuma ser marcado por preferências ideológicas sobre uma visão de ordem política e de Estado seja da parte dos defensores de uma visão mais estatista seja dos que possuem uma visão menos intervencionista¹⁶. Todavia, seria demais para o escopo do presente trabalho pretender um exame minucioso dos diversos entremeios deste debate, bastando para sua consecução que seja feito um recorte exploratório para que se possa eleger um conceito à luz de alguns critérios. Desse modo a escolha de um conceito para fins desta pesquisa pode ser identificada como uma decisão racionalmente arbitrária. Explica-se:

- a. *Racional*, porquanto é possível estabelecer alguns critérios que garantam certo grau de justificação em relação à utilidade e representatividade da escolha. Isso não significa, contudo, que a escolha seja feita em função de se ter encontrado o conceito correto ou verdadeiro, pois os conceitos de outros autores poderiam ser igualmente escolhidos sem representar em si um prejuízo de qualidade acadêmica para a análise,

¹⁵ Cf. DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 33^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 280.

¹⁶ Cf. ARAGÃO, A. S. Op. cit., 2017, p. 28-29.

mas apenas um ponto de partida sob uma perspectiva distinta acerca do mesmo tema e, possivelmente, um ponto de chegada igualmente distinto. Também não significa cair em um relativismo indolente onde qualquer conceito poderia ser escolhido, pois todos os conceitos teriam o mesmo valor; visto que é preciso reconhecer que, em um suposto mercado de livre circulação das ideias, conceitos distintos sobre o mesmo objeto naturalmente competem entre si gerando ao longo do tempo por parte da comunidade de acadêmicos juízos sobre sua maior ou menor adequação, utilidade e explicabilidade relativamente ao objeto que pretendem abarcar.

- b. *Arbitrária*, porquanto a escolha dos critérios e do próprio conceito depende em última análise de uma certa preferência por parte do investigador. Note-se que, embora exista a possibilidade de comparação entre diversos conceitos para determinação e escolha de um conceito em função de sua adequabilidade em si ao objeto – no caso de um conceito de serviço público em relação à atividade denominada como serviço público – trata-se de todo um debate teórico cujo percurso não é o objeto desta pesquisa e cuja investigação requereria toda uma pesquisa à parte. Ao invés de chegar a um conceito de serviço público, antes, esta pesquisa parte de um conceito de serviço público como marco teórico no intuito de explorar as consequências de sua projeção sobre uma realidade – a da exploração de infraestrutura portuária no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, o conceito de serviço público adotado para a presente pesquisa é aquele desenvolvido por VITOR RHEIN SCHIRATO na obra *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*¹⁷. A preferência por este conceito pode ser racionalizada por dois critérios: (i) atualidade dentro do debate doutrinário; e (ii) conexão com os desenvolvimentos do direito positivo vigente.

Em primeiro lugar, o conceito do professor SCHIRATO pode ser considerado um *conceito atual* de serviço público cujo desenvolvimento teórico como será demonstrado está *inserido no contexto de um debate doutrinário acadêmico* – ainda em curso – no qual a fundamentação e a identificação de seus elementos demonstra um diálogo com conceitos elaborados nos últimos anos por outros autores de representatividade e produção bibliográfica

¹⁷ Cf. SCHIRATO, V. R. **Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

extensa sobre o assunto, podendo-se mencionar dentre esses autores apenas a título exemplificativo: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁸, ODETE MEDAUAR¹⁹, MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO²⁰, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO²¹, MARÇAL JUSTEN FILHO²², FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO²³, EGON BOCKMANN MOREIRA²⁴. Em todos estes autores, como se verá, a marca comum dos serviços públicos, apesar de inúmeras distinções em outros aspectos, é a noção de *publicatio* da atividade entendida como serviço públicos, isto é, a ideia de que o Estado assume a titularidade de sua prestação. Esse elemento, como se verá, não está presente na doutrina de SCHIRATO.

Em segundo lugar, trata-se de um conceito de serviço público que foi desenvolvido de forma *conectada com os desenvolvimentos mais recentes do direito positivo* sobre as atividades consideradas amplamente pela maioria dos autores como serviços públicos no sentido de refletir esses desenvolvimentos em sua CF88. Isto é, não consiste em um conceito ensimesmado produzido pela doutrina em desconexão com a produção legislativa contemporânea. Nesse sentido, de uma perspectiva multissetorial e de forma muito resumida, verificam-se os seguintes desenvolvimentos legislativos ocorridos nas últimas três décadas no Brasil:

- a. No setor elétrico, ao lado das concessionárias de serviço público de geração de energia elétrica, existe a figura dos produtores independentes que, mediante autorização, podem comercializar sua energia competindo no ambiente de comercialização regulado ou no ambiente de comercialização livre (cf. Lei nº 9.074/95, art. 11, parágrafo único, e art. 12)²⁵.

¹⁸ Cf. MELLO, C. A. B. D. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017. 63 e ss.

¹⁹ Cf. MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 21^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 315 e ss.

²⁰ Cf. DI PIETRO, M. S. Z. Op. cit., 2020, p. 280 e ss.

²¹ Cf. ARAGÃO, A. S. D. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Positivo Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 859, p. 11-37, Mai., 2007.

²² Cf. JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G.; SCHWIND, R. W. Serviço público e atividade econômica: a exploração econômica pelo concessionário de serviço público. **Revista de direito administrativo contemporâneo**, v. 3, n. 16, p. 13-37, fevereiro 2015.

²³ Cf. MARQUES NETO, F. D. A. Características do Serviço Público. In: DI PIETRO, M. S. Z. D. P.; (COORD.). **Tratado de Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014. pp. 115-135.

²⁴ Cf. MOREIRA, E. B. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. In: FREITAS, R. V. D.; RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B. **A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos; aeroportos; ferrovias; rodovias**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 127-129.

²⁵ Cf. SCHIRATO, V. R. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 141-168, jul./set. 2010.

- b. No setor de telecomunicações, foi estabelecida a possibilidade de prestação de serviços de telecomunicações de interesse coletivo em regime público (concessão ou permissão) e em regime privado (autorização) de forma concomitante (cf. Lei nº 9.472/97, art. 63, parágrafo único, e art. 65, inc. III, § 2º). Relativamente ao preço, no regime privado estes são livres, já no regime público existe a uma previsão normativa de que poderá haver liberdade tarifária caso se verifique efetiva e ampla competição, mas, caso haja abusos, poderá haver regulação econômica das tarifas (idem, art. 104, §§ 1º e 2º)²⁶.
- c. No setor portuário, há a convivência de dois regimes jurídicos distintos para a exploração de infraestrutura portuária em portos marítimos. Os Portos Organizados podem ser explorados pela iniciativa privada mediante concessão e as instalações portuárias dentro dos Portos Organizados podem ser exploradas mediante arrendamento portuário nos Portos Organizados não concedidos e a título privado nos concedidos (cf. Lei nº 12.815/2013, art. 1º, §§ 1º e 2º). Além disso, os Portos Organizados enfrentam a competição direta dos TUPs que são explorados mediante regime de autorização. Na exploração de todas essas instalações, a cobrança dos usuários ocorre mediante o pagamento de preços livremente pactuados, exceto no caso dos serviços prestados por Autoridade Portuária em Portos Organizados não concedidos (cf. idem, art. 3º, inc. VI, e Decreto nº 8.033/2013, art. 5º, inc. IV, art. 21, § 1º, inc. III, e art. 35-A, inc. I)²⁷.
- d. No setor ferroviário, há uma série de iniciativas legislativas de Estados da federação cujo objeto é permitir a autorização de ferrovias privadas, sem eliminar o modelo tradicional de concessão de ferrovias. Dentre essas iniciativas, pode-se mencionar como exemplos a Lei Complementar Estadual nº 685/2021, art. 8º, §§ 1º e 2º, do Estado de Mato Grosso e a Lei Estadual nº 23.748/2020, arts. 7º e 8º. Além disso, recentemente, foi editada a Medida Provisória 1.065/2021 que regulamenta a exploração de ferrovias privadas mediante autorização no âmbito federal.

²⁶ Cf. GROTTI, D. A. M. Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 27, p. 280-288, Out./Dez. 2001.

²⁷ Cf. ARAGÃO, A. S.; FIDALGO, C. B. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? **Revista dos Tribunais**, v. 946, p. 15, agosto 2014.

- e. No setor de distribuição de gás natural canalizado, a Emenda Constitucional 05/95 alterou o disposto no art. 25, § 2º, da CF88, eliminando a natureza exclusiva da prestação desse serviço pelos Estados da Federação e abrindo a possibilidade para concessão à iniciativa privada²⁸. Com a edição da Lei nº 11.909/2009 – Lei do Gás – promoveu-se uma separação entre operação da infraestrutura de transporte de gás, monopólio natural, e a comercialização ao consumidor final, atividade econômica sujeita à competição desde que seja assegurado o acesso à rede de dutos (cf. art. 46). Além disso, nesse setor, sempre houve competição entre a distribuição canalizada e a distribuição de gás envasado (botijão)²⁹.

Ao se analisar o conceito de SCHIRATO, como será visto a seguir, verifica-se que este incorpora os aspectos essenciais desses desenvolvimentos legislativos que podem ser sumarizados como segue:

- (i) *Assimetria regulatória*, traduzida na possibilidade de pluralidade de regimes jurídicos coexistentes para exploração da mesma atividade do ponto de vista material.
- (ii) *Competição com agentes sob regime de direito privado*, ou seja, há disputa parcial ou integral pelos mesmos mercados em que atuam agentes submetidos a regimes jurídicos distintos.
- (iii) *Regulação tarifária como elemento acidental* e não essencial do conceito de serviço público; em outras palavras, há reconhecimento da possibilidade jurídica de que os preços cobrados de ‘usuários’ sejam fixados pelos prestadores em regime de livre mercado obedecendo as normas de direito concorrencial.

A partir desses critérios, pretende-se evitar que a análise posterior sobre o enquadramento da exploração de infraestrutura portuária seja realizada sob a perspectiva de um conceito demasiado estrito ou anacrônico. Em outras palavras, trata-se de trazer como norte da

²⁸ Cf. SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 189-192.

²⁹ Cf. MARQUES NETO, F. D. A. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 8, p. 95-122, janeiro 2001.

pesquisa um conceito de serviço público que reflita de alguma forma o “estado da arte”³⁰. Assim, por atender a todos esses critérios de forma explícita, o conceito de serviço público elaborado por VITOR RHEIN SCHIRATO foi o escolhido como referencial teórico deste trabalho.

1.2. O conceito de serviço público de Vitor Rhein Schirato

VITOR RHEIN SCHIRATO identificou que a partir da liberalização da economia brasileira e das privatizações ocorridas na década de 90, o conceito tradicional de serviço público existente na doutrina brasileira – propagado sobretudo por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO e por EROS ROBERTO GRAU – tornou-se incompatível com a realidade jurídica dos serviços públicos. A doutrina mais tradicional preconizava – e ainda preconiza – os serviços públicos como atividades de titularidade estatal e, portanto, campo de atuação exclusiva do Estado. Consequentemente, para a doutrina tradicional, os agentes econômicos privados estariam interditados de exercer os serviços públicos por livre iniciativa e não seria possível que houvesse a prestação de serviços públicos em regime de competição entre diversos agentes. Todavia, a realidade já se mostrava bem outra, pois inúmeros serviços públicos já eram prestados em regime de competição entre prestadores de serviço público (detentores de outorgas estatais) e outros agentes econômicos privados, havendo cada vez menos serviços públicos prestados em regime de exclusividade³¹.

Constatando a existência desse problema de adequação entre o conceito doutrinário de serviço público até então prevalecente e a realidade jurídico / econômica da prestação dos serviços públicos, VITOR RHEIN SCHIRATO propôs uma investigação acadêmica que envolveu três pressupostos: (i) a manutenção na CF88 da noção de serviço público em seu art. 175; (ii) a não implicação de uma vedação necessária à livre iniciativa para o exercício de atividades para as quais se tenha previsto uma competência para a iniciativa estatal; e (iii) a existência de uma distinção entre serviços públicos e as demais atividades econômicas decorrente de um regime

³⁰ Cf. OLIVEIRA, L. Não fale do código de Hamurábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, L. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, pp. 137-167, p. 165-166.

³¹ Cf. SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, pp. 26-27.

jurídico próprio para os primeiros, que, entretanto, não pode ser confundido com um regime único, idêntico ou uniforme para todas as atividades assim classificadas³².

Isso em vista, após considerar a existência de inúmeras noções de serviços públicos, VITOR RHEIN SCHIRATO pretende adotar uma visão restritíssima, conforme delimitada por ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO³³, de modo que, ao se referir a serviços públicos, fala-se das atividades econômicas que podem ser remuneradas por taxa ou tarifa, fruíveis *uti singuli* de forma quantificável e exploradas por particulares mediante concessão e permissão, nos termos da CF88, art. 175, o que implica na exclusão de serviços públicos sociais como os de saúde e de educação³⁴.

Para evidenciar como se deu a consolidação da noção doutrinária de serviço público como uma atividade exclusiva não sujeita à livre iniciativa, o autor analisa a construção histórica que se deu a partir da própria formulação da noção de serviço público no direito francês e sua assimilação no direito brasileiro por meio da doutrina. Um aproveitamento detalhado dessa análise será realizado no capítulo destinado a investigar o surgimento da noção de exploração de infraestrutura portuária como serviço público no direito brasileiro (cf. Capítulo II abaixo), bastando para o presente capítulo resumir a constatação de SCHIRATO no sentido de que, na década de 30 do século passado, houve uma transição da noção de prestação de atividades de interesse comum pelo Estado e seus outorgados como serviços de utilidade pública (*public utilities*) para uma noção de que essas atividades seriam serviços públicos cuja competência para execução seria exclusiva do Estado, podendo os particulares exercê-los apenas mediante concessão³⁵.

A partir de então, a noção de serviço público foi sendo consolidada no Brasil devendo-se considerar a grande relevância da obra do jurista THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI que foi o primeiro a apresentar o serviço público como uma atividade não só de

³² Idem, p. 27.

³³ Observa-se que ao partir da noção restritíssima, SCHIRATO não está concordando com esta, mas utilizando-a precisamente como ponto de partida. Cf. ARAGÃO, A. S. Op. cit., 2017, p. 124: “Decorrente dos arts. 145, II, e 175 da Constituição, que preveem a remuneração específica dos serviços públicos por taxa ou tarifa, respectivamente, essa concepção contemplaria apenas os serviços que pudessem ser financiados dessa forma (os serviços específicos e divisíveis, em que é possível a identificação de quem usufruiu o serviço e em que proporção), devendo ainda, nos termos do art. 175, ser de titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão e permissão.”

³⁴ Cf. SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 29.

³⁵ Idem, pp. 40-45.

titularidade estatal, mas especialmente como atividade sujeita a um regime jurídico específico. Segundo SCHIRATO, a primeira obra onde o jurista apresenta este conceito data de 1936. Trata-se do clássico *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*. Nela já está presente de alguma forma a noção dos três elementos clássicos que permitem a identificação de uma atividade como serviço público: o elemento orgânico – titularidade estatal; o elemento material – regime jurídico especial; e o elemento finalístico – necessidade coletiva a ser satisfeita³⁶.

Na busca de uma identificação do que seria o regime jurídico especial dos serviços públicos, começa um movimento doutrinário de diferenciação e oposição deste em relação ao direito privado. Os aspectos da exclusividade e monopólio estatal são prontamente identificados na obra de RUY CIRNE LIMA de 1939. No Brasil, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO obteve êxito em difundir sua teoria segundo a qual o regime jurídico especial dos serviços públicos é o *regime jurídico de direito público* ou o próprio regime jurídico do direito administrativo marcado por dois princípios dos quais decorrem os demais: a *supremacia do interesse público* sobre o interesse privado e a *indisponibilidade do interesse público*. O objetivo da Administração Pública seria a persecução do interesse público definido na lei e, para tanto, a Administração gozaria de prerrogativas que a impediriam de pactuar em igualdade de condições com os particulares. As características desse regime seriam: as prerrogativas de constituição unilateral de obrigações que a Administração teria em relação a particulares, a presunção de legitimidade e a autoexecutoriedade³⁷. Através dessa concepção, há uma separação total entre regime jurídico de direito público e de direito privado. Outros autores temperam a posição de separação total, admitindo que nos serviços públicos há apenas uma predominância do regime jurídico de direito público. Nesse sentido, estão MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, LÚCIA VALLE FIGUEIRADO e ODETE MADAUAR³⁸. Além disso, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO vem acrescentar outros princípios ao regime jurídico de direito público: a continuidade do

³⁶ Idem, pp. 46-47.

³⁷ Em obra recente, pode-se verificar que Celso Antônio mantém sua doutrina intocada: “Com efeito – repita-se, ainda mais esta vez –, um serviço não é público pelo só fato de ser destinado a satisfazer interesses da coletividade em geral, como também não o será meramente pela importância que tenha para ela ou apenas pelo fato de ser titularizado pelo Estado. Sê-lo-á quando o Estado, tendo-lhe assumido a titularidade, entendeu de enquadrar sua prestação sob uma específica disciplina, a pública, a qual de um lado, repita-se, propõe-se a assegurar coercitivamente que o interesse público prepondera sobre conveniências privadas e, de outro, instaura sobre ele restrições especiais para garantir-lhe a proteção contra o próprio Estado ou contra seu exercente, a fim de impor, a um e a outro, tanto o dever de assegurá-lo nos termos indicados quanto limitações para que não atue abusivamente, isto é, de maneira a desrespeitar os direitos dos administrados em geral e direitos e interesses dos usuários de serviço.” (**Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 80).

³⁸ Idem, p. 57.

serviço público, a mutabilidade – a possibilidade de a Administração alterar unilateralmente a forma de execução dos serviços – e igualdade no tratamento dispensado aos usuários (trata-se dos três princípios tradicionais do serviço público francês sistematizados originalmente por LOUIS ROLLAND em *Précis de Droit Administratif*, 1926³⁹)⁴⁰.

Em linha com isso, EROS ROBERTO GRAU viria a trazer uma nova concepção de serviço público inserindo a noção deste no contexto da ordem econômica do Estado que viria a ser sistematizada na CF88. Para EROS ROBERTO GRAU, na sua famosa obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, a Carta Maior criou uma ordem econômica na qual existiriam atividades econômicas em sentido amplo que abarcaria de um lado as atividades econômicas exercidas por particulares em regime de livre iniciativa, por assim dizer, atividades econômicas em sentido estrito e de outro lado os serviços públicos⁴¹. Estes últimos, contudo, não seriam definidos como tal por uma definição normativa, mas antes seriam serviços públicos em função de elementos intrínsecos que identificassem a sua vinculação com o interesse social. Havendo vinculação de determinada atividade ao interesse social, isto é, sendo uma atividade necessária para a coesão social, esta seria um serviço público e, como tal, deveria se subordinar ao regime jurídico de serviço público, devendo ser exercida pelo Estado exclusivamente. Em outras palavras, um serviço público não poderia ser exercido diretamente pelo Estado e, concomitantemente, pela iniciativa privada (a não ser por meio de concessão ou permissão

³⁹ CHEVALLIER, J. **O Serviço Público**. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 33.

⁴⁰ Cf. SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 56.

⁴¹ Sobre a doutrina do ex-Ministro, vale destacar que essas concepções estão mantidas em edição mais recente de sua obra: GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2018: “Pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto — do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico — que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é — permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal — decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho” (p. 108). [...] inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. Ao afirmar-se tal — que serviço público é atividade desempenhada sob esse regime — além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetrar-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público” (p. 117). [...] “Serviço público, diremos, é atividade indispensável à consecução da coesão social. Mais: o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é a sua vinculação ao interesse social” (p. 126).

precedida de licitação). Ou seja, um serviço público não poderia nunca ser exercido em regime de concorrência. Esse posicionamento de EROS GRAU tem por consequência que um serviço público não é definido como tal em função do direito positivo, mas em função do seu caráter sociológico. De uma perspectiva marxista, da qual o ex-Ministro do STF parte declaradamente, essa concepção é perfeitamente conveniente, pois serve justamente para justificar que o Estado é, na verdade, quem deve assumir o papel provedor de todas as atividades socialmente relevantes. Vale destacar que, embora o conceito de serviço público de EROS GRAU não seja o conceito comumente adotado, especificamente por levar a uma noção tão alargada do que pode ser serviço público que se torna problemático em uma economia aberta à livre iniciativa, a classificação do serviço público como espécie de atividade econômica em sentido amplo contraposta à atividade econômica em sentido estrito realizada pela iniciativa privada tornou-se uma das classificações mais bem sucedidas na doutrina e na jurisprudência podendo ser identificada em praticamente todos os autores atuais e julgados que versam sobre a matéria⁴².

Feita essa extensa análise sobre como a doutrina construiu a noção de serviço público no direito brasileiro, SCHIRATO parte para uma crítica dessa noção, evidenciando como ela é incompatível com o texto de nossa Constituição. Especificamente em relação ao art. 175 da CF88 que trata dos serviços públicos, SCHIRATO aponta como este dispositivo não contém nem mesmo como possibilidade interpretativa o conteúdo que a doutrina lhe atribui. Ao longo do tempo, a doutrina jurídica produzida terminou por colocar no texto constitucional palavras que lá não estavam para justificar uma concepção jurídica desconectada do direito positivado. Vale citar o seguinte trecho da obra do autor:

“Percebe-se que a construção histórica da noção de serviço público faz com que até hoje os aplicadores do direito leiam o conteúdo do direito positivo dele extraindo termos que não estão expressos. O caput do art. 175 da Constituição Federal determina incumbir ao poder público a prestação de serviços públicos. Não menciona a existência de um regime jurídico próprio, nem muito menos fixa uma titularidade estatal demarcadora de uma exclusividade. Mais ainda, referido artigo remete à lei a disciplina detalhada dos serviços públicos, sem qualquer menção a uma lei única, orgânica ou geral. De tal constatação decorre que o regime jurídico de um serviço público deva ser aquele compreendido na lei específica e não em letra não escrita na Constituição Federal.”⁴³

Além da desconexão com o direito positivo, SCHIRATO aponta que a ideia de *supremacia do interesse público sobre o direito privado* a justificar o serviço público como uma prerrogativa estatal termina redundando em uma incompatibilidade mais grave com nossa

⁴² Cf. SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, pp. 62-63.

⁴³ Idem, p. 91.

Constituição na medida em que os direitos humanos é que possuem verdadeira supremacia e centralidade em nosso ordenamento, e, enquanto garantias fundamentais de indivíduos, prevalecem sobre supostos interesses públicos⁴⁴. Estes, por sua vez, podem, inclusive, ser de natureza vária e contraditória, pois o Estado é formado por inúmeros entes cada qual com interesses distintos, não podendo em função disso ofuscar ou se confundir com a objetividade e previsão expressa de garantias fundamentais na CF88⁴⁵.

Assim, o serviço público enquanto categoria jurídica posta em nossa constituição não deveria ser lido como uma prerrogativa estatal. Antes, e será este um dos propósitos de SCHIRATO em sua obra, o serviço público deve ser lido como uma obrigação do Estado reforçada pelo *conteúdo garantístico da Constituição Federal*. Pensar no serviço público como atividade exclusiva do Estado, sem concorrentes, numa relação verticalizada entre Estado e cidadãos, conduz necessariamente a uma execução ineficiente destes mesmos serviços.⁴⁶ A partir disso, o autor passa a demonstrar a íntima relação existente entre direitos fundamentais previstos na Constituição e a prestação de serviços públicos como uma obrigação estatal para fazer face a esses mesmos direitos. Segundo o autor, essa mudança de paradigma na forma de visualizar os serviços público pode ser identificada como decorrente da própria mudança ocorrida no ordenamento jurídico a partir da primeira metade do séc. XX até os nossos dias: as Constituições passam a ocupar lugar de centralidade no ordenamento jurídico prevendo não só direitos fundamentais de caráter negativo, isto é, direitos dos cidadãos que implicam em limitações da ação estatal ou proteções do cidadão contra a ação estatal, mas surgem os direitos fundamentais de caráter social que implicam em um direito dos cidadãos a demandarem do Estado prestações positivas. Para exemplificar esse processo, são mencionadas a Constituição

⁴⁴ A solução adotada por Schirato é sempre a da ponderação de princípios. Caso haja alguma colisão entre direitos fundamentais ou princípios constitucionais, não existe uma preponderância apriorística de um princípio sobre o outro, devendo a questão ser solucionada sob o crivo da proporcionalidade. Essa é a linha de Daniel Sarmiento referenciada por Schirato e apoiada também por Alexandre Santos Aragão e Gustavo Binenbojm. Cite-se trabalho recente de Sarmiento: SARMENTO, D. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, A. S. D. **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 97-143: “Talvez a mais séria objeção dogmática ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja a de que ele não é compatível com o princípio da proporcionalidade, que constitui importantíssimo parâmetro para aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos fundamentais. Com efeito, o princípio da proporcionalidade, cuja vigência no ordenamento brasileiro é hoje reconhecida, em uníssono pela doutrina e jurisprudência, estabelece critérios intersubjetivamente controláveis para resolução de colisões envolvendo interesses constitucionais”.

⁴⁵ Cf. SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 174-175.

⁴⁶ Idem, p. 93.

de Weimar de 1919, a Lei Fundamental de Bonn de 1949, a Constituição Italiana de 1948 e a Constituição Espanhola de 1978⁴⁷.

Surge assim uma concepção do serviço público como um instrumento do Estado para satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos. Essa concepção tem sido reforçada sobretudo pela doutrina mais recente, podendo-se mencionar na Alemanha como seus defensores GEORG HERMES e ARNE GLÖCKNER. No Brasil, SCHIRATO menciona as obras de MARÇAL JUSTEN FILHO⁴⁸ e GUSTAVO BINENBOJM⁴⁹. Disso decorrem algumas consequências. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais antecedem o serviço público, isto é, este só existe em função de previamente existir um direito fundamental específico com assento constitucional que demande a sua satisfação. Em segundo lugar, não implica em uma limitação dos meios de satisfação dos direitos fundamentais aos serviços públicos com exclusividade, pois é perfeitamente possível que esses direitos fundamentais possam ser satisfeitos sem a iniciativa estatal, havendo muitos casos em que a satisfação de direitos fundamentais é atendida pela iniciativa privada e termina sendo apenas suplementada pelo Estado, p.ex. na produção e distribuição de alimentos, medicamentos, educação etc. Em terceiro lugar, como a instituição de um determinado serviço público tem o condão de criar de alguma forma uma restrição à livre iniciativa – pois a livre iniciativa também foi alçada em nossa Constituição ao *status* de garantia fundamental – a criação de serviços públicos depende de um juízo de proporcionalidade para se aferir se a medida é: (i) adequada à satisfação do direito fundamental que pretende atender; (ii) necessária considerando a possibilidade de sua satisfação por outros meios; e (iii)

⁴⁷ Idem, pp. 97-99.

⁴⁸ Diversos autores brasileiros nos últimos anos têm enveredado pela senda de vincular a ação do Estado, mormente no que tange os serviços públicos, à satisfação de direitos fundamentais, muito embora partam de concepções com elementos distintos das que parte SCHIRATO, cf. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª Ed. digital. São Paulo: Thomson Reuters, 2018: “A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, relacionados à dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos. Isso não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos fundamentais seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteadada pela supremacia dos direitos fundamentais.”

⁴⁹ Ao lado do Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO, provavelmente outro autor de destaque nesse sentido, considerando a capilaridade e projeção da obra é o Prof. GUSTAVO BINENBOJM: “De outro lado, os direitos fundamentais apresentam-se como direitos a prestações positivas, tanto de natureza concreta e material, como de natureza normativa.¹⁵³ Assim, v.g., o direito de ir e vir pressupõe um conjunto de atividades do Poder Público (polícia de segurança pública, polícia administrativa de trânsito, serviços públicos de transportes coletivos) destinadas a preservá-lo. Incluem-se nesta categoria as prestações decorrentes do mínimo existencial, congregando aquele conjunto de ações voltadas à preservação e promoção da dignidade psicofísica da pessoa humana.¹⁵⁴ Por outro lado, a proteção constitucional do direito de propriedade, por exemplo, não teria qualquer sentido sem a existência de um arcabouço de normas legais que lhe conferem a tônica e definem-lhe os contornos.” (**Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 73).

proporcional considerando a intensidade e abrangência da prestação relativamente à necessidade⁵⁰.

Essa concepção tem por característica essencial a de vincular a prestação de serviços públicos não a categorias abstratas e sujeitas a altíssimo grau de subjetividade – conforme defendido pelas concepções tradicionais de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO e EROS ROBERTO GRAU – como a ‘satisfação de interesses coletivos’ ou de ‘necessidades essenciais’, mas vincula a prestação de serviços públicos a valores e garantias que o próprio ordenamento constitucional erigiu como direitos fundamentais. Portanto, torna-se de um lado bastante identificável e concreta qual é a necessidade cuja satisfação um serviço público vem atender e de outro sindicável pelos cidadãos na qualidade de um direito subjetivo de ordem pública⁵¹.

No caso específico do setor de transportes – dentro do qual se inserem os portos enquanto nós conectores entre o transporte aquaviário e o transporte terrestre – SCHIRATO entende que a CF88 plasmou o direito fundamental de livre locomoção (cf. art. 5º, inc. XV) o que imporia ao Estado uma obrigação de não fazer correspondente a não “impor óbices à livre locomoção dos cidadãos” e uma obrigação de fazer atinente a “garantir a todos meios para realização da liberdade de locomoção”⁵².

Por sua vez, SCHIRATO altera também a interpretação tradicional que a doutrina costuma fazer dos arts. 173 e 175 da CF88 no sentido de que o estatuto jurídico das atividades econômicas em sentido estrito, previsto no art. 173, seria algo distinto e inconciliável com o estatuto jurídico dos serviços públicos, previsto no art. 175. Ora, para SCHIRATO, não há nenhuma evidência de que a interpretação tradicional da doutrina deva ser mantida, pois: “(i) não há uma distinção de regimes tão clara quanto pretende a doutrina entre serviços públicos e atividades econômicas nos dias atuais; (ii) não há titularidade estatal dos serviços públicos, mas, sim, uma obrigação do Estado; (iii) os serviços públicos nada mais são do que um grupo de atividades econômicas exploradas pelo Estado com base na autorização contida no próprio artigo 173 da Constituição Federal.”⁵³ Desse modo, abre-se a possibilidade teórica para a existência – hoje constatável no direito positivo – de múltiplos regimes para a exploração de

⁵⁰ SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 110-111.

⁵¹ Idem, p. 114-115.

⁵² Idem, p. 161.

⁵³ Idem, p. 123-127.

atividades consideradas como serviços públicos, fazendo com que, de certa forma, a teorização sobre os serviços públicos vá de encontro com a realidade. Essa concepção, portanto, abre a possibilidade de visualizar o art. 173 da CF88 como o fundamento do art. 175, pois segundo SCHIRATO “o artigo 175 nada mais contempla do que uma das formas de exploração de atividades econômicas pelo Estado, na forma permitida pelo artigo 173”⁵⁴. Valendo-se a distinção de que, quando o Estado depara-se com a possibilidade de exercer uma atividade econômica em sentido estrito, está diante de uma faculdade pautada pela existência de um interesse coletivo ou requisito de segurança nacional definido pelo legislador, enquanto que, quando se trata de exercer uma atividade econômica qualificada como serviço público, está diante de uma obrigação, pois depara-se com o direito público subjetivo dos cidadãos à satisfação de uma garantia fundamental⁵⁵. Feitas essas considerações, o autor arremata com os seguintes elementos para compor um conceito de serviço público a partir da interpretação do art. 175 da Constituição com base no art. 173:

“Sendo assim, o que é elemento marcante dos serviços públicos e, portanto, deve fazer parte do núcleo de sua definição, é o conjunto formado pelo caráter obrigacional da atividade (que impõe ao Estado o dever de prestação da atividade ou garantia dela), sua vinculação aos direitos fundamentais (que, de novo, pautam as relações entre cidadãos e Estado) e sua consubstanciação na exploração de uma atividade econômica material (não normativa, nem diretiva, portanto) pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, subsistindo seu dever de garantidor.”⁵⁶

Uma das consequências de trazer os serviços públicos (art. 175) para dentro do próprio fundamento constitucional das atividades econômicas em sentido estrito (art. 170, inc. IV, e art. 173), é, segundo SCHIRATO, a de operar no direito brasileiro uma abertura apriorística dos serviços públicos à concorrência. O regime concorrencial torna-se a regra, enquanto restrições à concorrência – estabelecimento de monopólios, subsídios, limitações de quantidade, criação de privilégios – tornam-se exceções que devem ser motivadas mediante um juízo de ponderação, pois implicam contrapor o direito fundamental cuja satisfação se pretende com o serviço público ao direito fundamental à livre concorrência⁵⁷.

Essa concepção, especificamente no que toca à competição, está em consonância com o direito positivo infraconstitucional, valendo mencionar o art. 16 da Lei nº 8.987/95 que determinou expressamente que “a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de

⁵⁴ Idem, p. 131.

⁵⁵ Idem, p. 135.

⁵⁶ Idem, p. 138.

⁵⁷ Idem, p. 161.

exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada”; e as alterações mais recentes em matéria de ordenação das outorgas de infraestrutura de transportes com a alteração do art. 34-A, da Lei nº 10.233/2001, incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3/2001, que, antes, previa que as concessões outorgadas pela ANTAQ e ANTT teriam “caráter de exclusividade quanto a seu objeto”. Com a edição Medida Provisória nº 752/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.448/2017, a redação do art. 34-A da Lei nº 10.233/2001 passou de “terão caráter de exclusividade” para “poderão ter”, denotando que o setor de transportes terrestre e aquaviário como um todo fizeram um giro pró-competição.

A solução dada por SCHIRATO não por acaso consiste em uma reinterpretação do panorama constitucional do conceito de serviços públicos que o aproxima da concepção do direito comunitário europeu de *serviços de interesse econômico geral* contida no art. 106, 2, do Tratado de Constituição da Comunidade Europeia. Na União Europeia, o conceito de serviços econômicos de interesse geral foi estabelecido tendo em vista a necessidade de reunir sob uma mesma categoria jurídica suficientemente abrangente do direito supranacional os diversos regimes e categorias criados nos ordenamentos nacionais de modo a permitir o estabelecimento de diretrizes gerais que beneficiassem a comunidade de países no que diz respeito à eliminação de barreiras à livre competição⁵⁸.

Relativamente ao regime jurídico a que estão sujeitos os serviços públicos, SCHIRATO admite, como foi dito, a convivência de uma pluralidade de regimes, podendo o regramento variar de acordo com as características próprias de cada serviço. Essa diversidade de regimes jurídicos emana do próprio direito positivo e demonstra como simplificações doutrinárias sob o rótulo de *regime jurídico de direito público* não conseguem abarcar o que acontece no próprio direito positivo. Não obstante, isso não significa que não exista uma base comum para o *regime jurídico dos serviços públicos*. Isso em vista, o autor identifica três deveres jurídicos que permeiam os serviços públicos enquanto obrigações do Estado⁵⁹:

- (i) O dever de *universalização* dos serviços públicos, entendido como o dever de “levar o serviço prestado para a maior quantidade de pessoas possível dentro de um determinado território”, envolvendo para isso a necessidade de formulação de uma

⁵⁸ Idem, p. 166.

⁵⁹ Idem, p. 241.

política pública subjacente à prestação que permita articular inúmeros fatores (geográficos, populacionais, tarifários e de qualidade dos serviços)⁶⁰;

- (ii) O dever de *continuidade* da prestação que pode variar em função do grau de essencialidade do serviço, mas que não enseje uma vedação absoluta a interrupções, p.ex., podendo-se admitir estas em situações de caso fortuito, força maior, interrupções técnicas e inadimplemento do usuário⁶¹; e
- (iii) O dever de *modicidade tarifária*, uma decorrência do dever de universalização, que, pode ser definido como o dever de o Estado garantir que os usuários paguem o menor valor possível pela prestação do serviço, ponderando-se uma série de fatores como, p.ex., a própria viabilização econômica da prestação, a cobertura de custos, o retorno razoável para o investidor e o nível de qualidade. Este dever envolve o estabelecimento de uma política tarifária que, no caso de uma prestação do serviço em concorrência com outros prestadores, é natural que haja liberdade tarifária. Neste caso, entende-se que a melhor forma de garantir a modicidade é por meio da competição⁶².

Trata-se de uma formulação sobre o regime jurídico dos serviços públicos bastante ampla capaz de permitir uma série de variações e acomodações atinentes a cada tipo de serviço e, principalmente, capaz de fazer frente às necessidades de alteração posterior em decorrência de mudanças econômicas ou tecnológicas. Isso em vista, essa formulação de regime jurídico também habilita a concepção de serviço público aqui tratada a admitir a coexistência de assimetria de regimes não só entre tipos distintos de serviços (p.ex. entre o regime de serviços de saneamento básico e o de telecomunicações), mas de regimes distintos intra serviços (p.ex. na coexistência de um serviço que pode ser explorado mediante concessão ou permissão e a mesma atividade materialmente falando pode ser explorada mediante autorização).

No que tange aos meios de acesso à prestação de serviços públicos, SCHIRATO aponta a prestação direta pelo Estado, a concessão, a subconcessão e a permissão, possuindo estes três últimos natureza contratual. Além disso, seguindo a lição de FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e FÁBIO BARBALHO LEITE, tece algumas considerações específicas sobre o

⁶⁰ Idem, p. 242.

⁶¹ Idem, p. 251.

⁶² Idem, p. 261.

arrendamento portuário, tratando-o como uma espécie de subconcessão⁶³. Desse modo para SCHIRATO, o arrendamento portuário possui “natureza jurídica idêntica à da concessão de serviço público”, constituindo um título de outorga do direito privativo de uso de um bem público, o terminal portuário localizado dentro de um Porto Organizado, e do direito / obrigação de prestação de serviços portuários⁶⁴. Essa concepção, como é bem o propósito deste trabalho, será objeto de análise e questionamento nos capítulos subsequentes.

Portanto, do quanto foi exposto tem-se em mãos um conceito jurídico de serviço público que pode ser sintetizado com os seguintes elementos constituintes: (i) uma atividade econômica objeto de uma obrigação do Estado de garantir a satisfação de um direito fundamental dos cidadãos tutelado pela Constituição; (ii) exercida, em regra, sem exclusividade e em submissão às normas de direito da concorrência, embora passível de limitação em diferentes graus mediante um juízo de ponderação com o direito fundamental da livre concorrência; (iii) sob um regime jurídico mínimo que implica o dever de garantir (iii.a) a universalização; (iii.b) a continuidade; (iii.c) e a modicidade tarifária; (iv) podendo ser exercida diretamente pelo Estado ou mediante concessão, subconcessão ou permissão.

⁶³ Essa categorização do arrendamento portuário foi estabelecida sob a égide do marco legal anterior (cf. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, v. 231, p. 249-265, jan./mar. 2003), embora, em obra mais recente editada já sob a vigência da Lei 12.815/2013 o professor FLORIANO tenha mantido sua posição: “Apesar das mudanças legislativas, sigo entendendo que o arrendamento portuário mais se aproxima de uma figura especial de subconcessão do que do instituto jurídico de mesmo nome existente no direito privado. O caráter de subconcessão fica ainda mais claro quando cotejamos a definição legal de concessão portuária com a de arrendamento portuário, pois ambas são definidas como “cessão”, mas a primeira é a cessão do todo (porto organizado), enquanto a segunda é a “cessão” da parte: “infraestruturas públicas localizadas dentro do porto organizado” (**Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 231).

⁶⁴ SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 308.

CAPÍTULO II. SURGIMENTO DA NOÇÃO DE EXPLORAÇÃO DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA COMO SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

Este capítulo tem por objetivo identificar o momento no qual surge a noção de exploração de infraestrutura portuária como serviço público no Brasil, pois uma análise preliminar do histórico normativo da regulação portuária em nosso país denota a sucessão e coexistência de múltiplos regimes jurídicos para a exploração da infraestrutura portuária desde o início do Império até a Nova República. Em vista disso, calha buscar e identificar quando surgiu o entendimento doutrinário e / ou legislativo de qualificar a exploração portuária como um serviço público e como esse entendimento evoluiu até os dias de hoje. A importância dessa investigação está em que entender o ‘como’ e o ‘quando’ – no passado – pode lançar luzes sobre a capacidade explicativa de um conceito – no presente –, pois, ao se tratar de um fenômeno jurídico mutável, não raro é perceptível a seguinte sucessão de eventos: (i) em vista de determinadas circunstâncias, um conceito doutrinário é formulado para explicar um fenômeno jurídico; (ii) todavia, com o passar do tempo, as circunstâncias se alteram, mas o conceito permanece, conseqüentemente, perdendo capacidade explicativa sobre aquela realidade. Portanto, a identificação do momento em que surge a qualificação como serviço público da exploração de infraestrutura portuária permitirá articular elementos quiçá relevantes para a continuidade da análise sobre a capacidade explicativa do conceito.

2.1. Aforamento / arrendamento de trapiches e concessões de portos no Império e na República Velha: institutos sem caráter publicista

O primeiro diploma normativo do setor portuário no Brasil pode ser considerado como sendo a famosa *Carta Régia de 28 de janeiro de 1808*, conhecida também por se tratar do primeiro diploma legal propriamente brasileiro⁶⁵ e ⁶⁶. Este documento de importância histórica demarcou o fim do Regime Colonial no Brasil, pois abriu os portos brasileiros às

⁶⁵ Exarado pelo então Príncipe Regente, Dom João VI, quatro dias após o desembarque da família imperial, seu séquito e dos membros da corte portuguesa no Porto de Salvador (BA), todos fugidos de Portugal graças às investidas militares de Napoleão.

⁶⁶ Cf. SERVICE DES PAYS S.A. BÂLE. **Os Portos Brasileiros: Sua Evolução, Características e Movimento Comercial**, 1949, p. 7.

chamadas nações amigas⁶⁷. Até então, os portos existentes na costa brasileira não constituíam mais do que trapiches e ancoradouros de madeira, instalações notadamente rudimentares destinadas a atender o mercado colonial⁶⁸. Essas instalações serviam à atracação de “pequenas embarcações que levavam cargas destinadas aos navios que, por sua vez, permaneciam fundeados ao largo”⁶⁹.

Com a instalação da família imperial no Brasil e a abertura dos portos, logo fez-se necessário aumentar a capacidade da infraestrutura existente, assim foi editado o Decreto do Príncipe Regente de 21 de janeiro de 1809, no qual “considerando a grande falta que há nesta Cidade [Rio de Janeiro], de armazéns e trapiches, em que se recolham trigos, couros e outros gêneros” ordenou-se ao Conselho da Fazenda o aforamento ou arrendamento de terrenos nas praias da Gamboa e Sacco do Alferes a quem mais oferecesse para a construção e exploração dessas instalações⁷⁰.

Não obstante, até 1820, a concessão de direitos para exploração do que viria a ser denominado posteriormente de ‘terrenos de marinha’ parece ter sido efetuada de forma descentralizada e por inúmeras autoridades sem que houvesse uma disciplina geral, como fica evidenciado no Decreto de 13 de julho de 1820⁷¹ que reconheceu o grande embaraço em que se

⁶⁷ O regime colonial impedia a comercialização direta de mercadorias entre a colônia e outras nações que não a própria metrópole. Trata-se do início de nosso processo de independência frente ao domínio português. O principal beneficiário do novo fluxo comercial, além do próprio Brasil, foi sobretudo a Inglaterra, que provera com sua armada a proteção necessária à fuga da família imperial portuguesa diante da ocupação napoleônica de Portugal. Cf. QUADROS, J.; e ARINOS, A. **História do Povo Brasileiro, Vol. IV**. São Paulo: Janio Quadros Editores Culturais, 1967, 21-22.

⁶⁸ Cf. CODEBA. **Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) dos Portos de Salvador e Aratu-Candeias**, 2018, p. 31. Disponível em: https://www.codeba.com.br/eficiente/repositorio/PDZ/pdz_completo_2018.pdf.

⁶⁹ Essas instalações portuárias de caráter rudimentar, na verdade, eram a prática mesmo nos países mais desenvolvidos; instalações portuárias mais avançadas eram sobretudo militares. Cf. HONORATO, C. T.; e MANTUANO, T. V. O que era o Trapiche? O Porto e a Cidade do Rio de Janeiro no Século XIX. In: **Acervo – Revista do Arquivo Nacional**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 144-158, jan./jun. 2015, p. 144-158.

⁷⁰ Vale citar o Decreto:

DECRETO - DE 21 DE JANEIRO DE 1809

Manda aforar os terrenos das praias da Gamboa e Sacco do Alferes proprios para armazens e trapiches. Tendo consideração á grande falta que ha nesta Cidade, de armazens e trapiches, em que se recolham trigos, couros e outros generos; e constando-me que nas praias da Gamboa e Saeo do Alferes se podem construir : hei por bem ordenar que o Conselho da Fazenda, procedendo aos exames necessarios nas ditas praias, mande demarcar os terrenos que alli achar próprios para este fim: e que, fazendo publica esta minha determinação, haja de os aforar, ou arrendar a quem mais off'erecer e possa em breve tempo principiar a edificar. passando-se aos arrendatarios os seus competentes titulos, e dando-me conta de tudo que a este respeito obrar. O mesmo Conselho o tenha assim entendido e o faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro em 21 de Janeiro de 1809.

Com a rubrica do Principe Regente Nosso Senhor.

(Cf. BRASIL, **Coleção de Leis do Império do Brasil – 1820**, Vol. 1 pt. I, p. 18).

⁷¹ **DECRETO DE 13 DE JULHO DE 1820**

Declara da competencia da Repartição da Marinha a concessão, e a todos os portos de qualquer porção da praia.

encontravam inúmeros indivíduos que receberam títulos de diversas autoridades para construir estabelecimentos em porções de praia. Para tanto, o referido decreto reuniu na Marinha as competências para conceder a exploração de praias nos portos do Brasil e convocou todos aqueles que tivessem posse desses terrenos a submeter os respectivos títulos à análise e substituição por títulos competentes emitidos pela Marinha. Foram ressalvados apenas os títulos emitidos pelo Conselho da Fazenda nos termos do Decreto do Príncipe Regente de 21 de janeiro de 1809⁷².

Com a edição do Código Comercial (Lei nº 556 de 25 de junho de 1850), os trapicheiros, juntamente com os armazéns de depósito, foram considerados “agentes auxiliares

Havendo sempre sido considerados como uma dependencia da Repartição da marinha todas as praias de qualquer Porto, e muito particularmente aquellas que ficam situadas nas immediações estabelecimentos navaes; e constando-me que, não obstante isso, foram concedidas, e distribuidas por diversas autoridades varias porções de terrenos nas praias desta cidade a individuos, que as requereram com o fim de levantarem alli estaleiros, estancias, e outros estabelecimentos da mesma natureza, resultando daqui o grande embaraço, em que elles mesmos agora se consideram pela falta de legitimidade de seus titulos: Sou servido determinar que todos aquelles que assim se acham na posse de taes terrenos, hajam de apresentar sem perda de tempo na minha Secretaria de Estado dos Negocios da Marinha, e dominios ultramarinos, os titulos, por que os occupam, afim de que, depois de convenientemente examinados, possam estes ser substituidos por titulos competentes, expedidos por esta repartição, com as clausulas costumadas; resalvando sómente desta minha geral disposição os terrenos, que pelo Conselho da Fazenda tiverem sido aforados, ou arrendados nas praias da Gambôa, e Sacco do Alferes, na conformidade do Decreto de 21 de Janeiro de 1809; mas ficará de ora em diante suspensa a determinação do referido Decreto, afim de se evitar para o futuro qualquer conflicto, ou duvida, que possa suscitar-se sobre a distribuição de taes terrenos. O Conde dos Arcos, do Meu Conselho, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Marinha, e dominios ultramarinos o tenha assim entendido, e faça executar com as communicações, e ordens necessarias. Palacio do Rio de Janeiro em 13 de julho de 1820.

Com a rubrica de Sua Magestade.

(Cf. BRASIL, Op. Cit., 1820, Vol. 1 pt. I, p. 49).

⁷² Posteriormente, sucessivas leis orçamentárias estabeleceram novamente uma pluralidade de autoridades – dentre Presidentes de Província, Ministro da Fazenda e Câmaras Municipais – competentes para o aforamento de terrenos de marinha (Lei de 15 de novembro de 1831, art.51, § 14; Lei de 12 de outubro de 1833, art. 3º; Lei de 3 de outubro de 1834, art. 37, § 2º; Lei de 27 de setembro de 1860, art. 11, § 7º; Lei de 26 de setembro de 1867, art. 34 §§ 33 e 39).⁷² Até que, por fim, em 1868 a disciplina da concessão de aforamento de terrenos de marinha foi uniformizada por meio do Decreto 4.105 de 22 de fevereiro de 1868, valendo destacar de seu regime o direito de preferência para receber o aforamento atribuído àqueles que “ali tiverem estabelecimentos de sua propriedade, como trapiches, armazéns” (cf. idem, art. 16, ‘1º’) e, caso mais de um indivíduo pretendesse o aforamento do terreno e não houvesse exercício do direito de preferência, o terreno seria levado à hasta pública (cf. idem, art. 5º, parágrafo único).

Por meio do Decreto 358, de 14 de agosto de 1845 foi autorizado pelo Imperador Dom Pedro II que o Governo do Império criasse uma Capitania em cada Província Marítima. Dentro de cada capitania, o respectivo Capitão do Porto possuía competência para exercer a atividade de polícia naval, promover o melhoramento e conservação do porto, inspecionar e administrar os faróis, Barcas de Socorros, Balizas, Bóias e Barcas de escavação, bem como promover a matrícula da “gente do mar” e das tripulações empregadas na navegação e (tráfego) do porto e das costas. Mais tarde, essas capitánias foram sendo criadas e foi baixado pelo Governo do Império o respectivo Regulamento (Decreto 447 de 19 de maio de 1846) que dispôs, dentre outras coisas, que o Capitão do Porto seria competente para estabelecer uma série de medidas de polícia administrativa que teriam o condão de limitar a liberdade de exploração em terrenos aforados e arrendados. Dentre essas medidas está a necessidade de submeter à aprovação a realização de novas obras que já não contem com prévia aprovação da respectiva Câmara Municipal e do Capitão do Porto, a fim de atestar que “não prejudicão o bom estado do Porto, ou rios, os Estabelecimentos Nacionaes da Marinha de guerra, e os logradouros públicos” (cf. idem, art. 13).

do comércio, sujeitos às leis comerciais com relação às operações que nessa qualidade lhes respeitam” (cf. idem, art. 35, ‘4’) e foram trazidas ao ordenamento diversas disposições sobre os trapiches e armazéns, destacando-se a obrigatoriedade de firmarem termo de fiéis depositários das mercadorias que recebessem (cf. idem, arts. 87 a 98). Os referidos dispositivos do Código Comercial só viriam a ser expressamente revogados com a edição do Código Civil de 2002.

Todavia, com o crescimento global do volume do comércio marítimo, aos poucos, a infraestrutura portuária existente tornou-se precária e insuficiente para atender o fluxo e o calado dos navios mais modernos que ancoravam no Brasil, assim surgiu a necessidade de “melhoramento” dos portos brasileiros⁷³ e uma série de estudos técnicos foi realizada antes que fosse criado um modelo para prover o melhoramento dos portos⁷⁴ e, mesmo antes de uma norma geral, foram concedidos os privilégios para a construção e exploração com exclusividade das docas de Mucuripe no Ceará em 1866⁷⁵.

Mas foi em 1869 que se editou o primeiro normativo que sistematizou um modelo de exploração no setor portuário. Trata-se do Decreto do Poder Legislativo 1.746, de 13 de outubro de 1869⁷⁶, assinalado por Sua Majestade, o Imperador Dom Pedro II. Este diploma estabelecia as diretrizes gerais para a contratação por meio de *concessão* à iniciativa privada de investimentos no setor portuário. Segundo o Decreto do Poder Legislativo 1.746/1869, as concessões teriam um prazo fixado de no máximo 90 (noventa) anos, findo o qual reverteriam ao “governo” todas as obras e o material “fixo” e “rodante” (cf. idem, art. 1º, § 3º). No momento da celebração do contrato de concessão, deveria ser fixado o Capital Social da empresa e este não poderia ser diminuído ou aumentado sem prévia autorização do governo (cf. idem, art. 1º, § 2º). Por sua vez, a concessionária, a partir de quotas deduzidas de seu lucro líquido, deveria

⁷³ Vale destacar que, no mesmo período, a necessidade de “melhoramento” para atender o aumento dos fluxos comerciais não foi exclusiva do Brasil, mas também dos centros comerciais mais desenvolvidos. Até mesmo o Porto de Lisboa se encontrava sem melhoramentos até 1871. Cf. SERVICE DES PAYS S.A. BÂLE. Op. cit., 1949, p. 7.

⁷⁴ O Conselheiro Manoel da Cunha Galvão narra em sua obra *Melhoramento dos Portos do Brasil* os inúmeros esforços e estudos técnicos realizados ao longo dos anos com o intuito de promover o melhoramento dos portos brasileiros, em especial os portos de Pernambuco, do Rio Grande do Sul, do Maranhão, do Ceará, de Santos, da Paraíba, do Rio de Janeiro, da Bahia e do Pará. Cf. GALVÃO, M. da C. **Melhoramento dos Portos do Brasil**. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1869.

⁷⁵ Cf. Decreto 3.689 de 24 de agosto de 1866: “1º O Governo Imperial concede á companhia, que fôr organizada pelos Engenheiros Zozimo Barrozo e John James Foster, o privilegio exclusivo pelo prazo de cincoenta annos para construcção de um porto de desembarque na enseada do Mucuripe na Provincia do Ceará, e de uma estrada de ferro ligando o mesmo porto com a Cidade da Fortaleza.”

⁷⁶ Coleção de Leis do Brasil. Atos do Poder Legislativo -1869, Vol. 1 pt. I, p. 189-190.

formar um fundo de amortização calculadas de modo a reproduzir o capital no fim do prazo da concessão (cf. art. 1º, § 4º). As tarifas cobradas pela concessionária seriam aprovadas pelo governo, sendo revistas ordinariamente de cinco em cinco anos, podendo ser reduzidas apenas quando o lucro líquido da empresa atingisse patamar superior à taxa de retorno de 12% sobre o capital investido (cf. art. 1, § 5º). Além disso, a concessionária detinha o poder de desapropriar particulares nos termos do Decreto 1.664, de 27 de outubro de 1855 (cf. art. 1º, § 10º). Digna de nota é a disciplina conferida à solução litigiosa de conflitos pelo Decreto do Poder Legislativo nº 1.746/1869. O decreto estipulou nada menos que a utilização de arbitragem para solução de controvérsias (cf. art. 1º, § 13º)⁷⁷.

É importante ter em vista que o modelo de concessão adotado era muito mais um mecanismo de aquisição financiada de infraestrutura, do que uma forma de prestação de serviço. Na modelagem adotada, a prestação de serviços e a remuneração correspondente não eram denominadas pela legislação como um “serviço público”. Pode-se observar uma tônica na lógica financeira, isto é, financiar no longo prazo a disponibilização de uma obra pública necessária através da conferência de um direito ou privilégio na sua exploração por determinado período considerado suficiente para amortizar o capital empregado. Conforme ensinava J. X. CARVALHO DE MENDONÇA a propósito das concessões portuárias em monografia datada de 1902:

“Por meio do contrato de concessão, o constructor ou empreiteiro obriga-se a executar, por sua custa e riscos, uma obra de utilidade pública, sendo pago das despesas da construção, e remunerado do seu trabalho, não com dinheiro recebido diretamente da Administração, mas com o direito, que esta lhe outorga de perceber daqueles que se utilizarem da obra, certas taxas, durante determinado prazo.

[...]

Fundem-se, desse modo, a pessoa do empreiteiro ou constructor e a do concessionário: empreiteiro na construção da obra pública, concessionário na exploração desta obra. Com as vantagens colhidas nesta última qualidade, indemnisa-se ele das despesas que fez naquela outra.

O contracto chamado de concessão é, pois, o mesmo contracto de empreitada com a diferença seguinte: neste estipula-se que o custo da obra será pago em dinheiro; naquella que será pago em moeda de poder público, isto é, com o gozo temporário de direitos que pertencem exclusivamente à Administração.”⁷⁸

⁷⁷ De fato, a resolução de conflitos via arbitragem estava albergada em nossa Constituição Imperial de 1824, em seu art. 160. Em todo caso, o que se nota é que, já na época do Império a arbitragem parecia ser vista da perspectiva da própria Constituição com maior deferência e menor restrição, especialmente, porque se admitia a submissão do Estado como parte perante um juízo arbitral no qual a *ex adversa* seria um particular.

⁷⁸ Direito e legislação sobre melhoramento dos portos nacionaes e serviço a cargo das empresas ou companhias de docas. In: **O Direito: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência**, n. 87, p. 5-22,185-209,385-412,529-571, jan./abr. 1902., p. 385-386.

As concessões portuárias do Decreto do Poder Legislativo 1.746/1869 eram outorgadas sem privilégio de zona⁷⁹, isto é, não impediam que outras instalações portuárias operassem nas proximidades tanto que conviveram e concorreram com os trapicheiros e entrepostos particulares⁸⁰, concorrência esta que originou inúmeros conflitos e, inclusive, levou à falência algumas das companhias de docas concedidas.

Vale destacar que, nesta época, embora muitas concessões tenham sido outorgadas para os mais diferentes tipos de ativos⁸¹, ainda estava longe de existir a noção de concessão como um serviço público de titularidade estatal sujeita a um determinado regime jurídico derogatório do direito privado. O *Arret Blanco*, considerado pedra angular do direito administrativo francês, seria proferido em 1873, mas não teria o condão de estabelecer a noção de uma concessão de obra pública à iniciativa privada como um serviço público tal como viria a ser posteriormente desenvolvido. Este julgado determinou como critério para a aplicação da jurisdição administrativa do Conselho de Estado francês a existência de um serviço público, todavia considerando este como um sinônimo de função estatal, sem o desenvolvimento de uma noção de regime jurídico de serviço público ou de regras derogatórias do direito privado. Desenvolvimentos posteriores da noção de serviço público surgiram no direito administrativo francês com a Escola do Serviço Público de Bordeaux e teriam expressão fundante na figura de LEON DUGUIT a partir da publicação de sua obra *Les transformations du droit public* de 1913 cujo principal objetivo era de substituir as teorias baseadas na ideia de soberania pela teoria do serviço público como fundamento e a própria razão de ser do Estado. Doutrinariamente, a noção de um regime jurídico propriamente particular dos serviços públicos só viria a surgir em 1926 quando LOUIS ROLLAND publicou sua obra *Précis de droit administratif*⁸². Além disso, a

⁷⁹ Cf. BALBINO, A. Petrobrás - Terminal Marítimo. In: **Revista De Direito Administrativo - RDA**, 1962, v. 69, p. 373-376.

⁸⁰ Cf. HONORATO, C. T.; e MANTUANO, T. V. O que era o Trapiche? O Porto e a Cidade do Rio de Janeiro no Século XIX. In: *Acervo – Revista do Arquivo Nacional*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 1, p. 144-158, jan./jun. 2015, p. 144-158.

⁸¹ Segundo narra FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, o recurso a instrumentos de tipo concessório para implantação e operação de utilidades públicas nota-se desde a chegada da família imperial no Brasil para uma ampla gama de ativos e utilidades públicas e estende-se por todo o período imperial: 1811, concessão de privilégio para comércio entre duas capitanias tendo por encargo instalação de presídios, abastecimento de remédios, desassoreamento de rios, implantação de dispositivos de transposição hidroviária; 1816, concessão de conservação de estradas no interior de Minas Gerais remunerada com exploração mineral e recursos da Coroa; 1817, concessão para exploração com privilégio exclusivo da navegação a vapor na Baía de Guanabara, também a concessão para exploração de serviço de coches e seges na cidade do Rio de Janeiro com privilégio exclusivo; 1828, D. Pedro I edita a primeira lei definindo um regime concessão de obra pública, que era destinado à implantação de canais, edificação de estradas, pontes, calçadas e aquedutos, sendo remuneradas pela exploração de imóveis lindeiros e pela cobrança de taxa pelo uso. Cf. Op. Cit. 2015, p. 77-79.

⁸² CHEVALLIER, J. **O Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 33.

inspiração da concessão portuária, conforme bem explanado em relatório produzido pela SERVICE DES PAYS S.A. em 1949, estava na prática inglesa de financiamento de obras portuárias:

“Fazendo-se sentir a necessidade de melhoramentos dos nossos portos, procurou o Governo Brasileiro interessar em tais empreendimentos a iniciativa privada, tendo assim sido expedida a Lei n.º 1.746, de 13 de outubro de 1869, inspirada na prática inglesa do regime «self supporting» para a execução das obras de melhoramento e a respectiva exploração comercial do porto.”⁸³

Em vista disso, já em 1916, uma lição doutrinária relevante sobre a ausência de considerações desses contratos de concessão como contratos publicísticos sujeitos a um regime jurídico de direito público distinto dos contratos privados pode ser evidenciada em obra de RUI BARBOSA denominada *Questões dos Portos no Brasil*. Em um dos pareceres da lavra deste famoso autor, em que discute a competência para realização de obras de melhoramento dos portos através de concessão, o mesmo tece considerações sobre a interpretação do contrato de concessão do Porto de Rio Grande e do possível conflito entre este e a concessão do Porto de Porto Alegre para o que se utiliza de autores civilistas como WINDSCHEID, TEIXEIRA DE FREIRAS, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, GIOVANNI CARRARA, entre outros, e de categorias jurídicas de direito civil dos contratos⁸⁴. O próprio J. X. CARVALHO DE MENDONÇA ao tratar dos contratos de concessão portuário celebradas até 1902 afirma o seguinte:

“O Governo Federal quando, como representante e em nome da União, contracta com particulares, despe-se do carácter de poder público, desce à arena do direito civil privado, nivelando-se com qualquer cidadão. As relações existentes, então, entre o Governo e o particular com quem contracta, passam a ser de igualdade. Este princípio está firmado em nosso Direito Administrativo, quer sob a Monarchia, quer sob a Republica.”⁸⁵

“A concessão acha-se submetida às regras de direito applicaveis aos contractos em geral. Como contracto que é, a concessão constitue a lei tanto da Administração, como do concessionário. Não pôde, pois, ser este contracto modificado sem o consentimento reciproco das partes que nelle figuram.

[...]

Na Introdução destes nossos Apontamentos falámos da União como pessoa civil, contractando com particulares e sujeitando-se, como qualquer cidadão, à lei privada e ao poder judiciário (ns. 2 e 3 da Introdução).”⁸⁶

Com base no Decreto do Poder Legislativo n.º 1.746/1869, foram concedidas diversas concessões de portos. Conforme narra FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, pode-se destacar a concessão do Porto de Santos ao Estado de São Paulo por meio do Decreto 8.800

⁸³ Cf. *idem*, p. 9.

⁸⁴ Cf. BARBOSA, R. Competência em Matéria de Obras de Portos: a propósito da concessão das obras do porto de Porto Alegre, de 1916. **Questões dos Portos do Brasil**. In: Obras Completas de Rui Barbosa, Vol. XLV, 1918, Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, 1967, p. 44 e ss.

⁸⁵ MENDONÇA, J. X. C. de. *Op. Cit*, 1902, p. 7.

⁸⁶ *Idem*, p. 402.

de 16 de dezembro de 1882⁸⁷ com privilégio exclusivo para explorá-lo por um prazo de 40 anos e o encargo de proceder a obras de melhoramento em prazo determinado; todavia, como as obras não fossem realizadas, após sucessivas prorrogações, foi declarada sem efeito a concessão por meio do Decreto 9.573 de 27 de março de 1886⁸⁸. Assim, em 1888, realizou-se concorrência pública para a concessão do cais portuário na qual compareceram seis grupos de investidores, tendo vencido um grupo formado por comerciantes cariocas; por meio do Decreto 9.979 de 12 de julho do mesmo ano, foi celebrado o contrato de concessão das docas de Santos⁸⁹. Em 1892, os vencedores viriam a constituir a Companhia Docas de Santos (CDS) em 1892 para titular a concessão. Em 1890, o contrato de concessão seria ratificado pelo governo republicano que incluiria em seu escopo a construção de cerca de 260 m de costado e o direito de exploração da instalação durante 90 anos, conforme consta do Decreto nº 966, de 7 de novembro de 1890. O término da concessão se deu em 1980, quando a CDS foi substituída pela Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), a época uma subsidiária da Portobrás constituída na forma de uma sociedade de economia mista e atualmente uma empresa pública renomeada como Autoridade Portuária de Santos S.A. (nome fantasia *Santos Port Authority - SPA*) e cujos estudos de desestatização estão em curso.

Portanto, no Brasil imperial, embora existente na legislação brasileira a concessão de obra pública e, como foi visto, um modelo de concessão portuária inspirada no modelo inglês, estes institutos ainda não haviam sido tocados pela noção de serviço público na concepção que viria a surgir anos mais tarde.

Com a Proclamação da República, observa-se que a doutrina brasileira parece ter sofrido forte influência do pensamento norte americano. A aproximação com o ideário norte-americano se dá sobretudo com a noção de *public utilities*, segundo a qual:

“The municipal Corporation in contracting for the construction or purchase of plants providing such public utilities as gas, water, or electric light, while acting within the scope of its authority as conferred upon it by statutory enactments, either expressly or by necessary implication, is not exercising its governmental functions but is acting in its private business capacity for its own special benefit and the advantage of its citizens and is liable in the same way and to the same extent as private individual or Corporation. The case of Omaha Water Co. v. Omaha, 147 Fed. 1, 12 L.R.A. (N.S.) 736, 8 Ann. Cas. 614, decided in 1906, furnished an excellent statement and a pertinent application of this principle [...] in the exercise of the business powers of a city, the municipality and its officers [...] they may lawfully exercise these powers in

⁸⁷ Cf. BRASIL, *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1882*, Vol. 2, p. 532.

⁸⁸ MARQUES NETO, F. de A. Op. Cit., 2015, p. 85-86.

⁸⁹ LOBO, H. *Docas de Santos: suas origens, lutas e realizações*. Rio de Janeiro: Typ. Do Jornal do Commercio, 1936, pp. 12-13.

the same way and in their exercise the city will be governed by the same rules which control a private individual or a business Corporation under like circumstances.”⁹⁰

VITOR RHEIN SCHIRATO traça um interessante roteiro dessa evolução denotando através da obra de autores relevantes que escreveram durante a Primeira República concepções baseadas no pensamento norte-americano sobre *public utilities*. Nesse sentido, menciona os comentários de RUI BARBOSA à Constituição de 1891 a respeito da liberdade de iniciativa, descrevendo o primado deste direito fundamental que só poderia ser de alguma forma restringida em casos específicos dentre os quais o das atividades que demandassem elevados investimentos e cuja viabilização, para que houvesse o retorno do capital investido, dependesse da instituição de monopólio⁹¹. SCHIRATO menciona ainda outros autores do período que seguiam a lógica de *public utilities*, isto é, de atividades não privativas do Estado cujo interesse público envolvido na sua realização facultava ao Estado a regulamentação de seu exercício. Nesse sentido, portanto, LUIZ DE ANHAIA MELLO, BILAC PINTO e J. H. MEIRELLES TEIXEIRA⁹².

2.2. O nascimento da concepção de serviço público na doutrina brasileira e os decretos portuários de Getúlio Vargas: as concessões de Portos Organizados como serviços públicos

A Constituição de 1934 foi a primeira a mencionar a exploração de portos, dispondo que à União cabia legislar sobre o seu regime (cf. art. 5º, inc. XIX, ‘e’)⁹³. Ao distribuir as competências privativas atribuídas à União, a Constituição de 1934 definiu que a exploração de alguns serviços e atividades seguiria o regime de concessão. O rol de serviços especificados incluía os serviços de telégrafo, de radiocomunicação e de navegação aérea, e, também, a

⁹⁰ POND, O. L. **A Treatise on the Law of Public Utilities**, Vol. I, 4ª Ed. Indianapolis: The Bobbs-Merril Company Publishers, 1932, p. 20-21. A primeira edição desta obra é de 1913.

⁹¹ SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 41.

⁹² SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 42.

⁹³ Traz-se à colação os principais dispositivos da Constituição de 1934 sobre a matéria:

Art 5º - Compete privativamente à União:

(...) VIII - explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias-férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado; (...) XIX - legislar sobre: (...) e) regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais; (...)

§ 2º - Os Estados terão preferência para a concessão federal, nos seus territórios, de vias-férreas, de serviços portuários, de navegação aérea, de telégrafos e de outros de utilidade pública, e bem assim para a aquisição dos bens alienáveis da União. Para atender às suas necessidades administrativas, os Estados poderão manter serviços de radiocomunicação.

exploração das instalações de pouso e das vias-férreas que ligassem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transpusessem os limites de um Estado. Como se vê, esse rol não incluía instalações portuárias ou portos marítimos como sendo exploráveis por meio de concessão (cf. art. 5º, inc. VIII). Todavia, apesar de não ter definido o regime de exploração da atividade portuária, a Constituição de 1934 assinalou o seu caráter de utilidade pública. Tanto é assim que mencionou como sendo de utilidade pública os serviços portuários, de navegação aérea e de telégrafos, deixando o rol aberto para que outros serviços fossem considerados do mesmo modo. Em linha com isso, determinou que os Estados teriam preferência para a concessão federal desses serviços (cf. art. 5º, § 2º).

Não obstante, a Constituição de 1934 denota a convivência das noções de utilidade pública e de serviço público concedido, pois ao mesmo tempo que relaciona a concessão de serviços como os portuários à categoria de utilidades públicas, como visto acima, também relaciona a outorga de concessão à noção de serviço público. Esta última relação fica marcada em alguns dispositivos: (i) o art. 17, inc. X, que estendia a imunidade tributária recíproca entre os entes federativos às “concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão”; (ii) o art. 135, que determinava que a lei estabeleça “percentagem de empregados brasileiros que devam ser mantidos obrigatoriamente nos serviços públicos dados em concessão”; (iii) o art. 136, incs. I e II, que obrigava as concessionárias de serviços públicos a terem no mínimo a “maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil,” e, quando se tratar de diretores estrangeiros, conferir poderes de representação a brasileiros; e (iv) os arts. 137 e 146 que, de um lado previam a revisão das tarifas para evitar que os lucros das concessionárias excedessem “a justa retribuição do capital”, inclusive, no caso de “necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços” e de outro lado proibiam a garantia de juros a empresas concessionárias.

No âmbito constitucional, verifica-se uma guinada a partir da Constituição de 1937, quando o texto constitucional deixa de se valer da noção de utilidade pública para serviços concedidos⁹⁴ e passa a utilizar exclusivamente a noção de concessão de serviços públicos na qualidade de atividades estatais, diz-se que por influência de FRANCISCO CAMPOS, então Ministro da Justiça e encarregado pelo presidente Getúlio Vargas da elaboração da referida

⁹⁴ O termo utilidade pública foi conservado no texto da Constituição de 1937 para referir-se à desapropriação.

constituição⁹⁵. O art. 147 da constituição determinava que “a lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços”. Para elaboração do projeto de lei geral de concessões, FRANCISCO CAMPOS reuniu uma comissão de juristas integrada por MIRANDA CARVALHO, EUGÊNIO GUDIN, HÉLIO MACEDO SOARES, ALCIDES LINS, LAHYR TOSTES, ANHAIA MELO, ALVES DE SOUSA, BILAC PINTO E PLÍNIO BRANCO, SEABRA DE OLIVEIRA, VALDIR NIEMEYER, LEMOS NETO, SATURNINO DE BRITO, UBALDO LÔBO, OSCAR WEINSCHILLCK e ODILON BRAGA cujas discussões resultaram no relatório conclusivo da comissão lavrada por ODILON BRAGA na qualidade de relator dos trabalhos. O relatório denominado *Serviços Públicos Concedidos*, defendeu o abandono da noção norte-americana de *public utilities* e uma guinada para a teoria francesa da concessão de serviço público⁹⁶. O relatório foi publicado em 1947 na Revista de Direito Administrativo em quatro partes, mas o projeto de lei não chegou a ser aprovada⁹⁷.

A existência de inúmeras obras do período que ainda se referem às atividades prestacionais como utilidades públicas⁹⁸ e o próprio registro do relatório sobre *Serviços Públicos Concedidos* elaborado por ODILON BRAGA indicam que a transição doutrinária não foi automática e ocasionou um importante debate naquele tempo a respeito de qual filiação dogmática estaria correta. No relatório da comissão, além de inúmeros outros pontos de

⁹⁵ “Nomeado ministro da Justiça dias antes do golpe de novembro de 1937, foi então, designado por Getúlio Vargas de elaborar a nova Constituição do país, que se notabilizou por suas características corporativistas, em muito desenvolvidas por Campos e pela proeminência do poder central sobre os estados municípios, bem como, do Poder Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário.” MENEZES, D. F. N.; JUNQUEIRA, M. A. O Estado Subsidiário na Constituição de 1937 – O Papel de Francisco Campos. In: **Teoria e história do direito constitucional CONPED/UFF**. BORGES, A. W., et. al. (Coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 110. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uff.php>. Acesso em 30/08/2021.

⁹⁶ SCHIRATO idem, pp. 43-45.

⁹⁷ BRAGA, O. Serviços públicos concedidos, partes 1, 2, 3 e 4. **Revista De Direito Administrativo - RDA**, vols. 7, 8, 9 e 10, 1947.

⁹⁸ BILAC, P. **Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública**, Rio de Janeiro: Forense, 1941; TOSTES, L. P. de R. **Serviços de Utilidade Pública e Alguns de Seus Problemas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941; MELO, L. de A. **O problema econômico dos serviços de utilidade pública**. São Paulo: Prefeitura Municipal, Sub-divisão Gráfica, 1940; CARVALHO, M. de. Serviços de utilidade pública. In: **Revista Forense**, v. 39, n. 89, p. 305-314, jan./mar, 1942; BAUER, J. A natureza dos serviços de utilidade pública. In: **Revista Forense**, v. 39, n. 91, p. 59-77, jul./set., 1942; PICCIRILLI, R. Irregularidade que dominam o sistema de concessão de serviços de utilidade pública: (patologia das empresas concessionárias, o visível menosprezo do interesse público). In: **Revista Forense**, v. 40, n. 95, p. 20-33, jul./set. 1943; BURKINSKI, F. As Tarifas nas concessões de serviços de utilidade pública. In: **Revista de Direito Administrativo - RDA** v. 2, n. 2, p. 893-908, out., 1945; e MAXIMILIANO, C. O fornecimento de gás combustível, por meio de recipientes portáteis, constitui um serviço de utilidade pública? In: **Archivo Judiciario**, v. 91, jul./set. 1949. Suplemento, p. 11-14.

discussão, explicita-se a discussão sobre a natureza jurídica da concessão, se estatutária ou se contratual. A natureza estatutária, implicaria que o Estado, enquanto delegatário, teria a possibilidade de modificar o regime de prestação dos serviços a qualquer tempo, posição que deixava a concessionária à mercê do abuso de poder estatal e, conseqüentemente, afastaria interessados em investir nas concessões, privando o público dos benefícios almejados. Assim, considerando também que a prática administrativa foi sempre a de celebração de contratos, prevaleceu o entendimento de que a concessão teria natureza contratual, mas não seria um contrato nos moldes defendidos por CONSELHEIRO LAFAYETTE, por RUI BARBOSA e por J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, mas um contrato no qual a posição do Poder Concedente não seria idêntica à do privado, um contrato no qual o Poder Concedente poderia modificar as regras de execução, inclusive prevendo a expansão e melhoramento dos serviços, desde que garantido “um direito de reajustamento das condições financeiras da concessão”⁹⁹. Surge dessa elaboração doutrinária a noção de *ius variandi* na doutrina brasileira e a correspondente garantia de preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Diferentemente da carta anterior, a Constituição de 1937 não estendeu a imunidade tributária recíproca às concessionárias de serviços públicos, devendo eventuais isenções ser estipuladas em lei especial (art. 32, parágrafo único). Além disso, vedou-se que parlamentares pudessem ser sócios de concessionárias de serviço público (art. 44, ‘c’), mas manteve disposições semelhantes às anteriores no sentido de que as concessionárias deveriam ter maioria de administradores brasileiros e de que a lei determinaria percentagem de empregados brasileiros a serem mantidos (arts. 146 e 153).

Dentre os autores do período, destaca-se THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, por cuja obra inicia-se a consolidação doutrinária da noção de serviço público no direito brasileiro como atividade de titularidade estatal, mas especialmente como atividade sujeita a um regime jurídico específico. A primeira obra onde o jurista apresenta este conceito data de 1936 – *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*¹⁰⁰. A partir de então, a noção de serviço público como atividade prestada diretamente pelo Estado ou por particulares por meio de concessão estatal vai se assentando no Brasil. Como afirma o referido autor: “a ideia primitiva da simples concessão para a execução de obras públicas foi substituída por um conceito mais

⁹⁹ BRAGA, O. Serviços públicos concedidos. In: **Revista De Direito Administrativo – RDA**, n. 10, p. 14-51, out./dez. 1947, p. 43-45.

¹⁰⁰ Cf. **Instituições de Direito Administrativo Brasileiro**, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

amplo – a gestão, a exploração de todo um serviço público”¹⁰¹. Assim, se assenta a noção dos três elementos clássicos que permitem a identificação de uma atividade como serviço público: (i) a titularidade estatal como elemento orgânico; (ii) o regime jurídico especial como elemento material; e (iii) a destinação ao atendimento de uma finalidade coletiva a ser satisfeita como elemento finalístico. Isso em vista, na busca de uma identificação do que seria o regime jurídico especial dos serviços públicos, começa um movimento doutrinário de diferenciação e oposição deste em relação ao direito privado¹⁰².

Ora, é nesse contexto de elaboração doutrinária que, durante a Era Vargas e a República Nova, a exploração da infraestrutura portuária no Brasil passa a ser considerada um serviço público. Muito embora a legislação portuária do período não refira explicitamente a exploração portuária como serviço público, certo é que foi nesse período no qual surgiu a identificação do instituto da concessão com a noção de serviço público e, a partir de então, a legislação passou a refletir os aspectos doutrinários relacionados à exclusividade e ao monopólio estatal como elementos do regime jurídico da exploração portuária. Nesse contexto, na própria obra seminal de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI há um capítulo específico destinado a descrever a exploração portuária mediante concessão entendida sob a, então, nova acepção de ‘serviço público’¹⁰³.

Desse modo, foram editados um conjunto de normativos sobre o setor portuário na forma de decretos. São os seguintes: o Decreto nº 24.447, de 22 de junho de 1934; o Decreto nº 24.511, de 29 de junho de 1934; o Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934; e o Decreto nº 24.599, de 3 de julho de 1934.

Ao Decreto nº 24.447/1934 se deve a definição de uma série de termos relevantes para o setor portuário nacional, dentre eles estão o de Porto Organizado além da definição de Administração do Porto, que viria a ser chamada mais recentemente de Administração Portuária ou Autoridade Portuária. Ambos os conceitos estão intimamente relacionados, como se pode verificar: são "portos organizados" os que tenham sido melhorados, ou aparelhados, atendendo-se às necessidades da navegação e da movimentação e guarda de mercadorias e cujo tráfego se realize sob a direção de uma ‘administração do pôrto’, a quem caiba a execução dos ‘serviços

¹⁰¹ Op. Cit., 1936, p. 253.

¹⁰² SCHIRATO, V. R. Op. Cit., 2012, p. 46-47.

¹⁰³ CAVALCANTI, T. B. Op. Cit., 1936, p. 340-344.

portuários' e a conservação das 'instalações portuárias'" (cf. art. 2º, *caput*). Por sua vez, a chamada administração do porto é definida na forma dos que estão aptos a titulá-la. Veja-se o dispositivo: a "administração do pôrto" pode ser dependência direta do Governo Federal, ou de concessionário, ou arrendatário, a quem, por contrato, tenha sido delegada a execução daqueles serviços (cf. art. 2º, parágrafo único). Ou seja, a Administração do Porto poderia ser: (i) o Governo Federal explorando e realizando investimento de forma direta na instalação, por meio do então Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN) do extinto Ministério da Viação e Obras Públicas (MVOP); (ii) o concessionário, aqui cabendo a ressalva de que o concessionário nos termos do Decreto nº 24.599/1934 poderia tanto ser, preferencialmente, um Estado quanto ser uma entidade privada; e, por último, (iii) o arrendatário.

O Decreto nº 24.508/1934 estabeleceu a possibilidade de se explorar os serviços portuários também por arrendamento, pois definiu a competência do Ministério da Viação e Obras Públicas (MVOP) para, por meio do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN), explorar diretamente ou mediante concessão ou arrendamento os portos nacionais, reforçando a definição de administração do porto (cf. art. 1º, § 1º). Além disso, trouxe a definição específica dos serviços e vantagens portuários que seriam remunerados mediante o pagamento de tarifa: (i) utilização do porto; (ii) atracação; (iii) capatazias; (iv) armazenagem interna; (v) armazenagem em "armazéns gerais"; (vi) armazenagem especial; (vii) transportes; (viii) estiva das embarcações; (ix) suprimento e aparelhamento portuário; (x) reboques; (xi) suprimento de água às embarcações; e (xii) serviços acessórios. Desses serviços, apenas os de capatazias, armazenagem interna e o transporte entre pontos internos ao porto seriam privilégios da administração portuária, todos os demais poderiam "ser realizados, livremente, por terceiros" (art. 19 c/c art. 20).

Com o Decreto nº 24.511/1934, ficaram determinados os serviços portuários que seriam "privilégio" das administrações dos portos (cf. art. 12, *caput*). Estes seriam os serviços definidos como: (i) capatazias, isto é, a movimentação de mercadorias das embarcações para dentro do porto organizado e do porto organizado para as embarcações; (ii) armazenagem interna, cuja definição havia sido veiculada no Decreto nº 24.508/1934, em seu art. 9º: "fidel guarda e conservação de mercadorias de importação do estrangeiro, ainda sujeitas ao desembaraço aduaneiro, em armazens, alpendres ou pateos alfandegados, ou de mercadorias nacionais ou nacionalizadas, importadas por cabotagem, em armazens, alpendres ou pateos não

alfandegados, mas, que sejam destinados ao transito ou ao recebimento e prompta entrega dessas mercadorias”; (iii) transporte de mercadorias, isto é, a transportação internamente das mercadorias de um ponto a outro do porto organizado. E, em seguida, facultou-se às administrações do porto, que: “todos os demais serviços portuarios e accessorios de que as administrações dos portos se podem incumbir, poderão ser realizados, tambem, por terceiros, com seu proprio pessoal e aparelhamento” (cf. art. 12, parágrafo único).

O Decreto nº 24.599/1934 materializou a opção do legislador ordinário, no caso o Poder Executivo fazendo as vezes de legislador, por facultar a exploração dos portos mediante concessão federal. Este decreto foi responsável pela revogação do Decreto do Poder Legislativo nº 1.746/1869, sendo a sua epígrafe lapidar: “autoriza a concessão de obras e melhoramentos dos portos nacionais, seu aparelhamento e a exploração do respectivo tráfego”. Além disso, dispôs que não seriam mais “concedidas licenças para o estabelecimento de entrepostos particulares” e que seriam “cassadas” as que estivessem em vigor “desde que as instalações portuárias, realizadas pelos concessionários de portos, sejam abertas ao tráfego público” (cf. art. 2º, § 2º). Os entrepostos particulares eram os armazéns ou trapiches autorizados pelo governo. Acabava-se assim com os terminais privados que só iriam ressurgir posteriormente durante o Regime Militar de 1964.

Como bem atesta SILVEIRA LOBO, o “sistema legal de 1934 baseava-se na idéia de que, a cada porto organizado correspondia uma ‘hinterland’, cabendo ao porto organizado o monopólio do embarque e desembarque das mercadorias provenientes do seu ‘hinterland’ ou a eles destinada”¹⁰⁴. O Decreto nº 24.599/1934 permaneceu vigente, com alterações pontuais, até a edição da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Pode ser considerado, por conseguinte, um dos principais textos normativos que regularam a exploração da atividade portuária na segunda metade do século passado, ao lado do Decreto-Lei nº 05, de 04 de abril de 1966. Com a edição do Decreto nº 24.599/1934, estabeleceu-se que os portos marítimos poderiam ser concedidos aos Estados e às entidades privadas, para melhoramento e exploração de suas instalações, por prazo estipulado de acordo com as dificuldades do empreendimento, não superior a 70 anos (cf. art. 1º, parágrafo único). Por sua vez, o escopo desse tipo de concessão

¹⁰⁴ LOBO, C. A. de S. Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93. In: **Revista De Direito Administrativo - RDA**, n. 220, p. 19-34, abr./jun. 2000. O conceito de hinterland (hinterlândia) pode ser entendido como sendo a área em terra de influência de um porto, considerando a origem e o destino das mercadorias que transitam por esse porto dentro do continente.

incluía: obras de acesso e ancoradouro adequado ao porte das embarcações; obras e aparelhamento de acostagem, movimentação, guarda e conservação de mercadorias; e exploração comercial do porto, compreendendo serviços portuários, conservação dos canais de acesso, ancoradouros e aparelhamento do porto (cf. art. 2º, caput).

Além disso, o Decreto nº 24.599/1934 adotava um sistema de “compensação” dos investimentos realizados semelhante ao adotado pelo Decreto do Poder Legislativo nº 1.746/1869. Este modelo consistia basicamente em que as despesas com as obras do início da concessão do porto deveriam ser registradas em uma conta, chamada conta de capital inicial, aberta no início das obras e encerradas no fim do décimo ano da concessão (cf. art. 6º, parágrafo único). O mesmo se daria com as obras de ampliação realizadas após o encerramento da conta de capital inicial: seriam registradas em uma conta de capital adicional aberta no início das obras de ampliação e com prazo máximo de um decênio para encerramento (cf. arts. 7º a 9º). Trata-se de uma distinção em relação ao marco imperial das concessões portuárias que não trazia disposições sobre a realização de investimentos em ampliação. Caberia à Administração, ou ao ‘Governo’ – como é utilizada a expressão no texto –, reconhecer as despesas lançadas nas contas de capital inicial e de capital adicional como efetivamente aplicadas às instalações e aprová-las (cf. art. 10). Para ‘compensar’ – o decreto utiliza esta expressão – o capital efetivamente aplicado às instalações, o concessionário deveria constituir fundos mediante a capitalização de quotas anuais da receita líquida que auferisse da exploração do porto.

O decreto, por sua vez, definia dois tipos de fundos: fundo de compensação de capital inicial; e fundo de compensação de capital adicional. A constituição do fundo de compensação do capital inicial deveria ser realizada após o encerramento da conta de capital inicial e a capitalização de quotas anuais no fundo deveria ser calculada de modo que, ao final da concessão, o fundo contivesse quantia suficiente para compensar o valor da conta de capital inicial. Para cada conta de capital adicional, deveria se constituir um fundo de compensação logo após o encerramento da respectiva conta de capital, calculando-se a quota anual a ser capitalizada de modo que, ao final da concessão, o fundo contivesse quantia suficiente para compensar o valor da conta de capital adicional (cf. art. 11, ‘a’ e ‘b’). No que toca à reversibilidade dos bens, o Decreto nº 24.599/1934 determinou que, findo o prazo de concessão, as instalações portuárias deveriam reverter ao domínio da União. A reversão se daria mediante o pagamento, em apólices da Dívida Pública Federal, pelo ‘Governo’ ao concessionário, das

“parcelas de capital adicional” que não fossem compensadas até o término do prazo da concessão (cf. art. 12). Aí, pois, o critério de indenização que, como se vê, embora não trouxesse maiores detalhes, apresentava uma lógica financeira: em princípio, o valor do fundo de compensação deveria ser suficiente para compensar financeiramente o montante investido no porto e, caso não o fosse, então a diferença seria paga a título de indenização. Como meio de solução de controvérsias, em linha com o marco legal anterior, o decreto estabeleceu a arbitragem (cf. art. 20).

Um exemplo de concessão portuária desenhada nos moldes do Decreto nº 24.599/1934 pode ser encontrado no Porto de Imbituba. Por meio do Decreto nº 7.842, de 13 de setembro de 1941, a realização de obras e a exploração do porto seriam concedidas à Companhia Docas de Imbituba, por um prazo de 70 anos.

Pouco tempo depois da edição dos decretos de 1934, houve uma flexibilização nos monopólios dos Portos Organizados com a autorização para que Estados e Municípios construíssem instalações rudimentares. Essa flexibilização se deu por meio do Decreto-Lei nº 6.460, de 2 de maio de 1944. Este previa originalmente em seu art. 1º, parágrafo único, a construção e exploração de instalações portuárias rudimentares por Estados e Municípios, consideradas estas aquelas cujo valor não ultrapassasse Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros). Caso o valor superasse esse montante ou a receita movimentada no porto durante 2 anos consecutivos atingisse determinado patamar, o regime jurídico aplicável a essas instalações deveria ser o de concessão portuária. No caso de instalação portuária construída pela União, era possível que a sua conservação e exploração fosse outorgada pelo DNPRC à entidade privada idônea (art. 9º, *caput*). Também, era permitido que Estados e Municípios, após a construção da instalação portuária, transferissem a entidades privadas idôneas a conservação e a exploração da instalação rudimentar (art. 9º, parágrafo único).

2.3. Portobrás e a concepção de exploração de infraestrutura portuária nos Portos Organizados como atividade econômica privada por empresas estatais durante o Regime Militar

O quadro da exploração portuária haveria de se alterar à medida em que se aproximava a instauração do Regime Militar iniciado em 1964. Uma das marcas mais evidentes

do Regime Militar para o setor portuário foi o forte intervencionismo estatal pautado pela ideologia do desenvolvimentismo nacionalista na forma de atuação direta do Estado na economia por meio de empresas estatais que operariam com a flexibilidade do regime de direito privado¹⁰⁵.

Por outro lado, como se verá, este período foi marcado também pela atração de investidores privados na forma de terminais privados e de arrendatários ou locatários de instalações sob a jurisdição de Autoridades Portuárias estatais nos Portos Organizados. Segundo os ideólogos e economistas defensores do desenvolvimentismo, ao contrário do que preconizavam os economistas ortodoxos, o mercado deixado à livre interação dos agentes privados seria incapaz de produzir o desenvolvimento necessário para eliminar os problemas de uma nação, especialmente os de ordem social; por outro lado, uma intervenção do Estado adequada seria capaz de catalisar o resultado econômico e orientá-lo ao atingimento de objetivos sociais e nacionais que não seriam atingidos apenas pela ação espontânea das forças do livre-mercado¹⁰⁶.

Nesse período, foram criadas, na forma do famoso Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, ao todo 47 estatais para atuarem em setores chave da economia, a título exemplificativo, foram fundados os Correios e a Embraer em 1969, a Telebrás, a Embrapa e a Infraero em 1972, a Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) em 1974¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A orientação desenvolvimentista do Estado brasileiro no Regime Militar não foi uma novidade, o desenvolvimentismo esteve presente nas políticas de Estado brasileiras desde a Era Vargas, com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) em 1941, da Companhia Vale do Rio Doce em 1942 e da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco (CHESF) em 1945, atravessando a República Nova com a criação por Getúlio Vargas, dessa vez eleito democraticamente, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e do Banco do Nordeste (BNB) em 1952 e da Petrobrás em 1953, e por Juscelino Kubitschek, dentro do Plano de Metas, de FURNAS e da Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA) em 1957.

¹⁰⁶ A propósito, BIELSCHOWSKY define: “Entendemos por desenvolvimentismo, neste trabalho, a ideologia de transformação da sociedade brasileira definida pelo projeto econômico que se compõe dos seguintes pontos fundamentais: (a) a industrialização integral é a via de superação da pobreza e do subdesenvolvimento brasileiro; (b) não há meios de alcançar uma industrialização eficiente e racional através da espontaneidade das forças de mercado, e por isso, é necessário que o Estado a planeje; (c) o planejamento deve definir a expansão desejada dos setores econômicos e os instrumentos de promoção dessa expansão; e (d) o Estado deve ordenar também a execução da expansão, captando e orientando recursos financeiros e promovendo investimentos diretos naqueles setores em que a iniciativa privada for insuficiente”. : BIELSCHOWSKY, R. Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. Rio de Janeiro: IPEA e INPES, 1988, p. 7. Apud: FONSECA, P. C. D. Texto para Discussão (TD) 2103: **Desenvolvimentismo: a construção do conceito**. Brasília: IPEA, 2015, p. 16. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4580>.

¹⁰⁷ Sobre o histórico das estatais no Brasil, cf. PINTO JUNIOR, M. E. **Empresas Estatais: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

O setor portuário sofreu uma reestruturação iniciada a partir da Lei nº 4.213, de 14 de fevereiro de 1963, um ano antes da instauração do Regime Militar. Esta lei definiu claramente que os Portos Organizados poderiam ser explorados diretamente pela União, por concessão, por autarquia federal e por sociedade de economia mista (cf. 25). Um detalhe relevante é que a criação de sociedades de economia mista para funcionar como autoridade portuária se dava mediante homologação pelo então Ministro da Viação e Obras Públicas de proposta do Diretor-Geral do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis (DNPVN) aprovada no respectivo órgão deliberativo (cf. art. 26, § 1º). A partir da edição do Decreto nº 54.046, de 23 de julho de 1964, pelo Presidente CASTELLO BRANCO, ficou definida a estratégia de constituir empresas estatais para a exploração dos Portos Organizados.

Nesse contexto, foram criadas diversas Companhias Docas no âmbito federal para funcionar como Administração Portuária dos Portos Organizados na forma de sociedades de economia mista. Dentre elas estão: a Companhia Docas do Ceará (CDC) em 1965, a Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ) e a Companhia Docas do Pará (CDP) em 1967, a Companhia Docas do Rio Grande do Norte (CODERN) em 1969, a Companhia Docas do Maranhão (CODOMAR) em 1973, a Companhia das Docas do Estado da Bahia (CODEBA) em 1975, a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) em 1980 e a Companhia Docas do Espírito Santo (CODESA) em 1982. Além das estatais federais de portos, outras Companhias Docas foram criadas no âmbito dos Estados e de Municípios, para os Portos Organizados delegados ou concedidos a estes entes subnacionais.

Durante o Regime Militar, em seguimento à reestruturação do setor, o histórico Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis, autarquia de supervisão, orientação, coordenação, controle e fiscalização das atividades portuárias foi extinto e substituído pela Empresa de Portos do Brasil S.A., a Portobrás, por meio da Lei nº 6.222, de 10 de julho de 1975, que passou a ter basicamente as mesmas atribuições do extinto departamento com o diferencial de sua flexibilidade gerencial materializada no regime de contratação de pessoal, autonomia financeira e regime de aquisições¹⁰⁸. A Portobrás passou a funcionar como *holding* das demais companhias docas estatais e, portanto, a regular diretamente essas companhias.

¹⁰⁸ “A liberdade operacional das entidades paraestatais, especialmente das empresas públicas e das sociedades de economia mista, decorre de sua assemelhação às empresas privadas, por preceito constitucional que assim dispõe: “Na exploração pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das

No que toca o regime jurídico dos portos, a primeira alteração relevante se dá por épocas da outorga da Constituição de 1967, a partir da edição do Decreto-Lei nº 05, de 04 de abril de 1966, e de seu regulamento, o Decreto nº 59.832, de 21 de dezembro de 1966, que trataram do arrendamento e da locação de instalações portuárias.

O Decreto-Lei nº 05/1966, epigrafado na forma de estabelecer “normas para a recuperação econômica das atividades da Marinha-Mercante, dos Portos Nacionais e da Rêde Ferroviária Federal S.A. e dar outras providências”, menciona novamente o arrendamento e estabelece pela primeira vez a locação portuária, explicitando o papel destes institutos como sendo o de exploração de terrenos ou instalações destinados à atividade portuária localizada dentro dos Portos Organizados, bem como define que estes arrendamentos ou locações seriam preferencialmente celebrados com os que se dispusessem a realizar novos investimentos (cf. art. 27). Trata-se de uma forma de combinar a liderança estatal na ordenação e desenvolvimento dos Portos Organizados, por meio de uma Autoridade Portuária estatal, com a atração de investimento do setor privado para a operação de instalações individuais. Nesse sentido, verifique-se que o Decreto-Lei nº 83, de 26 de dezembro de 1966, editado logo na sequência, estipulou: “os concessionários dos portos organizados deverão adotar medidas objetivas para a descentralização das operações, estimulando a construção de "piers" e o aluguel ou arrendamento das instalações portuárias pelos usuários ou por terceiros” (cf. art. 10).

Diferentemente do vácuo normativo existente no tocante aos arrendamentos no período pretérito, o Decreto nº 59.832/1966 fixou contornos para o regime jurídico tanto dos arrendamentos quanto das locações portuárias, instrumentos tipicamente privados. A partir da edição desse decreto, apresentou-se uma noção mais definida de que os arrendamentos e locações seriam realizados pelas administrações portuárias com terceiros. Isto é, ao invés da noção anterior em que um arrendatário poderia ser a própria administração portuária, na regulamentação do Decreto-Lei nº 05/1966, o arrendatário ou locatário é um contratado da Administração Portuária (art. 109, *caput*)¹⁰⁹.

obrigações” (Const. Rep., art. 170, §2º). [...] Seus métodos operacionais são os das empresas privadas; seus negócios admitem lucro; seu pessoal é empregado de empresa, regido em tudo e por tudo pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelas normas acidentárias e previdenciárias comuns. [...] No consenso da doutrina e da jurisprudência pátrias não é exigível licitação nas entidades paraestatais, para qualquer de suas contratações.” MEIRELES, H. L. A Licitação nas Entidades Paraestatais. In: **Estudos e Pareceres de Direito Público**, Vol. III: assuntos administrativos em geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 14 e 15.

¹⁰⁹ Essa conclusão se infere a partir da redação do dispositivo:

Por meio dessa regulamentação, também foram definidos os prazos contratuais e a condição para a prorrogação. O arrendamento portuário não poderia ser celebrado por prazo superior a 10 (dez) anos e a locação, por sua vez, não poderia ter prazo superior a 05 (cinco) anos (cf. art. 111, caput). No tocante ao prazo do arrendamento, foi apenas com a edição do Decreto nº 98.139, de 13 de setembro de 1989, que se estendeu o prazo de 10 (dez) anos para 20 (vinte) anos¹¹⁰. Sobre a prorrogação, a condição estabelecida era a de que fossem precedidas de novas avaliações para a atualização dos valores básicos (cf. art. 111, parágrafo único).

Questões como reversibilidade de bens e critérios de indenização, poder de modificação unilateral e direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, ficaram alheias à regulamentação, carecendo de disposições normativas. Talvez, por esse vácuo normativo que indicava um regime jurídico de direito privado, é que o professor TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, já durante a vigência da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.630/1993, afirmava que o regime jurídico de serviço público da exploração dos Portos Organizados compreendia o Porto Organizado e sua gestão enquanto uma universalidade de bens, o que era algo distinto da exploração por particulares, por meio de arrendamentos, de parcelas territoriais dos respectivos Portos Organizados e que ali exerceriam atividade eminentemente privada¹¹¹. De fato, diversos contratos de locação e arrendamento portuários da época, muitas vezes celebrados sem licitação, operavam numa lógica completamente privada de pagamento de um aluguel por uma área na qual eventuais construções ou melhoramentos eram tratados como benfeitorias submetidas ao regime do Código Civil de 1916, à legislação locatícia ou às disposições contratuais próprias, ao invés de serem considerados numa lógica de bens reversíveis¹¹².

Art. 109. As administrações portuárias procederão a estudos preliminares, que servirão de base às estimativas dos valores de cada uma das unidades compreendidas na área onde se desenvolvem os seus serviços, inclusive em relação aos terrenos, para determinação do preço a ser estipulado nos contratos de locação ou arrendamento.

¹¹⁰ Considera-se que, por meio do Decreto s/nº, de 05 de setembro de 1991 revogou-se o Decreto nº 98.139/1989, havendo a repristinação tácita dos termos originais do Decreto nº 59.832/1966.

¹¹¹ FERRAZ JÚNIOR, T. S. Porto - Arrendamento - Cessão e Prorrogação do Contrato". In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, Malheiros, abril a junho de 1999, nº 26, *apud* MARQUES NETO, F. de A.; e LEITE, F. B. Op. Cit., 2003, p. 275.

¹¹² Sobre este assunto, cf. PRADO, L. N.; SILVA, E. L. S.; e GAMELL, D. A. Reversibilidade de bens e indenização nos arrendamentos portuários pré-1993. In: **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**, v. 36, jan./fev., p. 99-117, 2017.

É também durante o Regime Militar de 1964 que ressurge a abertura na legislação para a exploração de terminais privativos destinados à movimentação exclusiva de carga própria¹¹³. Com a edição do Decreto nº 5/1966, foi permitido que embarcadores ou terceiros, desde que cumprissem as exigências da legislação em vigor, construíssem e explorassem as instalações portuárias previstas no Decreto-Lei 6.460/1944, é o que dispôs o seu art. 26, *caput*. Isto é, aos particulares foi facultada a construção de instalações portuárias que antes estavam facultadas apenas a Estados e Municípios. Além disso, o teto de valor para a instalação portuária foi abolido, tendo sido revogado pelo § 4º, do art. 26, do Decreto nº 5/1966. Consequentemente, desde que cumprisse as exigências da legislação, qualquer particular poderia construir e explorar instalação portuária de qualquer valor. Desse modo, desde 1966, ficou admitida a construção e exploração das instalações portuárias de uso privativo, as antecessoras dos atuais TUPs.

Para a construção e exploração das instalações portuárias de uso privado, as exigências da legislação vigente eram a obtenção de aprovação dos projetos de instalação por parte do Diretor Geral do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC), por intermédio do Distrito de Fiscalização com jurisdição sobre o local onde deveriam ser executadas as obras. Não obstante, caso o projeto apresentado não fosse aprovado ou impugnado pelo DNPRC dentro do prazo de 120 dias contados da sua entrega na sede do Distrito de Fiscalização, este seria considerado aprovado por omissão para todos os efeitos legais (cf. art. 3º, parágrafo único, Decreto-Lei nº 6.460/1944).

2.4. Ressurgimento da noção de infraestrutura portuária em Portos Organizados como um serviço público a partir da Constituição de 1988

Findo o Regime Militar e havendo a promulgação da Constituição de 1988, inicia-se uma nova fase democrática do Estado brasileiro e com ela novidades no regime

¹¹³ Conforme relatório do IPEA datado de 1992, ou seja, quando a legislação do Regime Militar sobre portos ainda estava vigente: “Estes terminais existem atualmente em grande número, implantados dentro ou fora dos portos públicos, e são, em muitos casos, ligados a empresas estatais (CVRD, Petrobrás, Cosipa, etc.) e, em muitos outros, a grandes e médias indústrias privadas (Dow Química, Cutrale, Cotrijuí, etc.). Em 1988, os terminais privativos movimentavam 80% da carga total que transitava pelo sistema portuário brasileiro. Essencialmente, quanto aos granéis sólidos, predominava o minério de ferro para exportação e, quanto aos granéis líquidos, predominava o petróleo cru na importação.” CASTRO, N. R. de; e LAMY, P. Texto para discussão nº 284. **A Desregulamentação do Setor de Transportes: o caso do subsetor portuário**. Brasília: IPEA, nov. 1992, p. 3.

constitucional da matéria portuária. A União manteve a competência para legislar privativamente sobre o regime de portos (cf. art. 22, inc. X) e lhe foi atribuída a competência de explorar os portos marítimos, fluviais e lacustres, diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização (cf. art. 21, inc. XII, alínea 'f'). Esse processo de atribuir à União a titularidade dessas atividades, seguindo a tradição doutrinária, foi chamado de *publicatio*¹¹⁴.

Na sequência do texto constitucional, explicitou-se que os serviços públicos apenas poderiam ser prestados por meio de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação (cf. art. 175, caput). Com isso surgiu a ampla interpretação doutrinária dos dispositivos constitucionais de que associar as atividades de caráter prestacional descritas como de competência da União no art. 21, inc. XII, a serviços públicos quando fossem executadas diretamente pelo Estado ou por meio de concessão e permissão¹¹⁵.

No período democrático pós-Constituição de 1988, o Estado brasileiro passou por diversas reformas tanto normativas, inclusive por Emendas Constitucionais, quanto do ponto de vista da cultura organizacional. O intuito era desburocratizar a ação estatal e implantar um paradigma de Administração Pública gerencial¹¹⁶. Assim, aos poucos o papel do Estado foi sendo reorientado para uma posição de menor intervenção direta na economia por meio de empresas estatais e maior predominância do papel de coordenação e fomento dos atores privados em setores-chave da economia, por meio da regulação. As principais razões para essas mudanças eram o grau elevado da dívida pública, a ausência de eficiência da atuação estatal direta em determinados setores e a dificuldade de atrair capital privado para girar a economia¹¹⁷.

Dessa época datam o primeiro e o segundo Programa Nacional de Desestatização (cf. Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997), cujo objetivo principal era reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades cuja exploração esta contava com melhores incentivos e condições

¹¹⁴ Cf. o trabalho orientado para o Setor Elétrico, mas cuja parte geral é aproveitável para qualquer setor da Ordem Econômica: LOUREIRO, L. G. K. **Constituição, Energia e Setor Elétrico**, 1ª Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2009.

¹¹⁵ Cf. p.ex. MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 702; e DI PIETRO, M. S. Z. Op. Cit., 2020, p. 188 e 189.

¹¹⁶ BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 30-31, 2015. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>.

¹¹⁷ Idem, p. 8-9.

de realização que o próprio Estado por meio de suas estatais¹¹⁸. Em 1995, foi lançado o célebre Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado elaborado pelo então Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado, LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA, sob a presidência de Fernando Henrique Cardoso¹¹⁹. Também dessa época, data a transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em uma autarquia federal, de forma a catalisar sua ação como entidade competente para a repressão às infrações contra a ordem econômica e defesa da concorrência (cf. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994)¹²⁰.

Inspiradas no modelo norte-americano de *Independent Regulatory Agencies* (IRA), foram criadas diversas Agências Reguladoras como entidades autárquicas, integrantes da Administração Indireta, mas com pretensa autonomia para regular os setores sob sua responsabilidade, incluindo autonomia, administrativa, orçamentária e mandatos fixos de seus dirigentes¹²¹. Embora se possa fazer diversas críticas sobre o grau de autonomia real que as Agências possuem, mormente quando se trata de captura das mesmas pelo próprio governo para fins políticos alheios à técnica regulatória ou de desregulação estrutural, ainda que deixe a desejar, o certo é que houve uma evolução quando se compara com o modelo anterior de atuação do Estado na economia¹²². Assim, a partir da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, o Poder Executivo foi autorizado a proceder à dissolução da Portobrás e, uma década mais tarde, houve a criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) conjuntamente com a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), por meio da Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001.

O maior impacto no regime aplicável à exploração portuária, no entanto, viria com a edição da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que revogou praticamente toda a legislação precedente. Esta lei trouxe novamente o conceito de Porto Organizado com sua submissão à jurisdição de uma Autoridade Portuária e criou o instituto da Instalação Portuária de Uso Privativo (cf. art. 1º, § 1º, incs. I e V). Posteriormente, por meio da Lei nº 11.518, de 05 de

¹¹⁸ Cf. SOUTO, M. J. V. **Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

¹¹⁹ Cf. BRASIL. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

¹²⁰ Cf. CARVALHO, V. M. de; e RAGAZZO, C. E. J. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. Acessível em: <http://www.cade.gov.br/>.

¹²¹ Cf. TÁCITO, C. Agências Reguladoras da Administração. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p. 1-5, jul./set., 2000.

¹²² Cf. PRADO, M. M. The Challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: A Cautionary Tale from Brazil. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, v. 41, n. 2, 2008

setembro em 2007, foram incluídos os institutos da Estação de Transbordo de Cargas e da Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte (cf. art. 1º, § 1º, incs. VI e VII).

A Lei nº 8.630/1993, manteve a possibilidade de concessão do Porto Organizado, disciplinando que esta seria regida pela lei que regulamentasse o regime de concessão e permissão de serviços públicos (cf. art. 1º, § 2º). Portanto, tratou a concessão de Porto Organizado como uma concessão de serviço público, algo que não estava explícito na legislação pretérita. A lei que estipulava o regime de concessões e permissões de serviços públicos consistia na norma prevista pela Constituição de 1988 no art. 175 para reger a matéria. Na época da edição da Lei nº 8.630/1993, ainda estava tramitando o Projeto de Lei nº 179/1990 que acabaria convertido na nossa conhecida Lei Geral de Concessões, Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Também foram definidos dois regimes para a exploração de instalações portuárias: o regime público e o regime privativo (cf. art. 4º, § 2º, incs. I e II).

O regime público foi destinado às instalações portuárias existentes no âmbito de um Porto Organizado, sendo o instrumento contratual adequado para sua outorga, o arrendamento portuário precedido de licitação (cf. art. 4º, inc. I). Claramente, o contrato de arrendamento passou a ser tratado como um típico contrato administrativo e como uma espécie de concessão de serviço público (em oposição ao regime de direito privado aplicável aos contratos de arrendamento e/ou de locação de áreas portuárias até então). Nesse sentido, destaque-se que, alguns anos depois da edição da Lei nº 8.630/1993, o Decreto nº 4.391, de 26 de setembro de 2002, que a regulamentou, dispôs que os arrendamentos portuários consistiriam em espécie do gênero contrato administrativo. Além disso, o Decreto submeteu tais contratos a preceitos de direito público e, supletivamente, aos princípios da teoria geral dos contratos e às disposições do direito privado. Também explicitou que os contratos de arrendamento estariam sujeitos ao *ius variandi*, isto é, à prerrogativa de alteração unilateral de contratos da Administração Pública, respeitado o direito a indenizações (cf. art. 9º, parágrafo único). Além disso, o prazo máximo dos contratos de arrendamento também foi estendido. O prazo total, incluída eventual prorrogação, que poderia ocorrer uma única vez, não deveria exceder a 50 anos (cf. Lei nº 8.630/1993, art. 4º, § 4º, inc. XI).

A celebração de arrendamentos portuários se dava por requerimento do interessado em realizar o empreendimento à Administração Portuária que, aprovando este, abria a respectiva licitação (cf. art. 5º, *caput*). Todavia, caso não houvesse decisão ou fosse indeferido

o requerimento, o interessado poderia apresentar recurso, em primeira instância, ao Conselho de Autoridade Portuária e, em segunda instância, ao Ministério dos Transportes (cf. art. 5º, §§ 1º a 3º). Dada a heterogeneidade de Administrações Portuárias, os diversos níveis de maturidade e de preparo dos recursos humanos, assim como o relacionamento assimétrico dos interessados com elas, esse modelo de fomento a novos empreendimentos levou ao travamento de novas licitações e à manutenção de arrendatários antigos em suas respectivas áreas.

Por sua vez, o regime privativo era subdividido em duas espécies: o regime privativo exclusivo destinado exclusivamente aos interessados em movimentação de carga própria e o regime privativo misto, destinado aos interessados em movimentação de carga própria e carga de terceiros (cf. art. 4º, § 2º, ‘a’ e ‘b’). Nestes casos, o instrumento para veicular a outorga era a autorização, considerado pela Lei nº 8.630/1993 como um ato unilateral, embora, logo em seguida, informe que será formalizada por meio de um contrato de adesão (cf. art. 6º, § 2º). É importante destacar que a separação das instalações portuárias entre regimes público e privativo e as limitações para movimentar carga de terceiros no âmbito deste último foram objeto de intensos debates sobre os seus efeitos sobre a concorrência no setor portuário¹²³.

Com relação à Administração Portuária ou Autoridade Portuária, a Lei nº 8.630/1993 conferia-lhe uma notada importância, especialmente no que toca o poder sancionador sobre os agentes portuários sob sua jurisdição (cf. art. 37 e ss.). As Administrações Portuárias deveriam contar com um Conselho de Autoridade Portuária composto por representantes do poder público, dos operadores portuários, da classe trabalhadora dos portos, dos usuários de serviços e dos representantes de terminais portuários (cf. art. 31). A este conselho competiam funções normativas como, por exemplo, aprovar o Regulamento de Exploração do Porto Organizado, o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento, além de diversas funções de gestão e consultivas (cf. art. 30, § 1º, incs. I a XVI).

¹²³ MOREIRA NETO, D. de F.; e FREITAS, R. V. **A Nova Regulação Portuária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 78: “A regulação do setor portuário, desde a edição da Lei nº 8.630/1990, foi modulada para promover, por meio de sua abertura à competição, a modernização e a expansão da infraestrutura portuária. Tal sistemática foi introduzida pela instituição de uma assimetria regulatória entre os prestadores dos serviços portuários, segundo a qual é atribuída uma maior ou menor dose de concorrência, de acordo com as peculiaridades das atividades por eles desenvolvidas. Essa assimetria regulatória gerou uma aguda controvérsia concorrencial sob a égide da Lei nº 8.630/1993 – entre os arrendatários e os autorizatários de Terminais Privativos de Uso Misto –, a qual pode ser resumida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 139.” cf. ABRATEC. Op. Cit., 2009.

Em matéria de regime de exploração portuária, a Lei nº 8.630/1993 foi regulamentada primeiramente pelo Decreto nº 4.391, de 26 de setembro de 2002, e, posteriormente, pelo Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008. O Decreto nº 4.391/2002 criou o Programa Nacional de Arrendamento de Áreas e Instalações Portuárias criando várias disposições sobre o planejamento do setor portuários e distribuindo competências. Dentre elas estava a competência das Administrações Portuárias para elaborarem o Programa de Arrendamento do respectivo Porto Organizado em consonância com outro documento de planejamento, o Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) do porto.

Esses documentos seriam submetidos à validação da ANTAQ que os utilizaria para consolidar o Plano Geral de Outorgas, um documento de abrangência nacional contendo uma espécie de cronograma dos principais arrendamentos a serem licitados (cf. art. 2º, §§ 1º a 4º). O decreto dispunha também que as licitações do arrendamento se dariam de acordo com o regime geral de licitações contido na Lei nº 8.666/1993, isto é, na prática, deveriam ser licitados na modalidade concorrência, modalidade cujo leilão permite a apresentação de apenas um lance por licitante – uma seleção do tipo *one shot* (cf. art. 3º, § 1º). Um dos pontos interessantes do referido decreto é a menção da necessária contratação de Estudos de Viabilidade para instruir o procedimento licitatório, havendo preocupação com o sistema de contratação de consultorias especializadas para elaborá-los. Desde essa época, já se visualizava a incompatibilidade do regime da Lei nº 8.666/1993 para a contratação de consultorias pelo Poder Público, daí, embora o texto deixe mais lacunas do que certezas, há previsão de um procedimento simplificado para esse fim (cf. art. 5º, parágrafo único). Relativamente aos contratos, como foi visto, o decreto tratava o arrendamento portuário como um contrato administrativo, agregando a este os principais elementos do ideário administrativista: as chamadas prerrogativas da Administração Pública (art. 9º, parágrafo único).

Com relação ao Decreto nº 6.620/2008, este foi elaborado no contexto de um conjunto de alterações promovidas pela Lei nº 11.518, de 05 de setembro de 2007, que transferiu a competência ministerial em matéria portuária do então Ministério dos Transportes para a recém-criada Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP/PR). O decreto estabeleceu diretrizes para o fomento do setor portuário sob a perspectiva de uma política pública. Por meio do normativo, foram disciplinados detalhes para a licitação de concessão de Porto Organizado, destacando-se a competência da ANTAQ para realização do procedimento

licitatório (cf. art. 14) e a obrigatoriedade de que o edital e o contrato de concessão contivessem cláusula sobre a possibilidade de ampliação das instalações cujas obras seriam previamente aprovadas pela ANTAQ, ouvido o Poder Concedente (cf. art. 20, parágrafo único).

Aspecto relevante da concessão portuária tal como modelada no decreto é a inclusão em seu escopo dos espaços físicos sobre águas públicas – espelho d’água – necessários à exploração portuária. Desse modo, a Secretaria de Patrimônio da União (SPU) não teria o papel de regular a utilização dessas áreas no âmbito das concessões portuárias e, conseqüentemente, cobrar por essa utilização, pois a delimitação de como essas áreas seriam ocupadas já estaria embutida no próprio contrato de concessão por força de uma norma especial. Essa característica da concessão portuária tal qual era definida no Decreto nº 6.620/2008 teria o condão de gerar uma assimetria regulatória entre os terminais públicos e os terminais privativos, uma vez que, nos arrendamentos portuários, o espelho d’água já estaria previamente incluído como parte Porto Organizado, de modo que a outorga do arrendamento já bastaria para que a arrendatária o utilizasse de acordo com regulamento aprovado pela Autoridade Portuária. No caso dos terminais privativos, a autorização que deferia apenas o direito de exploração da atividade portuária, não incluindo a utilização do espelho d’água; devendo-se obter da Secretaria de Patrimônio da União cessão de uso do chamado espaço físico sobre águas públicas.

A descentralização para as Autoridades Portuárias da competência para licitar novos arrendamentos portuários eliminou a capacidade da União de realizar o planejamento do setor portuário. Ao mesmo tempo, a ausência de um planejamento para atração de novos investimentos adequado por parte das Autoridades Portuárias, muitas delas endividadas, somado à restrição para movimentação de carga de terceiros nos terminais privados formou uma consistente barreira de entrada no mercado de infraestrutura portuária, impedindo que novos investidores adentrassem e, até mesmo, impedindo que antigos investidores expandissem.

Nesse contexto, foi elaborada a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, fixando um novo marco regulatório para o setor. Essa medida provisória foi convertida na Lei nº 12.815/2013, chamada Nova Lei de Portos, que é o principal normativo objeto deste trabalho. A característica fundamental desse normativo foi a centralização da atividade de planejamento do setor na União, através da Secretaria de Portos da Presidência da República –

posteriormente integrada à estrutura do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Além disso, foi eliminada a distinção entre terminais privados de carga própria e mistos; enquanto a concessão e o arrendamento portuários receberam tratamento de cessão onerosa de bem público, como atesta a redação literal da norma (cf. art. 2º, IX e XI) e a própria Exposição de Motivos¹²⁴.

2.5. Constatação das oscilações e ramificações

Por conseguinte, com base na análise do histórico normativo e doutrinário, foi possível identificar o momento a partir do qual a noção de serviço público passou a ser aplicada à exploração de infraestrutura portuária no Brasil. Como foi visto, a aplicação da noção de serviço público à exploração de infraestrutura portuária, especialmente quando essa exploração ocorria por meio de concessão de Porto Organizado, surge no seio das discussões doutrinárias e alterações normativas ocorridas na década de 30 em nosso país, coincide efetivamente com o próprio surgimento da noção de serviço público no Direito brasileiro. Se por um lado é possível com alguma facilidade identificar esse momento com base nas discussões doutrinárias da época e com mais força na legislação a partir da Constituição de 1937, por outro lado não é possível afirmar que a qualificação da exploração da infraestrutura portuária como serviço público foi sempre a mesma desde então. A análise empreendida permitiu verificar que, a *contrariu sensu*, de uma perspectiva linear sobre a aplicação da noção de serviço público aos portos até os nossos dias, ocorreram diversas oscilações e ramificações do regime jurídico da exploração dos portos em nosso país de modo que, por diversos meios, a infraestrutura portuária terminou sendo explorada como atividade econômica privada em vários momentos.

Em resumo do quanto ficou evidenciado acima, pode-se identificar que, durante a Era Vargas, lançou-se mão da concepção de serviços públicos para criar o monopólio dos Portos Organizados sobre a respectiva *hinterland* e para garantir que pudessem ser exigidos novos investimentos destinados à expansão dos serviços, ainda que não previstos no contrato original. Mas, logo em seguida esse monopólio haveria de ceder aos poucos, pois foi no próprio Regime Militar de 1964 que se estabeleceu as bases para que as Autoridade Portuárias, quer fossem concessionárias quer fossem empresas estatais, realizassem a locação e o arrendamento de áreas

¹²⁴ Cf. Exposição de Motivos Interministerial nº 12-A-SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012.

e instalações para empresas privadas, criando assim terminais dentro dos Portos Organizados que prestavam seus serviços diretamente aos próprios grupos empresariais ou a terceiros, seus clientes. E foi nesse mesmo período em que surgiram os terminais de uso privado, inicialmente destinados à movimentação de carga própria. Claramente, o objetivo dessa oscilação em prol da participação privada sob um regime distinto – mais flexível – que o das concessões de serviço público destinava-se a atrair novos investimentos privados para ampliar a capacidade de movimentação dos portos brasileiros, como se pode verificar nos Decretos-Lei nºs 05/66 e 83/66. Como foi visto, os arrendatários / locatários e os terminais de uso privado exerciam suas atividades sem que houvesse a aplicação da noção de serviço público, permanecendo esta aplicável às concessões portuárias ainda existentes naquela época. Trata-se, portanto, de uma oscilação importante de afastamento da noção de serviço público ainda que parcialmente.

Ora, posteriormente, com a promulgação da Constituição de 1988 seguida da edição da Lei nº 8.630/1993, novamente há uma oscilação com a expansão da aplicação da noção de serviço público também aos arrendamentos e a eliminação do ordenamento do instituto de locação portuária, muito embora do ponto de vista econômico e normativo o papel dos terminais de uso privativo venha a crescer sobremaneira com a permissão de que possam movimentar parte de sua capacidade com carga de terceiros. E, mais recentemente, com a Lei nº 12.815/2013, surge uma série de disposições tendentes a trazer novamente uma ampla participação privada no setor sem a correspondente noção de serviço público – p.ex. a exploração de terminais em Portos Organizados concedidos à iniciativa privada passa a se dar em regime privado, os terminais privados passam a poder movimentar carga de terceiros sem limitações e o arrendamento e a concessão são definidos como cessão onerosa, instrumento tipicamente associado à exploração para fins privados.

O que essas oscilações e ramificações do regime jurídico podem revelar para um estudo sobre a capacidade explicativa da noção de serviço público sobre a exploração de arrendamentos portuários? Conclusivamente, revelam que a realidade material sobre a qual o direito se aplica tende a se alterar com o tempo na medida em que é próprio de processos históricos, econômicos e sociológicos produzirem mudanças no estado de coisas. Consequentemente, categorias jurídicas estabelecidas seja doutrinariamente seja normativamente para explicar e reger a realidade material começam a esgarçar sua adequação a essa mesma realidade na medida de sua mutabilidade e, portanto, a perder capacidade

explicativa dos objetos aos quais se reportam. Assim, surge a necessidade de emendas, reavaliações ou reconstruções da dogmática jurídica e da legislação. Aplicando-se essa observação de caráter mais geral ao setor portuário, pode ser conveniente concluir parcialmente nesta etapa do trabalho que não deve haver um apego essencialista a categorias jurídicas estabelecidas para traduzir a realidade em termos jurídicos, antes é preciso apegar-se ao substrato material da aplicação do direito para a partir dele justificar e redimir as categorias jurídicas propostas.

Em outras palavras, não há um conceito jurídico imanente na exploração de infraestrutura portuária. Isto é, não há um conceito jurídico escondido na natureza da exploração de infraestrutura portuária que possa ser apreendido mediante o exame detido dos aspectos desta. Mas há uma natureza da exploração de infraestrutura portuária que é mutável com o tempo na medida em que deriva da ação humana também mutável. Se um conceito jurídico é estabelecido tendo em vista uma determinada base fática, isto é, uma determinada natureza, ele possui algum grau de adequação ao ser aplicado sobre essa natureza. A decisão sobre o conteúdo do conceito jurídico em si não está dado como um evento necessário, de modo que depende de inúmeras variáveis que vão desde a construção teórica dos juristas, a elaboração jurisprudencial e a opção política em sede da atividade legiferante ou reguladora. Todavia, como a exploração portuária consiste em uma natureza mutável pela ação humana, à medida que essa ação se altera, o conceito jurídico previamente estabelecido perde sua adequação e, conseqüentemente, torna-se necessário revisitá-lo ou reconstituí-lo a partir de uma nova análise daquela natureza que se alterou.

Tomada em perspectiva, essa conclusão de caráter microscópico por assim dizer direcionada ao disciplinamento da exploração de infraestrutura portuária pode ser colocada em paralelo com a conclusão macroscópica de ODETE MEDAUAR a propósito da evolução do Direito Administrativo no sentido de que “ante as transformações da sociedade e do Estado, torna-se necessário realizar uma espécie de controle de validade das concepções tradicionais, o que, na verdade, corresponde à própria ideia de ciência”¹²⁵.

¹²⁵ MEDAUAR, O. **O Direito Administrativo em Evolução**, 3ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 385.

CAPÍTULO III. *LOCUS* DO ARRENDAMENTO PORTUÁRIO NO UNIVERSO DE REGIMES JURÍDICOS DE EXPLORAÇÃO DE INFRAESTRUTURA PORTUÁRIA E EVOLUÇÃO RECENTE DO DIREITO POSITIVO

Este capítulo trata de identificar o *locus* do arrendamento portuário na disciplina jurídica contemporânea do setor portuário e identificar os elementos constituintes de seu regime jurídico, considerando as peculiaridades decorrentes da aplicação do instituto no plano fático. A partir dessa etapa preliminar, será possível obter os elementos necessários sobre os quais será aplicado o referencial teórico descrito no Capítulo I, verificando de forma analítica a aplicabilidade de cada elemento do conceito de serviço público adotado sobre os elementos do regime jurídico do arrendamento portuário. Consequentemente, aferindo os pontos de estresse da capacidade explicativa do conceito de serviço público sobre a exploração de infraestrutura portuária por meio de arrendamento.

3.1. O locus do arrendamento portuário na disciplina de exploração de infraestrutura portuária

Antes de avançar sobre a descrição dos elementos que constituem o regime jurídico do arrendamento portuário, é preciso situar o seu *locus* por assim dizer dentro da disciplina jurídica da exploração de infraestrutura portuária, pois não é possível compreender o arrendamento portuário sem ter uma dimensão de algumas premissas fáticas e de direito que o precedem. Desde o início, é preciso ter claro que a exploração de instalações portuárias mediante arrendamento é um dos regimes possíveis de exploração de infraestrutura portuária dentre vários outros que o circundam, cada qual servindo a uma função específica, havendo um verdadeiro *cluster* de regimes de exploração de infraestrutura portuária. De uma perspectiva que parte da CF88 para o direito infraconstitucional, é possível organizar esse *cluster* a partir do caráter direto / indireto da exploração da infraestrutura portuária, pois o art. 21, inc. XII, 'f', confere à União a competência para *explorar, diretamente ou* (indiretamente) *mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres*.

A *exploração direta* é aquela na qual a União ou outros entes subnacionais – Estados e Municípios na qualidade de delegatários da União – por seus próprios meios realizam

a exploração da infraestrutura portuária, podendo fazê-lo: (i) através de um processo de desconcentração em que se cria e designa um órgão dentro da própria estrutura administrativa para essa finalidade; ou (ii) através de um processo de descentralização em que se cria uma entidade com personalidade jurídica própria – p.ex. autarquia ou empresa estatal – para desempenhar a atividade¹²⁶. Por sua vez, a *exploração indireta* é aquela que ocorre mediante outorga a terceiros, isto é, entes, em princípio, não pertencentes à Administração Pública nacional. Os instrumentos de outorga são mencionados como sendo autorização, permissão e concessão. É importante atentar que, no plano constitucional, esses conceitos podem ser considerados juridicamente indeterminados, isto é, a Constituição não precisou o seu conteúdo nem estes possuem desde já um significado preciso, consensual e indisputável. Como ensina VERA MONTEIRO:

“Claramente não existe na Constituição Federal de 1988 uma distinção entre concessão, permissão e autorização. Os três instrumentos são usados como sinônimo de ato jurídico e têm a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros (entre público e empresa privada, pessoa jurídica ou pessoa física) na exploração de serviços públicos e serviços monopolizados e no uso de bens públicos.”¹²⁷

Portanto, é nesse espaço de delimitação constitucional que se desenrola o necessário detalhamento e preenchimento infraconstitucional para dar efetividade à exploração da infraestrutura portuária, pelo menos do ponto de vista jurídico. No âmbito da legislação infraconstitucional, categorias não cogitadas pelo texto da CF88 – nem por isso inválidas¹²⁸ – surgem como importantes organizadores do setor portuário nacional enquanto formas institucionais que conectam o setor portuário à sua construção histórico-jurídica precedente à CF88. Trata-se das categorias de Porto Organizado, arrendamento portuário e de instalações portuárias de uso privativo ou TUPs. As categorias mencionadas, como foi visto no Capítulo II acima, precedem a elaboração da CF88 e agregam à aplicação do texto constitucional sobre o

¹²⁶ Cf. ARAGÃO, A. S. de. Descentralização administrativa – sua evolução face as reformas à Constituição de 1988. In: **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 11, jan., 2003, p. 117-146.

¹²⁷ **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 79: “Claramente não existe na Constituição Federal de 1988 uma distinção entre concessão, permissão e autorização. Os três instrumentos são usados como sinônimo de ato jurídico e têm a função de abrir a possibilidade de contratação de terceiros (entre público e empresa privada, pessoa jurídica ou pessoa física) na exploração de serviços públicos e serviços monopolizados e no uso de bens públicos.”

¹²⁸ MOREIRA, E. B.; PIOVESAN, P. L. Regulação Portuária e Contratos de Arrendamento: análise comparativa de diferentes modelos jurídicos. In: ARAGÃO, A. S. de; et al. (COORD.). **Regulação e Infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 379-403, p. 394: “O que importa dizer é que o modelo da ordem econômica brasileira atribui ao legislador infraconstitucional a escolha entre os diferentes modelos portuários. Como já abordado, estes podem oscilar entre um modelo mais público-centralizador e um privado-cooperativo, com outorga da iniciativa, exploração e execução das políticas portuárias a pessoas privadas, em cooperação com as autoridades competentes. O legislador ordinário tem, portanto, liberdade para optar entre as tendências mais privatistas ou publicistas, instituindo o modelo (portuário) mais condizente com tal opção.”

setor portuário maior complexidade, pois criam possibilidades interpretativas que, em um primeiro momento, desafiam a simplicidade do texto constitucional quando este, em matéria de portos, refere-se apenas a exploração direta, concessão, permissão e autorização.

Assim, verifica-se que, no plano infraconstitucional, o setor portuário está dividido em: (i) Portos Organizados e as respectivas instalações portuárias localizadas dentro dos Portos Organizados; e (ii) instalações portuárias localizadas fora dos Portos Organizados que se subdividem em uma série de tipos de instalação. Esse critério geográfico dentro / fora da poligonal do Porto Organizado foi o eleito pela Lei nº 12.815/2013, art. 1º, §§ 1º e 2º para definir o regime jurídico de exploração da infraestrutura portuária¹²⁹.

Enquanto conceito jurídico, o Porto Organizado é definido como sendo um *bem público construído e aparelhado para atender a necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária* (Lei nº 12.815/2013, art. 2º, inc. I). O Porto Organizado patrimonialmente é constituído por infraestruturas e superestruturas¹³⁰ de acesso aquaviário (p.ex. canal de acesso) e de acesso terrestre (p.ex. vias rodoviárias e férreas internas à poligonal do porto), por infraestrutura de proteção (dependendo das circunstâncias geográficas do porto), por infraestrutura de atracação e por instalações portuárias operacionais (os terminais portuários que podem ou não conter sua própria infraestrutura de atracação) podendo conter, conforme o tipo de carga, instalações de armazenagem, estações de carregamento, portêineres, transtêineres, guindastes, bem como de diversas outras áreas e infraestruturas não operacionais que se destinam a finalidades diversas, desde a ocupação por órgãos públicos, estruturas administrativas a outras utilidades das mais diversas como a alocação de parques industriais, comércios, agências bancárias etc. Apesar da definição como bem público, isso não significa que todas as áreas, edificações e equipamentos localizados ou instalados em um Porto Organizado sejam de propriedade pública. Essa conclusão, se tomada a partir da simples definição legal, ignoraria a complexa formação

¹²⁹ PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W. Op. Cit., 2020, p. 31-64, p. 34.

¹³⁰ CAMPOS NETO, C. A. da S.; et. al. **Gargalos e Demandas da Infraestrutura Portuária e os Investimentos do PAC: Mapeamento Ipea de Obras Portuárias**. Texto para Discussão nº 1423. Brasília: IPEA, out. 2009, p. 8. Acessível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4979: “A infraestrutura aquaviária é composta pelos canais de acesso aos portos, bacias de evolução, quebra-mares, hidrovias e berços de atracação. Os equipamentos para movimentação e armazenagem de mercadorias, tais como guindastes, esteiras e armazéns, são conhecidos como superestrutura portuária. A maior parte da superestrutura portuária no Brasil é operada por empresas privadas.”

territorial dos Portos Organizados do ponto de vista fundiário e ignoraria também a titularidade privada de inúmeros equipamentos, máquinas e instalações lastreada em títulos legítimos¹³¹.

Territorialmente, o Porto Organizado é delimitado por uma poligonal definida por meio de decreto presidencial mediante proposta do MINFRA, devendo *considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes* (Lei nº 12.815/2013, art. 15, parágrafo único)¹³². Não existe uma obrigação de que a poligonal seja definida por meio de uma área contínua, mas deve respeitar os critérios de localização geográfica das instalações, conforme previamente assinalado.

Na vigência do marco legal anterior, existia a possibilidade de se autorizar a exploração de terminais privados dentro da poligonal do Porto Organizado, desde que o respectivo titular demonstrasse possuir o domínio útil da área, além disso, decorrente de um processo histórico alheio a qualquer planejamento, dentro de muitas poligonais surgiram bairros populares, empreendimentos comerciais como shoppings centers, até aeroportos, ocupações irregulares por populações em situação de vulnerabilidade e problemáticas interações viárias entre o tráfego urbano e o portuário.

Em vista disso, iniciou-se um trabalho de adaptação das poligonais que resultou na exclusão de terminais privados de dentro das poligonais e também na de diversos terrenos e estruturas não ligados à atividade portuária (*idem*, art. 68). Embora a redefinição das poligonais, por si só, não implique em alteração de propriedade do ponto de vista patrimonial, pode ter impactos sobre o regime jurídico a que se sujeita a área, especialmente sobre a subordinação à jurisdição da Autoridade Portuária que tende a se sobrepor a do município. Desse modo, o movimento de “lipoaspiração” das poligonais para excluir áreas de TUPs ou até mesmo a possibilidade de, por meio da “lipoaspiração” fazer com que áreas antes arrendadas se tornem terminais privados tem sido objeto de intenso debate jurídico no setor.

Do ponto de vista institucional existem diferentes modelos de funcionamento ou de exploração de um Porto Organizado que podem variar conforme seu porte, estrutura e terminais.

¹³¹ Cf. SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A. A redefinição da poligonal do porto organizado como mecanismo de desenvolvimento do setor portuário. In: PEREIRA, C; SCHWIND, R. W. (Coords.). **Direito Portuário Brasileiro**. 3ª ed. rev., ampl. atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 311-328.

¹³² Através do Decreto nº 9.827/2019, o Presidente da República delegou a competência para definição das poligonais dos Portos Organizados para o Ministro de Estado de Infraestrutura.

O modelo institucional adotado em Portos Organizados mais conhecido e utilizado no Brasil é denominado de *landlord port*¹³³ ou de ‘porto proprietário’ na tradução de EGON MOREIRA BOCKMANN¹³⁴. Neste modelo, grosso modo, o Porto Organizado é administrado por uma Autoridade Portuária pública e os terminais portuários ou instalações portuárias operacionais são arrendados a terceiros, bem como a operação portuária (movimentação e armazenagem de cargas e embarque / desembarque de passageiros) é realizada por terceiros.

As Autoridade Portuárias públicas, usualmente¹³⁵, são empresas estatais tituladas pela União ou por entes subnacionais (Estados e Municípios), quando o porto for delegado pela União nos termos da Lei nº 9.277/96 e do Decreto nº 2.184/97. Portanto, para efeitos da presente pesquisa, o arrendamento portuário surge no contexto dos Portos Organizados administrados por Autoridade Portuária pública como sendo o instrumento contratual destinado à exploração de terminais, sendo assim a pedra de toque da movimentação de cargas e passageiros nos portos públicos.

Além desses regimes de exploração da infraestrutura portuária localizada dentro do Porto Organizado, há outros regimes acessórios relacionados aos: (i) contratos de transição, instrumentos com duração estipulada de no máximo 6 (seis) meses destinados a evitar a

¹³³ Embora não haja uma categorização estanque desses modelos, há uma categorização mais famosa que é aquela promovida pelo Banco Mundial no *Port Reform Toolkit*¹³³. Essa categorização, divide os portos em: (i) *public port*; (ii) *tool port*; (iii) *landlord port*; e (iv) *private port*. A categorização como *landlord port* para os Portos Organizados brasileiros é uma aproximação, pois existem diversas peculiaridades no modelo brasileiro que o diferenciam do *landlord* tradicional inspirado nos portos hanseáticos dos quais os portos de Hamburgo, Antuérpia, Roterdã são expoentes. Dentre essas peculiaridades está a ausência de independência ou autonomia das Autoridades Portuárias, pois no Brasil, salvo casos expressos de delegação regulamentados pela Portaria nº 574/2018-MTPA, a regulação, as licitações, a gestão contratual e a fiscalização de arrendamentos portuários são exercidas por instituições centrais (ANTAQ e MINFRA). Cf. também WORLD BANK / IBRD. **Port Reform Toolkit, Module 3 – Alternative Port Management Structures and Ownership Models**. 2ª. ed. Washington: World Bank, 2007, p. 81-84; BURNS, M. G. **Port Management and Operations**. Boca Raton: CRC Press, 2015, p. 23: “3. Landlord Ports: Landlord port models combine a public–private alignment: the port authority serves as a legislative and administrative structure, whereas the private sector provides its own superstructure (i.e., cargo handling equipment, cranes, derricks, etc.) and other port operations. In addition, private industries, for example, chemical plants, oil refineries, and cargo and liner ship terminals, lease infrastructure and space from the landlord port. Typically, this port type is the leading model for the larger hub ports and busy medium-sized ports, such as Houston, New York, Antwerp, to name a few. Typically, a contract stipulates terms and conditions for leasing time, use of superstructure (i.e., offices, cargo storage, and maintenance areas), and assets’ ownership and land repossession. The annual lease typically involves a lump sum payment per square meter, providing for an annual estimated inflation rate. The contract will also define stevedores (longshoremen) and other labor provisions, both union and nonunion, as provided by either a port employment arrangement or private terminal operators.”

¹³⁴ MOREIRA, E. B.; PIOVESAN, P. L. Regulação Portuária e Contratos de Arrendamento: análise comparativa de diferentes modelos jurídicos. In: ARAGÃO, A. S. de; et. al. (COORD.). **Regulação e Infraestrutura**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 379-403, p. 383.

¹³⁵ Há poucos Portos Organizados administrados por entidades autárquicas, sendo estes os de Itajaí (SC), Porto Alegre (RS), Pelotas (RS), Rio Grande (RS), Manaus (AM).

exploração precária e irregular de terminais portuários ociosos ou previamente arrendados durante o período de transição entre o término do contrato de arrendamento e a últimação do procedimento licitatório de um novo arrendamento¹³⁶; (ii) contratos de uso temporário, destinados à exploração de no máximo 5 (cinco) anos de área portuária para movimentação de carga não consolidada no porto e, também, para instalação de bases de apoio *offshore*¹³⁷; (iii) contratos de cessão de uso de áreas não operacionais destinados à utilização de áreas em caráter cultural, social, recreativo, comercial e industrial¹³⁸. E, além desses, há os regimes de exploração para infraestrutura localizada fora dos Portos Organizados, devendo-se atentar basicamente para as autorizações de exploração de Terminais de Uso Privado (TUPs), Estações de Transbordo de Carga (ETC), Instalações Portuárias de Turismo (IPTur), Instalações Portuárias Públicas de Pequeno Porte (IP4)¹³⁹ e para o registro de instalações de apoio ao transporte aquaviário¹⁴⁰. Para facilitar uma visão panorâmica da multiplicidade de regimes, foi elaborado o Apêndice A que contém um esquema gráfico.

¹³⁶ Cf. PRADO, L. N.; SILVA, E. L. S.; GAMELL, D. A. Contratos de Transição no Setor Portuário. **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**, v. 6, n. 33, p. 9-32, 2016.

¹³⁷ Com a minirreforma promovida pela Lei 14.047/2020, o Contrato de Uso Temporário foi pela primeira vez disciplinado no plano legal, através da inserção do art. 5º-D na Lei 12.815/2013. Anteriormente, o instrumento era disciplinado apenas através de ato normativo infralegal emanado da ANTAQ (Resolução Normativa nº 07/2016-ANTAQ), todavia, embora o TCU reconhecesse o poder normativo da Agência para prever outras formas de exploração de infraestrutura portuária além daquelas estritamente previstas em lei, conforme Acórdão nº 1.077/2015-Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, a matéria foi objeto de questionamento pelo Ministério Público Federal que, em sede de ação civil pública na 4ª Vara Federal Cível de Vitória, obteve sentença declarando a nulidade dos dispositivos que regiam o instrumento. Em 28/09/2021, foi assinado o primeiro Contrato de Uso Temporário após a minirreforma, tendo por objeto a exploração de uma base de apoio *offshore* no Porto Organizado de Maceió.

¹³⁸ Atualmente, as cessões de áreas não operacionais são disciplinadas pela Portaria nº 51/2021-MINFRA que, como se viu, exclui expressamente a possibilidade de haver cessão de áreas não operacionais para empreendimentos que contivessem operação portuária. Apesar de ser uma conclusão quase óbvia, sob regulamentação pretérita houve casos de burla da regra por meio do entendimento de que a operação portuária poderia ocorrer em contratos de cessão de uso desde que em caráter “acessório” – isto é, não sendo a atividade principal do cessionário. Este entendimento equivocado foi utilizado para gerar situações em que alguns operadores portuários obtiveram contratos de cessão de uso onerosa com condições mais flexíveis e com menos encargos que seus concorrentes arrendatários.

¹³⁹ As autorizações para a exploração dessas instalações são regidas pela Resolução Normativa 13/2016-ANTAQ quando exploradas diretamente pelo DNIT e pela Resolução Normativa 20/2018-ANTAQ quando exploradas por outros entes da federação.

¹⁴⁰ As instalações de apoio ao transporte aquaviário são disciplinadas pela Resolução Normativa 13/2016-ANTAQ.

3.2. Assimetria regulatória entre terminais arrendados e TUPs

Das instalações autorizadas, vale destacar os TUPs que seguem um modelo de *fully privatized port*¹⁴¹, nos quais a propriedade das instalações é privada, não há uma Autoridade Portuária no sentido empregado nos Portos Organizados, embora existam casos de condomínios de TUPs organizados por uma administração privada¹⁴², e a operação portuária fica a cargo do próprio arrendatário sem necessidade de uma pré-qualificação perante o Poder Concedente. Em diversos aspectos esse regime proporciona uma assimetria regulatória em face da competição direta com arrendamentos portuários.

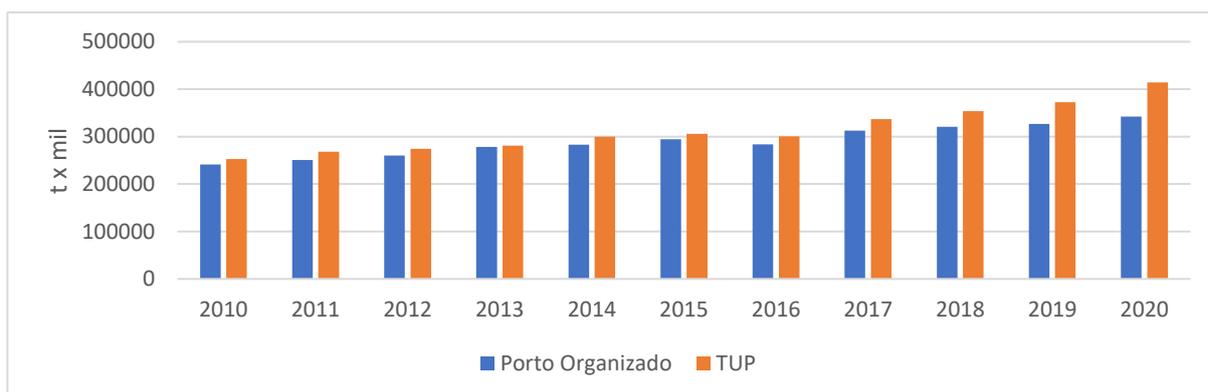
Como foi visto no Capítulo II, com a edição da Lei nº 12.815/2013, deixou de existir a limitação do regime anterior para que os TUPs movimentassem carga de terceiros, possibilitando que pudessem competir livremente com os terminais arrendados em portos públicos. Isso viabilizou o aumento da competição com muitos terminais privados se instalando nas proximidades de Portos Organizados que competem francamente com os terminais arrendados previamente existentes. Também acirrou a competição com TUPs previamente existentes dentro da poligonal dos Portos Organizados que passaram a concorrer com terminais arrendados, apesar da assimetria de regimes.

Há evidências empíricas de que essa assimetria regulatória ocasiona disparidade no *output* econômico de Portos Organizados e de TUPs. Um exemplo disso pode ser colhido a partir da evolução comparativa da quantidade movimentada em toneladas nos últimos 10 (dez) anos:

¹⁴¹ BURNS, M. G. **Port Management and Operations**. Boca Raton: CRC Press, 2015, p. 23: “4. Fully Privatized Ports or Private Service Ports: Under the full port privatization model, the port’s ownership and public policy-making is fully transferred from the state to the private entity. The benefits from this option include government support through private investments, generating commercial growth and increase of employment, as well as technological innovation and modernization of equipment. This model is encountered mostly in British and New Zealand ports.”

¹⁴² Como exemplos, pode-se mencionar o Porto do Açu no Rio de Janeiro e o Porto Central no Espírito Santo.

Figura 1 - Movimentação dos Porto Organizados vs. TUPs 2010-2020.



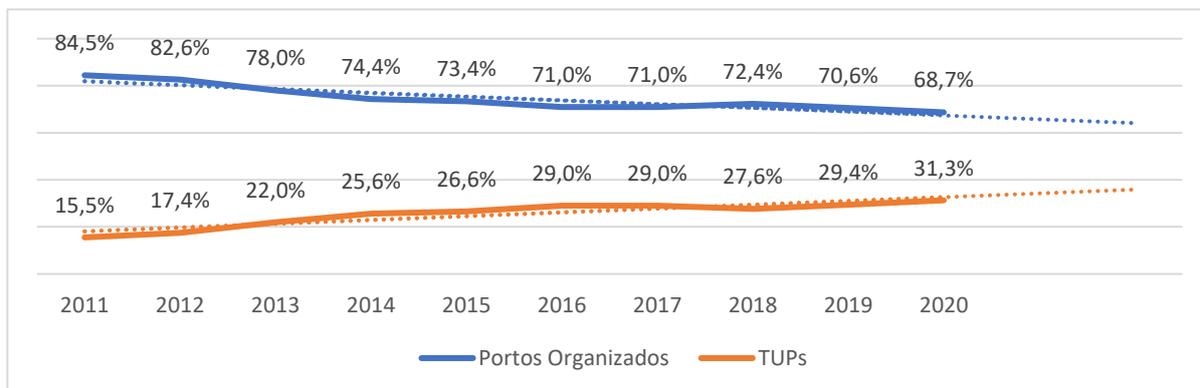
Fonte: elaboração própria com dados da ANTAQ (<http://anuario.antaq.gov.br/>)

Como se pode ver, o volume movimentado por terminais privados tem sido historicamente superior ao movimentado nos Portos Organizados, pelo menos na última década, o que inclui período antecedente à Lei nº 12.815/2013 e o período posterior a sua edição¹⁴³. Na amostra utilizada, excluiu-se a movimentação referente a granéis sólidos minerais (exceto fertilizantes) dado o potencial de distorcer a comparação, pois a movimentação dessa carga sempre foi concentrada em alguns poucos TUPs de cadeia verticalizada, mas é capaz de responder por grande fatia da tonelagem pelo simples fato de minério ser em regra uma carga mais pesada que outras. Caso fosse incluído o minério, o descolamento entre as colunas seria ainda mais acentuado. A comparação realizada, contudo, goza de uma limitação importante, pois não capta o impacto da containerização que, no Brasil, se iniciou na década de oitenta com o TECON de Santos, ganhou aceleração na década de 90 e foi se intensificando desde então.

Com relação especificamente à movimentação de contêineres, um indicador bastante contundente é o relacionado à movimentação de carga geral containerizada, por se tratar de cargas que normalmente possuem alto valor agregado. Em matéria de contêineres, os Portos Organizados historicamente lideram a movimentação em termos de quantidade, todavia, ano a ano, os TUPs vêm dominando parcelas relevantes do mercado antes detido pelos Portos Organizados:

¹⁴³ Na amostra utilizada, excluiu-se a movimentação referente a granéis sólidos minerais (exceto fertilizantes) dado o potencial de distorcer a comparação, pois a movimentação dessa carga sempre foi concentrada em alguns poucos TUPs de cadeia verticalizada, mas é capaz de responder por grande fatia da tonelagem pelo simples fato de minério ser em regra uma carga mais pesada que outras. Caso fosse incluído o minério, o descolamento entre as colunas seria ainda mais acentuado.

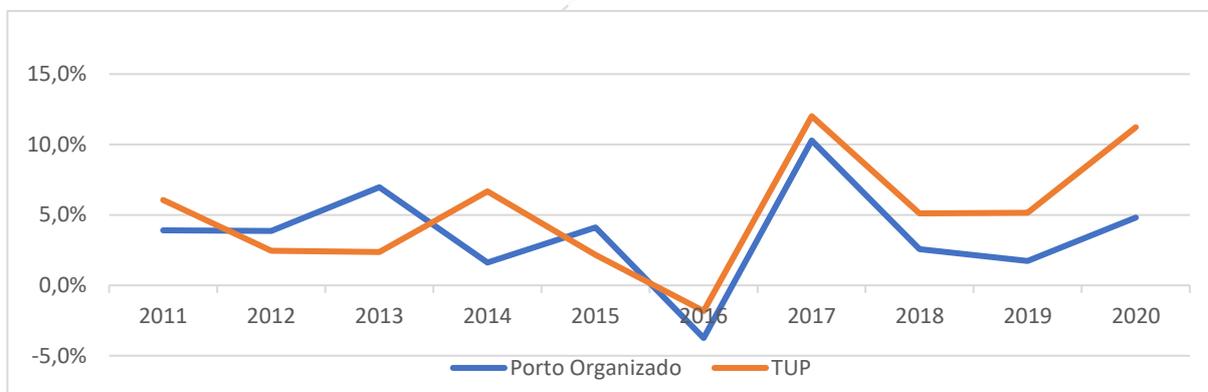
Figura 2 - Participação percentual na movimentação de contêineres por unidade de carga (u) 2010-2020.



Fonte: elaboração própria com dados da ANTAQ (<http://anuario.antaq.gov.br/>)

Além disso, verifica-se que, no mesmo período, as taxas de crescimento ano a ano dos TUPs tem mostrado uma tendência a se manter em um nível superior às dos Portos Organizados, mostrando maior resiliência nas quedas e maior aceleração nas altas pelo menos a partir da edição da Lei nº 12.815/2013:

Figura 3 - Taxas de crescimento ano a ano de movimentação dos Portos Organizados vs. TUPs 2011-2020.



Fonte: elaboração própria com dados da ANTAQ (<http://anuario.antaq.gov.br/>)

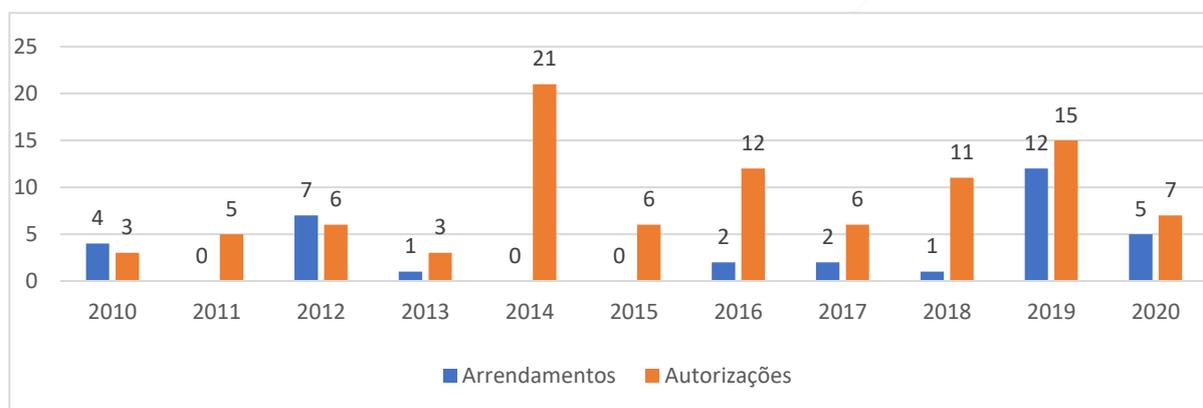
No agregado, de 2010 a 2020, a movimentação dos TUPs cresceu 64% enquanto a dos Portos Organizados apenas 36%. Sendo um forte sinal de canalização da demanda para os TUPs em detrimento dos Portos Organizados.

Além disso, de acordo com o Relatório Anual da ATP de 2018, desde a edição da Lei nº 12.815/2013, foram investidos R\$ 33,2 bilhões em novos terminais privados (*greenfield*)

e expansões dos já existentes¹⁴⁴. Todavia, no mesmo período, a União conseguiu destravar por meio de 24 (vinte e quatro) licitações investimentos da ordem de apenas R\$ 3,3 bilhões a serem investidos, sendo que a maioria das licitações dizem respeito a projetos *brownfield*¹⁴⁵.

Outro dado digno de nota é a diferença de quantidade de outorgas de autorização para terminais privados feitas nos últimos 10 (dez) anos e a quantidade de outorgas de novos arrendamentos portuários dentro dos Portos Organizados para o mesmo período. Vale destacar que, enquanto as novas autorizações são para projetos *greenfield* em sua ampla maioria, as outorgas de arrendamento são em sua maioria para regularização de terminais *brownfield* que vinham sendo explorados de forma precária seja por força de decisão liminar ou por meio de contratos de transição.

Figura 4 - Contratos de arrendamento vs. autorizações de TUPs 2010-2020.



Fonte: elaboração própria com dados da ANTAQ (<https://www.gov.br/antag>)

A quantidade de contratos de arrendamento celebrados no período (ao todo 34) vs. a de autorizações outorgadas (ao todo 95) – cerca de 270% autorizações a mais que arrendamentos em 10 anos – não pode ser explicada de forma simplista, contudo, é certo que um dos fatores determinantes para esse acontecimento deriva do próprio regime jurídico que define o acesso ao mercado de exploração de infraestrutura portuária: nos Portos Organizados – explorados diretamente pela União ou delegados a entes subnacionais – a exploração de instalações mediante arrendamento deve ser precedida de licitação que, como se sabe, é um processo deveras complexo com altos custos de transação que envolve a elaboração por parte

¹⁴⁴ ATP. Relatório Anual 2018. Análise do setor, das atividades e das finanças, p. 18. Acessível em: <https://www.portosprivados.org.br/>

¹⁴⁵ TCU. Op. cit., 2020, p. 16.

da União de estudos multidisciplinares conhecidos como EVTEA, a necessidade de aprovação prévia por parte do TCU e a interação entre MINFRA, ANTAQ e PPI. Para a exploração de TUPs, o investidor é responsável pela elaboração por conta própria de todos os estudos, só havendo um processo competitivo se houver mais de um interessado na mesma região geográfica que possa representar inviabilidade locacional dos projetos. Essa disparidade fica evidente quando se verificou em 2019 uma ociosidade de 56% de áreas arrendáveis nos Portos Organizados, conforme identificado pelo TCU em sua Auditoria Operacional¹⁴⁶. Apenas muito recentemente, a partir de 2019, o Governo Federal conseguiu estruturar uma rotina de trabalho interinstitucional capaz de dar vazão em maior velocidade às licitações de arrendamento¹⁴⁷. Não obstante, apesar de ter havido grande avanço por parte da União em relação a contextos passados para tornar mais eficiente o processo de planejamento de licitação, este intrinsecamente continuará envolvendo mais etapas de estruturação, maiores custos de transação e mais tempo quando comparado à autorização de TUPs.

Essas disparidades, muito embora possam ser consequência de uma multiplicidade de causas, podem ser justificadas em parte pela assimetria regulatória existente que torna o ambiente regulatório dos terminais privados mais atrativo para o investidor, ainda que, do ponto de vista da integração com acessos ferroviários / rodoviários e de proximidade ou conexão com zonas produtivas e consumidoras no continente os Portos Organizados pareçam ofertar uma eloquente vantagem logística¹⁴⁸. Desse modo, os dados apresentados sugerem o papel bastante relevante que o regime jurídico pode desempenhar na tomada de decisão sobre onde e como investir, podendo, inclusive, fazer com que os investidores sejam levados a decisões que do ponto de vista estritamente econômico seriam alocações menos eficientes dos recursos disponíveis.

Em vista disso, o Secretário Nacional de Portos e Transportes Aquaviários do MINFRA, ao debater o novo modelo que o Governo Federal pretende adotar para as concessões

¹⁴⁶ TCU. Op. cit., 2020, p. 16.

¹⁴⁷ O feito se deu através de uma rara e bem-sucedida coordenação entre o MINFRA, a ANTAQ, o PPI, a EPL e o TCU, fruto do reconhecimento dessas instituições como instituições de Estado, do profissionalismo das equipes envolvidas e do abandono de velhas práticas de satisfação de interesses políticos, ao menos com relação à pauta de infraestrutura.

¹⁴⁸ Essa vantagem dos Portos Organizados de já contarem com infraestrutura de acesso pronta e conexões com a hinterlândia desenvolvidas pode ser relativizada em muitos casos, uma vez que, dependentes de investimento público, podem enfrentar grande dificuldade de modernização, manutenção e expansão, decorrentes da ineficiência de contratações públicas e de problemas orçamentários, em situações nas quais existe, p.ex., saturação da infraestrutura existente ou perda de profundidade de canais de acesso por falta de dragagem.

portuárias, afirmou no principal evento de reunião e discussão de profissionais do setor, a Santos Export de 2019, que a solução não poderia ser um nivelamento por baixo dos TUPs, mas proporcionar aos portos públicos o mesmo nível de competitividade dos terminais privados¹⁴⁹. Em reforço, o próprio TCU tem apontado a necessidade de reforma no setor para flexibilizar o regime jurídico dos Portos Organizados, como se concluiu no Relatório de Auditoria Operacional sobre Limitações dos Portos Organizados em Comparação com os TUPs publicado em 2020 e aprovado pelo Acórdão 2.711/2020-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas¹⁵⁰. Por sua vez, a ABTP, a maior entidade associativa de representação de terminais localizados nos Portos Organizados, tem manifestado com insistência o entendimento de que a exploração de infraestrutura portuária nos Portos Organizados não poderia nem deveria ser enquadrada como serviço público, tendo por objetivo desburocratizar o setor¹⁵¹.

Se, por um lado, o efeito para os usuários é positivo, pois, seguindo a lei da oferta e da procura, a disponibilização de maior oferta tende a implicar na redução de custos com esses serviços desde que não se desenvolvam práticas anticoncorrenciais (cartéis, concentração de mercados etc.); por outro lado, também existe um risco relacionado à oferta desmedida de capacidade. Se houver uma aceitação indiscriminada de pedidos de autorização para novos terminais associado a uma ausência de mensuração adequada da demanda, pode haver o surgimento de uma *sobrecapacidade* para além da demanda real em determinadas regiões, resultando em baixas ocupações tanto nos terminais privados quanto nos arrendados. Essa

¹⁴⁹ Cf. “Novos modelos portuários” é tema de debate no fórum Santos Export, 11/10/2019. Acessível em: <https://sopesp.com.br/2019/08/01/secretario-de-portos-confirma-participacao-no-forum-nacional-santos-export/>

¹⁵⁰ Cf. TCU. Op. cit. 2020, p. 72-74.

¹⁵¹ Segundo a ABTP: “Quem executa os serviços de movimentação de cargas nos portos está definido no artigo 2, inciso XIII, da Lei 12.815, de 2013: a pessoa jurídica pré-qualificada para exercer as atividades de movimentação de passageiros ou movimentação e armazenagem de mercadorias. E a pré-qualificação é efetuada perante a administração do porto (Art. 25 da L. 12.815). Se movimentar cargas fosse serviço público, as empresas interessadas teriam de se submeter ao processo licitatório ou a um concurso público. Conclui-se que público é o imóvel e o serviço, privado. [...] O enfrentamento da crise econômica que vive o país requer que se olhe para os novos cenários de transformação. Alguns países já avançaram nesse campo e podem nos servir de referência para que sejamos mais competitivos, com nossos produtos, com nossa logística. Esses caminhos passam, inexoravelmente, pela defesa da livre iniciativa, pela livre competição, pela segurança jurídica aos investidores e pelo serviço regulado, não público.” (cf. MANTELI, W. **Porto, Serviço Privado Regulado**. 11/08/2016. Acessível em: <https://www.abtp.org.br/site/noticias-do-setor-detallhes.php?cod=195410>). No mesmo sentido: SILVA, J. C. da. **ABTP 30 anos: a volta por cima dos portos brasileiros**. 05/04/2019. Acessível em: https://www.abtp.org.br/site/noticias-do-setor-detallhes.php?cod=53242&q=ABTP+30+anos%3A+a+volta+por+cima+dos+portos+brasileiros&bsc=)).

ociosidade, por sua vez, pode significar perda de rentabilidade e desperdício de investimentos vultosos que, no limite, poderiam comprometer o desenvolvimento futuro do setor¹⁵².

Vale observar que um aspecto de assimetria menos jurídico do que ideológico decorre de haver um certo senso-comum entre agentes públicos e privados do setor no sentido de os TUPs serem empreendimentos privados que desenvolvem atividade econômica igualmente privada enquanto que arrendamentos portuários são prestadores de serviço público¹⁵³, de modo que, mesmo quando as autoridades envolvidas são invocadas para tomar decisões sobre TUPs a respeito de questões sobre as quais a legislação não trouxe uma resposta de forma expressa, a tomada de decisão opera sob uma mentalidade de baixa intervenção ou mínimo controle estatal possível. Essa circunstância termina levando a um distanciamento importante em relação aos arrendamentos nos Portos Organizados para os quais, quando surgem questões não expressamente previstas na legislação, as autoridades pressentem na adjetivação de serviço público um imperativo de maior intervenção e costumam invocar princípios tais como a continuidade do serviço público, a primazia do interesse público sobre o privado, a indisponibilidade do interesse público para orientar a tomada de decisão, normalmente no sentido de intervir e controlar, ainda que, materialmente, não haja uma restrição legal e, faticamente, nenhuma diferença entre a atividade desempenhada em um TUP e a desempenhada em um terminal arrendado. Nesse passo, vale considerar as palavras em tom descontraído de Carlos Ari Sunfeld a respeito da mentalidade dos administrativistas no uso de princípios:

“Quando se enfrentam a sério questões de direito administrativo (quando, por exemplo, se tem de resolver no tribunal um conflito entre o Estado e um particular), o ideal seria os debatedores terem noções profundas a respeito, ficarem agarrados ao complexo direito positivo (em vigor, claro), e jamais usarem provérbios como argumento, não é? Mas a vida não é assim, não. Boa parte do que aparece em discussão jurídica é ideia superficial, é lugar-comum, muitas vezes ocupando o espaço de textos normativos. [...] Assim, é bem frequente que, discutindo a viabilidade de uma medida administrativa restritiva da liberdade, o consultor da Administração lembre do princípio do interesse público para dizer que sim, é viável, mesmo a lei nada prevendo a respeito; e que amarre o argumento na opinião de Hely [Lopes Meirelles] sobre a desigualdade e a discricionariedade em favor da Administração.”¹⁵⁴

Nesse contexto, para mitigar os efeitos negativos da assimetria regulatória, como será visto a seguir, por meio da recente Lei nº 14.047/2020 e do Decreto nº 10.672/2021,

¹⁵² CASTRO, A. B. de O. **Análise crítica e métodos para avaliação da competição portuária entre terminais de contêineres**. Dissertação de Mestrado, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, Departamento de Engenharia Naval e Oceânica. São Paulo, 2015, p. 116.

¹⁵³ ARAGÃO, A. S. Op. Cit., 2017, p. 230; PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W. Op. Cit., 2020. pp. 31-64, p. 45-46 e p. 55; GUERRA, S. Op. Cit., 2020. pp. 75-92, p. 76; JUSTEN FILHO, M. Op. Cit., 2020. pp. 291-328, p. 294-295; GROTTI, D. A. M.; LIMA, C. M. M. A. Op. Cit., 2020. pp. 169-186, p. 175-179.

¹⁵⁴ SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos**, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 184-185.

promoveu-se uma série de ajustes na regulação setorial no intuito de aproximar os arrendamentos portuários dos TUPs, flexibilizando o regime daqueles ao invés de enrijecer o regime destes. A seguir destacam-se os principais aspectos de assimetria regulatória entre TUPs e arrendamentos portuários sistematizados a partir das diferenças ainda existentes (ou seja, já considerando as alterações promovidas pela Lei nº 14.047/2020 e pelo Decreto 10.672/2021 no sentido de mitigar as assimetrias existentes):

Tabela 1 - Aspectos de assimetria regulatória entre TUPs e arrendamentos portuários

Aspecto	TUPs	Arrendamentos Portuários
Submissão ao planejamento estatal	Como requisito para obtenção de autorização, deve ser apresentado pelo interessado uma declaração emitida pelo Poder Concedente de adequação do empreendimento às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário (Decreto 8.033/2013, art. 27, incs. I). Todavia, as diretrizes são bastante gerais e, de acordo com o art. 3º, inc. V, da Lei nº 12.815/2013, deve-se promover o estímulo à concorrência por meio do incentivo à participação privada no setor. Assim, sendo não há notícia de que um requerimento de instalação de TUP tenha sido negado por incompatibilidade com a política pública portuária. Do ponto de vista normativo, este é o único aspecto do planejamento estatal que toca a exploração de terminais privados.	Os arrendamentos portuários estão sujeitos a um maior grau de ingerência do planejamento estatal na medida em que, estando localizados em Portos Organizados administrados por Autoridades Portuárias estatais sofrem: (i) condicionamentos do PDZ, documento de planejamento que contempla estratégias e ações para expansão e desenvolvimento do porto, elaborado pela Autoridade Portuária e aprovado pelo Poder Concedente, devendo estar em consonância com o Plano Mestre do porto elaborado pelo Poder Concedente; (ii) em relação à oferta de arrendamentos em licitações, depende do PGO, como instrumento direcionador das prioridades de projetos que serão lançados para leilão (cf. Portaria 61/2020-MINFRA). Há ainda outras interferências do planejamento estatal a que os arrendatários podem se sujeitar pelo fato de estarem localizados dentro de Portos Organizados: regimentos da Autoridade Portuária contidos em REP, acerca da utilização de acessos terrestres e aquaviários, bem como requisitos para realização de obras, ordenação do tráfego e de utilização de berços públicos, etc.
Acesso ao mercado	O acesso ao mercado depende de requerimento do interessado que originará um processo de anúncio público a ser conduzido pela ANTAQ (Lei nº 12.815/2013, art. 8º) no qual podem intervir outros interessados em explorar TUP na mesma região geográfica. Também é possível que o MINFRA determine à ANTAQ a abertura de chamada pública	O acesso ao mercado de arrendamentos portuários, em regra, requer aprovação em procedimento licitatório que, no setor portuário, tem sido realizado na modalidade leilão através da combinação de etapa fechada e aberta com lances em viva-voz, tendo por critério de seleção consagrado o maior valor pela outorga, embora sejam possíveis outros critérios ¹⁵⁵ . A licitação, via de regra, é realizada

¹⁵⁵ FREITAS, J. C. H. de. Comentário ao Art. 6º. In: MILLER, T. T. M.; et. al. (ORG.). **Comentários à Lei n. 12.815/2013 (Incluídas as Alterações da Lei n. 14.047/2020)**. Rio de Janeiro: Telha, 2020, p. 63. Digno de nota é a metodologia de critérios de seleção elaborada e proposta por CARLOS HENRIQUE ROCHA. Partindo da teoria dos leilões de PAUL MILGROM, foi proposta uma metodologia de combinação de critérios de seleção – tais como valor de investimento, preço mínimo e preço máximo, valor de arrendamento e valor de outorga (*down payment*) – com a atribuição de pesos distintos associada a regras de normalização e interpolação dos valores propostos pelos licitantes, desse modo seria possível a adoção de múltiplos critérios e concomitantemente a atenuação dos

	<p>para averiguar interessados em explorar TUP em determinada região (idem, art. 10). Caso surja algum outro interessado e haja inviabilidade locacional entre as propostas de terminal, será promovida uma etapa competitiva com critérios de seleção escolhidos pela ANTAQ (idem, art. 12, § 3º). Ao término do processo na ANTAQ, o MINFRA celebra a autorização na forma de um Contrato de Adesão (idem, art. 8º, § 2º). Não há a estipulação de pagamento de valor de outorga pela autorização.</p> <p>Em geral, os processos administrativos de autorização chegam ao seu termo em cerca de um ano e meio. Embora seja possível a participação de mais de um interessado nos processos, não há informações de que isso tenha ocorrido, o que pode ser justificado por duas razões: (i) como a demonstração de propriedade ou de título habilitante para uso da área onde se instalará o terminal é um pré-requisito, dificilmente surge inviabilidade locacional, de modo que cada empresa termina fazendo seu próprio requerimento ao invés de participar do anúncio público decorrente de requerimento de terceiros; (ii) os prazos existentes para participação nos anúncios</p>	<p>pela ANTAQ seguindo as diretrizes do Poder Concedente, embora exista a possibilidade deste delegar a realização da licitação assim como a gestão contratual para a Autoridade Portuária do Porto Organizado (Decreto 8.033/2013, art. 5º, parágrafo único, e Portaria 574/2018-MPTA)¹⁵⁶. A fase preparatória envolve a elaboração de EVTEA que nos últimos anos tem sido elaborado pela EPL e remunerados posteriormente pelo licitante vencedor. Como a licitação de arrendamentos consiste em um processo de desestatização, há ainda a necessidade de aprovação dos estudos perante o TCU, seguindo o rito definido na Instrução Normativa nº 81/2018-TCU.</p> <p>A publicação do edital de licitação é precedida de audiência e consulta pública¹⁵⁷. Nos últimos anos, firmou-se a tradição de se realizar o leilão propriamente, abertura de propostas e julgamento, na B3 mediante pagamento dos serviços pelo licitante vencedor. Em geral, os processos licitatórios são ultimados em cerca de 28 (vinte e oito) meses¹⁵⁸.</p> <p>Com a edição da Lei nº 14.047/2020, surge a possibilidade de dispensa de licitação desde que comprovada a existência de um único interessado. A comprovação deve ser feita mediante chamamento público promovido pela</p>
--	---	---

efeitos da maldição do vencedor (*winner's curse*). Embora a metodologia tenha sido pensada tendo em vista o marco legal anterior, a abertura para elaboração de critérios ofertada pelo marco atual permitiria a sua adoção. Cf. ROCHA, C. H.; SILVA, G. L. da; BENVINDO, J. Z. Regra numérica para a definição do vencedor de licitações: o caso dos arrendamentos portuários In: **Revista Economia & Tecnologia**, UFPR, a. 7, v. 27, out./dez., 2011, p. 79-88.

¹⁵⁶ Recentemente, a Autoridade Portuária de Paranaguá e Antonina (APPA) tornou-se a primeira Autoridade Portuária a obter delegação da União para licitar e celebrar o contrato de arrendamento, tendo realizado o Leilão nº 01/2020-APPA cujo objeto foi o arrendamento de área *greenfield* para movimentação de carga *roll-on/roll-off*, isto é, veículos sobre rodas.

¹⁵⁷ Nos termos do Decreto nº 8.033/2013, art. 6º, § 1º, nos casos em que não haja alteração da destinação da área, das atividades desempenhadas, seja possível diante das condições e do objeto do arrendamento, bem como o prazo contratual seja de até 10 (dez) anos será possível a realização de licitação de arrendamento com base em EVTEA simplificado, também conhecido como arrendamento simplificado. Os requisitos do EVTEA simplificado foram disciplinados na Resolução nº 7.821/2020-ANTAQ. Nos arrendamentos simplificados, desde que o valor do contrato - estimado com base no somatório da receita bruta - não supere o patamar estabelecido em regulamento pela ANTAQ (atualmente, R\$ 330.000.000,00), não se exige prévia audiência pública. Os investimentos são realizados por conta e risco do arrendatário sem direito à indenização ao término do contrato e pertencem ao arrendatário, exceto no caso de haver interesse público na aquisição é que haverá indenização pela parcela não amortizada a ser realizada pelo licitante vencedor de futura licitação. O valor devido pela utilização de área arrendada com base em EVTEA simplificado é pago na forma de tarifa previamente estipulada na tabela tarifária da Autoridade Portuária com base em parâmetros de sítio padrão que levam em consideração diversos aspectos tais como se a área é *greenfield*, parcialmente estruturada ou *brownfield* (estruturada), a eficiência baseada no giro operacional, o perfil de carga do terminal (granel sólido, granel líquido ou carga geral) e localização (terminal com operação de embarque / desembarque ou retroárea). Cf. ANTAQ. **Proposição de Valores Referenciais Remuneratórios para Áreas Arrendáveis por meio de Estudos Simplificados**. Brasília: 2020. Acessível em: <http://sophia.antaq.gov.br/terminal/Busca/Download?codigoArquivo=34781>. As primeiras áreas a serem licitadas nesse modelo serão: IMB-05 para granel líquido no Porto de Imbituba, ITG-03 para granel sólido no Porto de Itaguaí, AE-14 para carga geral no Porto de Cabedelo e SSD-09 para carga geral no Porto de Salvador.

¹⁵⁸ TCU. Op. Cit., 2020, p. 21.

	<p>públicos tornam improvável que uma empresa consiga elaborar um projeto e reunir toda a documentação necessária a tempo. Desse modo, na prática, há apenas competição no mercado (<i>competition in the market</i>).</p>	<p>Autoridade Portuária no qual o interessado deve apresentar necessariamente garantia de proposta e compromete-se: a celebrar contrato de arrendamento caso seja o único interessado; e, caso haja mais de um interessado, a apresentar proposta válida e participar da licitação (Decreto nº 8.033/2013, arts. 7º-B e 7º-C).</p> <p>O contrato de arrendamento é celebrado com o Poder Concedente, mas pode ter sua celebração delegada por este à Autoridade Portuária. Portanto, como se pode ver, nos arrendamentos portuários, o acesso ao mercado implicaria: (i) um custo de transação maior para os envolvidos, pois há maior número de entidades envolvidas, maior tempo despendido e mais encargos por parte do licitante; (ii) além da competição no mercado (<i>competition in the market</i>), os arrendatários devem passar por uma competição pelo mercado (<i>competition for the market</i>), caso haja licitação.</p>
<p>Pagamentos devidos ao Poder Público em função da outorga</p>	<p>Não há pagamento pela outorga de nenhuma natureza.</p> <p>O único pagamento que o autorizatário deve realizar ao Poder Público é o valor devido pela utilização de terrenos de marinha ou fluviais e de espaço físico sobre águas públicas (espelho d'água) em regime cessão de uso, aforamento ou inscrição de ocupação (nos termos da Lei nº 9.636/98). Usualmente, são valores fixos, periódicos e, quando comparados aos valores devidos a título de arrendamento por parte de arrendatários em Portos Organizados, de reduzida monta.</p>	<p>A praxe que se desenvolveu nos contratos de arrendamento é a de que o arrendatário – além do valor de outorga devido por ocasião da licitação, caso o critério de seleção tenha sido o maior valor de outorga – deve pagar periodicamente à Autoridade Portuária um valor a título de arrendamento fixo e outro valor a título de arrendamento variável cuja variação está atrelada ao volume de carga movimentada. Além disso, costuma haver a estipulação de uma Movimentação Mínima Contratual (MMC), isto é, uma quantidade mínima de carga que a arrendatária deve movimentar sob pena de pagar o valor de arrendamento variável correspondente ao mínimo estipulado, mesmo que não tenha havido a correspondente movimentação¹⁵⁹.</p>
<p>Definição de escopo de investimentos</p>	<p>Nos TUPs a definição do escopo de investimentos é realizada pelo próprio investidor interessado em obter autorização, por ocasião da elaboração do memorial descritivo que acompanhará seu requerimento (Decreto 8.033/2013, art. 27, inc. II). O descumprimento do cronograma de investimento, implica em aplicação de</p>	<p>Na etapa de planejamento da licitação, o Poder Concedente define o escopo de investimentos que serão realizados pelo futuro arrendatário. Nos últimos anos, firmou-se a prática de que esses investimentos sejam definidos em termos de capacidade operacional mínima com <i>layout</i> meramente ilustrativo e prazo mínimo de consecução¹⁶⁰. Desse modo, o futuro</p>

¹⁵⁹ P.ex. os contratos de arrendamento de: TERSAB (Terminal Salineiro de Areia Branca), objeto do Leilão 09/2021-ANTAQ; MAC13 terminal de armazenagem de granel sólido vegetal localizado no Porto Organizado de Maceió (Jaraguá), objeto do Leilão 07/2021-ANTAQ; e STS08-A terminal de granel líquido combustível na região de Alemoa do Porto Organizado de Santos.

¹⁶⁰ Pode-se citar como exemplos de contratos de arrendamento recentes em que isso ocorreu os das áreas: MUC59 destinada a terminal de granéis líquidos no Porto Organizado de Fortaleza (Mucuripe), objeto do Leilão 08/2021-ANTAQ, no qual se previu investimentos mínimos em “aquisição e instalação de sistema de armazenagem com capacidade estática mínima de 51.377,00 m³”; MAC13, já mencionado, em que foram previstos investimentos em “pavimentação e drenagem nas vias intraporto de acesso ao terminal” e “aquisição de equipamentos para sistema de defensas no cais do berço 06”; STS14 destinada a terminal de celulose no Porto Organizado de Santos, objeto do Leilão 01/2020-ANTAQ, contendo os seguintes investimentos “obras de construção de novo armazém com

	<p>penalidades por inexecução contratual, todavia a alteração do cronograma depende de simples aprovação do Poder Concedente (idem, art. 35, inc. III) e não implica em recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, uma vez que a execução é por conta e risco do autorizatário.</p>	<p>arrendatário tem liberdade para desenvolver soluções construtivas e para dimensionar a capacidade operacional, desde que acima do mínimo estipulado, ou para acelerar a fase de obras, podendo criar um projeto que melhor sirva à sua estratégia comercial. Para tanto, o arrendatário deverá elaborar um PBI que será analisado pelo Poder Concedente no aspecto de conformidade ao atendimento dos requisitos editalícios. A análise é perfunctória, de modo que o Poder Concedente apenas manifestará sua “não objeção” desde que estejam cumpridos os requisitos editalícios (Portaria nº 530/2019-MINFRA, art. 123-A, incluído pela Portaria nº 1.166/2021-MINFRA). Consequentemente, como já ocorre nos TUPs, todos os riscos decorrentes do custo e do prazo de obras são alocados com o arrendatário, produzindo incentivo à eficiência, uma vez que o arrendatário se apropria dos ganhos decorrentes de incorrer em custos menores do que os previstos no orçamento do PBI. O descumprimento do cronograma de investimento, implica em aplicação de penalidades por inexecução contratual, todavia, se houver algum evento superveniente justificável, o Poder Concedente poderá autorizar a revisão do cronograma de investimento, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (idem, art. 24-B).</p>
<p>Novos investimentos</p>	<p>Caso surja necessidade de novos investimentos, o autorizatário deve apenas notificar previamente a ANTAQ de sua realização (Decreto 8.033/2013, art. 42, inc. I). Não há sanções previstas caso haja inexecução ou atraso do cronograma físico de execução de novos investimentos, pois a obra é considerada privada.</p>	<p>Há duas hipóteses de realização de novos investimentos: (i) com reflexos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento; e (ii) por conta e risco do arrendatário sem direito à equilíbrio econômico-financeiro (hipótese inserida a partir de longo debate setorial com a edição do Decreto 10.672/2021). Na primeira hipótese (i), há necessidade de aprovação em duas etapas, no MINFRA, em relação ao mérito do Plano de Investimentos e, na ANTAQ, em relação às providências para aprovação de EVTEA e promoção da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (Decreto 8.033/2013, art. 42, inc. II, cf. Portaria nº 530/2019-MINFRA). Existe a possibilidade de que, a requerimento do arrendatário, o investimento seja realizado em caráter de urgência antes da promoção do reequilíbrio contratual, mediante a assinatura de TRI no qual a arrendatária assume o risco de o mérito final do investimento ser rejeitado e perder a possibilidade de reequilíbrio (Decreto</p>

capacidade estática mínima de 121 mil toneladas” e “aquisição de conjuntos de pontes rolantes com cobertura para área de recepção ferroviária, dotadas de capacidade mínima de 36 toneladas, para propiciar o descarregamento ferroviário de uma composição paramétrica, de 67 vagões com 88 toneladas cada, em no máximo 8,5 horas”.

		<p>8.033/2013, art. 42, § 6º). Para execução dos investimentos, deverá ser elaborado projeto executivo com detalhamento dos custos unitários e, uma vez executada a obra, deverá ser apresentado à Autoridade Portuária o “<i>as built</i>” que fará uma análise crítica comparativa de custos despendidos. Caso o valor despendido pela arrendatária não corresponda ao valor previsto no projeto executivo e esteja abaixo do previsto, o reequilíbrio será revisto¹⁶¹. Em regra, o descumprimento do cronograma de investimento, implica em aplicação de penalidades por inexecução contratual, todavia, se houver algum evento superveniente justificável, o Poder Concedente poderá autorizar a revisão do cronograma de investimento, sem prejuízo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (idem, art. 24-B).</p> <p>Na segunda hipótese (ii), desde que prescindida do reequilíbrio contratual e realize por sua conta e risco, a arrendatária poderá fazer novos investimentos sem necessidade de prévia aprovação do MINFRA e da ANTAQ, devendo apenas informar previamente o MINFRA e obter autorização prévia da Autoridade Portuária (Decreto 8.033/2013, art. 42, §§ 9º e 10º, inseridos pelo Decreto 10.672/2021). Embora essa nova hipótese tenha flexibilizado a execução de novos investimentos, manteve ainda a necessidade de prévia aprovação da Autoridade Portuária que poderá, ainda, constituir um gargalo à realização de novos investimentos a depender do nível de governança e eficiência desta.</p>
<p>Expansão de área / substituição de área</p>	<p>A expansão de áreas pode ser realizada sem necessidade de nova autorização e anúncio público ou aprovação no caso que não requerer nova análise de viabilidade locacional. Caso haja necessidade de análise de viabilidade locacional, não será necessário novo contrato de adesão nem anúncio público, mas será necessária prévia aprovação pelo Poder Concedente (Decreto 8.033/2013, art. 35, inc. II, §§ 1º e 2º). Quando a expansão de área envolver imóvel de titularidade da União, o autorizatário deve apresentar o título que comprove o direito de uso (cessão de uso, aforamento, inscrição de ocupação) – (idem, art. 35, § 3º).</p> <p>Não há previsão de substituição de área para autorizatários, de modo que uma substituição requereria na prática a extinção da autorização existente e a obtenção de</p>	<p>O arrendatário pode requerer ao Poder Concedente a expansão da área arrendada para área contígua dentro do Porto Organizado em três hipóteses: (i) houver ganhos comprovados de eficiência à operação portuária; ou (ii) houver inviabilidade técnica, operacional ou econômica da licitação em separado de novo arrendamento portuário (Lei nº 12.815/2013, art. 6º, § 6º, c/c Decreto 8.033/2013, art. 24, incs. I e II). Em princípio, a expansão de área gera recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, todavia esta pode ser dispensada <i>caso não altere substancialmente os resultados da exploração</i> (Decreto 8.033/2013, art. 24, § 2º). A expansão de área, usualmente, é conjugada com a proposta de novos investimentos.</p> <p>Pode haver a substituição de área arrendada dentro do mesmo Porto Organizado, desde que conforme o PDZ e ouvida a Autoridade</p>

¹⁶¹ Cf. ANTAQ. **Manual de Análise e Fiscalização do Projeto Executivo em Arrendamentos Portuários**. Brasília: 2020, p. 24-25. Disponível em: <https://www.gov.br/antaq/pt-br>.

	uma nova autorização para o terminal na nova localidade.	Portuária. A substituição deverá ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e poderá ocorrer quando haja ganhos operacionais ou surja algum empecilho superveniente ao uso da área original (Decreto 8.033/2013, art. 24-A). Se a substituição partir do Poder Concedente, o arrendatário poderá recusá-la, ocasionando a rescisão do contrato de arrendamento sem aplicação de penalidades. Se a substituição tiver sido proposta pelo arrendatário, mas este não concordar com a decisão final do Poder Concedente, poderá desistir da substituição. Em qualquer caso, a substituição deve ser precedida de consulta pública e de análise de possíveis impactos concorrenciais (idem, art. 24-A, incs. IV e V).
OGMO	Nos terminais privados não há sujeição a OGMO (Lei nº 12.815/2013, art. 44).	Nos Portos Organizados, os operadores portuários pré-qualificados (seja o próprio arrendatário ou terceiro) estão sujeitos ao OGMO que detém o monopólio do fornecimento de mão-de-obra avulsa e do registro de trabalhadores portuários e cobram, em contrapartida, valores dos operadores portuários. O monopólio exercido pelo OGMO tem sido apontado como uma das principais causas de ineficiência dentro dos Portos Organizados e de acréscimo de custos operacionais, pois cria uma estrutura de incentivos que resulta na improdutividade dos trabalhadores avulsos, uma vez que os operadores portuários não escolhem os trabalhadores avulsos que irão contratar ¹⁶² .
Operação portuária	Os TUPs não requerem pré-qualificação de operadores portuários perante o Poder Concedente. Os autorizatários tem liberdade para disciplinar a própria operação portuária (Decreto 8.033/2013, art. 35-A, inc. II)	Para que possa haver operação portuária em terminais arrendados, faz-se necessário a intervenção de um operador portuário pré-qualificado perante a Autoridade Portuária (seguindo as diretrizes do Poder Concedente estabelecidas na Portaria 111/2013-SEP/PR), podendo ser pré-qualificado o próprio arrendatário ou um terceiro contratado. A pré-qualificação é exigida como regra, sendo dispensada em casos de automação e mecanização que dispense mão-de-obra, granel líquido, granel sólido que requerer atividade de recheio, gêneros de pequena lavoura e pesca, movimentação de materiais para estaleiros, entre outros casos relacionados a competências públicas e ao abastecimento de embarcações.
Contabilidade regulatória	Não há sujeição a uma contabilidade regulatória.	Os arrendatários sujeitam-se à apresentação de demonstrações contábeis padronizadas de acordo com a contabilidade regulatória prevista em um Manual de Contas do Setor Portuário por força da Resolução 49/2021-ANTAQ. Esta resolução permite à Agência, inclusive, condicionar a instrução de pleitos de

¹⁶² TCU. Op. Cit., 2020, p. 46.

		recomposição do equilíbrio econômico-financeiro à apresentação de demonstrações contábeis padronizadas (art. 18). Através da contabilidade regulatória, a ANTAQ terá condições de mitigar a assimetria de informação existente entre regulador e regulado, permitindo monitorar uma série de indicadores e custos relacionados à operação e a investimentos realizados pelos arrendatários e possibilitando a formulação de <i>benchmarks</i> e comparação entre agentes, bem como a elaboração de regulações econômicas e de controles sobre abusividade de preços muito mais incisivas.
Dragagem	O autorizatário é responsável pela realização da própria dragagem quando necessária.	A Lei nº 12.815/2013 lançou o Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II atribuindo à extinta SEP/PR a competência para executá-lo. As obras de dragagem seriam executadas com recursos do orçamento público e contratadas no modelo do RDC (regime absorvido pela Lei nº 14.133/2021). Entretanto, tem-se discutido como solução para a dragagem nos Portos Organizados que estas sejam realizadas pelas próprias Autoridades Portuárias, partindo do regime de contratação das empresas estatais – mais flexível – e financiando as obras com recursos das tarifas de acesso aquaviário pagas pelos armadores. Há também a proposição de concessão de canais de acesso ¹⁶³ . Portanto, embora os arrendatários não sejam os responsáveis pela contratação da própria dragagem, a expectativa é de que venham a participar dos custos desse serviço através do pagamento de tarifas.
Propriedade e reversão dos equipamentos e instalações	Os bens – equipamentos e instalações – implantados pela autorizatária são de propriedade privada não revertendo ao Poder Concedente ao término do contrato de adesão.	Apesar de a Lei nº 14.047/2020 ter eliminado da Lei nº 12.815/2013 a essencialidade da cláusula sobre bens reversíveis no regime dos arrendamentos portuários, praticamente a totalidade dos contratos vigentes possui cláusula sobre reversão de bens ao término com diferentes teores seja em matéria de identificação desses bens seja em matéria de quantificação do valor de indenização. Para dificultar ainda mais esse cenário, a ANTAQ por meio da Resolução 43/2021-ANTAQ adota uma definição de bens reversíveis abrangente e cria controles bastante rígidos para a incorporação / desincorporação, desfazimento e alienação desses bens. Consequentemente, muitos bens sem utilidade, obsoletos ou desnecessários terminam revertendo e ainda são objeto de litígio sobre a indenização da parcela não amortizada / depreciada ao término

¹⁶³ A concessão de canal de acesso foi proposta para os Portos Organizados de Paranaguá e Antonina de modo que a concessionária assumira as funções de gestão do canal de acesso e a execução de dragagens de manutenção e aprofundamento, remunerando-se mediante a cobrança de tarifa das embarcações que transitem pelo canal. Atualmente, o projeto está em fase de estudos que estão sendo desenvolvidos pela EPL.

		dos contratos, sob a justificativa formal, porém materialmente inválida, de que são bens necessários para a continuidade da prestação do serviço.
Prazo e possibilidade de prorrogação	O contrato de adesão tem prazo de 25 (vinte e cinco) anos, passível de prorrogação sucessivas vezes por igual período, condicionada à realização de novos investimentos (com escopo determinado pelo autorizatário) e a atividade portuária seja mantida (Lei nº 12.815/2013, art. 8º, § 2º). Teoricamente, como não há nenhum impedimento a que, ao término de uma autorização, seja solicitada outra, se não houver razões econômicas que tornem um novo investimento necessário e viável, bastaria que o autorizatário solicitasse uma nova autorização. Pois, como o ato de autorização é vinculado e o autorizatário já preencheria todos os requisitos para emissão de uma nova autorização, em tese, a ANTAQ e o Poder Concedente não poderiam negar sua emissão.	O prazo inicial dos contratos de arrendamento portuário é de até 35 (trinta e cinco) anos, prorrogáveis sucessivas vezes até o limite de 70 (setenta) anos, considerando o prazo original (Decreto 8.033/2013, art. 19, <i>caput</i>). A prorrogação depende de demonstração de que há vantagem em relação à realização de procedimento licitatório. A prorrogação pode ser antecipada desde que sejam realizados novos investimentos aprovados pelo Poder Concedente (idem, art. 19-A). Caso seja realizada prorrogação, o contrato passará por um processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a ser promovido pela ANTAQ. A lógica da prorrogação antecipada tem sido apresentada como sendo a de vender tempo em troca de investimentos, todavia pode haver uma ilusão de ótica. Investimentos que justifiquem uma prorrogação dificilmente seriam realizados se não houvesse uma expectativa de demanda, de modo que a prorrogação antecipada termina sendo, em última análise, um mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de extensão de prazo em decorrência de novos investimentos ¹⁶⁴ .

Pode-se concluir desse cotejamento entre o regime jurídico dos TUPs e o dos terminais arrendados que houve um avanço significativo de aproximação entre ambos de modo a eliminar problemas bastante sensíveis, um dos mais destacados seira o caso da realização de novos investimentos. Todavia, ainda persiste uma assimetria bastante sensível em pontos fundamentais. Mesmo no caso de novos investimentos, estes só serão realizados nos arrendamentos sem necessidade de prévia autorização se a arrendatária renunciar a eventual recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A medida permite aumentar a velocidade com que a arrendatária investe em expansão de capacidade quando surgem oportunidades de mercado de forma semelhante aos TUPs, mas, caso essa expansão tenha que se dar próxima ao término do contrato de arrendamento, permanecerá a desvantagem em relação ao TUP, pois dificilmente o arrendatário faria um investimento sem ter prazo suficiente para amortizá-lo, com valores pífios de indenização pelos investimentos não amortizados e correndo o risco de

¹⁶⁴ GAMELL, D. A. Prorrogação Antecipada: Mecanismo de Atração de Novos Investimentos Portuários ou Válvula de Escape de Investimentos Represados? In: **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**, v. 62, mai./jun., 2021, p. 9-35.

que um concorrente assumira a área em posterior licitação se beneficiando das benfeitorias realizadas. Outras assimetrias permanecem como é o caso das barreiras de entrada nesse mercado, dos valores expressivamente mais altos que são cobrados pela utilização de áreas públicas seja a título de outorga ou de arrendamento, das regulações sobre contabilidade regulatória e dos procedimentos inerentes à prorrogação contratual.

3.3. Assimetria regulatória entre terminais arrendados e terminais explorados sob regime privado em Portos Organizados concedidos

Com o avanço da agenda de privatizações do governo federal, o modelo conhecido como *private landlord port* tende a ganhar maior espaço. Este modelo consiste basicamente na concessão de bem público destinado à exploração de Porto Organizado para a iniciativa privada de modo que a concessionária passe a administrar o porto nos termos de um contrato de concessão e a fazer a gestão imobiliária do porto contratando a exploração de terminais portuários em regime de direito privado (art. 5º-A da Lei nº 12.815/2013). As possibilidades existentes com as concessões dos Portos Organizados são bastante variadas a começar pelos diferentes tipos de concessão portuária, conforme previsto no art. 20, incs. I a III, do Decreto nº 8.033/2013¹⁶⁵.

O modelo de *private landlord* é pouco comum na experiência internacional, podendo-se dar exemplo do Porto de Melbourne na Austrália e do Porto de Pireu na Grécia, não obstante tem sido proposto como alternativa para catalisar um volume de investimento que o Poder Público brasileiro sozinho não seria capaz de investir¹⁶⁶. Este modelo está sendo

¹⁶⁵ Seguindo o art. 20, incs. I a III, do Decreto 8.033/2013, pode-se subdividir os tipos de concessão portuária em três: (i) concessão parcial, na qual a concessionária não pode realizar exploração de instalações portuárias, mas pode executar total ou parcialmente as atribuições de Autoridade Portuária; (ii) a concessão cheia horizontal, na qual a concessionária exerce todas as atribuições de Autoridade Portuária, mas não pode exercer diretamente a exploração de instalações portuárias, devendo contratar terceiros para tanto; e (iii) a concessão cheia vertical, na qual a concessionária exerce todas as atribuições de Autoridade Portuária e pode tanto explorar diretamente as instalações portuárias (verticalmente) ou explorá-las indiretamente mediante contratos privados.

¹⁶⁶ Partindo da experiência do porto australiano, que é um porto majoritariamente de importação, a adoção do novo modelo não parece um desafio trivial, visto que há uma percepção de aumento geral de preços cobrados a título de aluguel pela exploração de áreas e de abuso de posição dominante por parte da concessionária com possível impacto sobre os consumidores, destinatários finais das mercadorias. Não obstante, o modelo de ameaça de regulação (*threat of regulation*) adotado pelo Estado de *Vitoria* (concedente do Porto de Melbourne) permite que sejam feitos ajustes na regulação econômica durante a vigência do contrato, permitindo assim que os problemas identificados até o momento possam ser em alguma medida contornados. No caso de Melbourne, diante do problema identificado, a *Essential Services Commission*, entidade reguladora do Estado de *Vitoria*, ao invés de decidir por regular discricionariamente o preço a ser cobrado pelo “aluguel” por algum mecanismo de *price-cap*,

proposto no âmbito das desestatizações dos Portos Organizados de Santos, Vitória, São Sebastião, Itajaí, Salvador, Aratu-Candeias e Ilhéus já inseridos no âmbito do PPI¹⁶⁷ e em fase de elaboração dos estudos de modelagem por consultorias privadas contratadas pelo BNDES. Dado que a exploração dos terminais localizados dentro da poligonal se dará em regime privado e que a gestão da Autoridade Portuária também será privada, surgirá uma nova assimetria regulatória dessa vez não só entre terminais (em virtude da convivência competitiva de terminais arrendados, terminais autorizados e terminais explorados em regime privado nos portos concedidos), mas também entre as Autoridades Portuárias públicas subordinadas ao regime jurídico das empresas estatais (Lei nº 13.303/2016) e as Autoridades Portuárias privadas.

Com o surgimento de terminais sob regime privado localizados dentro de Portos Organizados concedidos, emergem novos problemas jurídicos. Inicialmente, podendo-se mapear dois problemas-chave.

O primeiro diz respeito à possibilidade de transferência de titularidade dos contratos de arrendamento portuário da União para a Autoridade Portuária concessionária. Isto é, a União deixa de ser parte na relação jurídica estabelecida com o arrendatário através do contrato de arrendamento e passa a figurar em seu lugar a concessionária que, para todos os efeitos, será o titular por assim dizer daquele contrato.

O segundo problema decorre do primeiro e está relacionado às consequências jurídicas dessa transferência de titularidade, podendo-se chamar de problema da transmutação da natureza do contrato, uma vez que, em princípio, o contrato deixará de ser ‘administrativo’ e passará a ser privado, pois ambas as partes serão entidades privadas. A previsão normativa para fundamentar a transferência de titularidade e a transmutação encontra-se no Decreto 8.033/2013, art. 22. Este dispositivo permite que esteja previsto no edital de licitação da concessão portuária a transferência de titularidade dos contratos de exploração de áreas, estabelecendo que, nesse caso, a concessionária deverá respeitar os termos pactuados e que *a*

optou por definir regras a serem seguidas nas negociações entre a concessionária do porto e interessados, envolvendo a adoção de um código de conduta com regras direcionadas a mitigar a assimetria de informações em favor da concessionária. Cf. ESSENTIAL SERVICES COMMISSION. **Port of Melbourne – Market Rent Inquiry 2020**. Public Report, 14/09/2020. Disponível em: <https://www.esc.vic.gov.au/transport/port-melbourne/port-melbourne-reviews/port-melbourne-market-rent-inquiry-2020>. P. 50 e ss.

¹⁶⁷ Cf. respectivamente, Decretos nºs 10.138/2019, 9.972/2019, 9.852/2019, 10.484/2020, 10.635/2021.

transferência de titularidade afasta a aplicação das normas de direito público sobre os contratos.

A partir disso, diversas questões poderiam ser levantadas. Pode a União transferir a titularidade de um contrato por si celebrada para um privado? O decreto, enquanto ato infralegal, é fundamento jurídico suficiente para admitir a possibilidade da transferência ou seria necessária uma previsão expressa em lei formal? A transferência de titularidade requer um ato de consentimento ou anuência por parte do arrendatário privado, como tipicamente é exigido em casos de cessão de posição contratual no direito privado, ou decorre unilateralmente com a eficácia da concessão à iniciativa privada do Porto Organizado? As normas de direito público deixam de se aplicar ao contrato de arrendamento automaticamente por força da transferência ou há necessidade de celebrar termo aditivo de adaptação, considerando que muitas das ditas normas de direito público estão clausuladas nos contratos? Quais normas de direito público deixam de ser aplicáveis ao contrato, apenas as referentes a cláusulas tradicionalmente denominadas exorbitantes? O que é realmente exorbitante nas cláusulas exorbitantes, considerando que muitas delas se veem pactuadas entre partes privadas como p.ex. a rescisão unilateral imotivada ou resilição unilateral?

Como se pode ver, os problemas derivados não são poucos nem são triviais do ponto de vista teórico, todavia solucioná-los de forma eficaz talvez venha a depender mais de um hábil diálogo para formação de consenso entre *stakeholders* do que de uma imposição de cima para baixo do Poder Concedente e de uma simples formulação doutrinária por mais esmerada que seja.

Em todo caso, do ponto de vista de desburocratização do regime dos arrendamentos portuários, a transferência de titularidade pode representar uma grande vantagem competitiva para os terminais em portos concedidos. Em tese, questões como realização de novos investimentos, ampliação de área, substituição ou permuta de áreas portuárias, realização de investimentos cruzados em áreas comuns tendem todas a ser mais velozmente negociadas e pactuadas do que no regime em que a Autoridade Portuária é pública. Além disso, uma Autoridade Portuária privada pode com maior eficiência do que empresas estatais: (i) investir em dragagens de aprofundamento, garantindo a operacionalidade e a viabilização de navios de maior calado que geram maiores economias de escala; (ii) investir na ampliação de capacidade de acessos ferroviários e rodoviários; bem como (iii) promover a conectividade multimodal do

porto com a hinterlândia, celebrando parcerias estratégicas com *players* que tragam sinergias positivas. Essas eficiências tendem a criar as condições necessárias para aumentar atratividade do porto e provocar o deslocamento de cadeias logísticas ou o surgimento de novas cadeias.

Nesse sentido, os Portos Organizados concedidos e os terminais sob regime privado neles localizados tem um potencial de no longo prazo exercer enorme pressão competitiva contra Portos Organizados não concedidos e seus respectivos arrendatários, verificando-se uma provável vantagem competitiva dos terminais sob regime privado que teria na existência de assimetria regulatória a sua causa mais provável.

3.4. Os elementos constitutivos do regime jurídico do arrendamento portuário após a minirreforma setorial

Adentrando o regime dos arrendamentos portuários propriamente, verifica-se que a Lei nº 12.815/2013 definiu o arrendamento portuário como *cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do Porto Organizado, para exploração por prazo determinado* (art. 2º, inc. XI). Já no art. 1º, § 1º, o arrendamento é tido como *arrendamento de bem público* enquanto meio de exploração indireta de instalações portuárias localizadas em Porto Organizado. Trata-se de uma inovação em relação ao marco legal anterior cuja adoção foi conscientemente pretendida conforme fica evidente da Exposição de Motivos Interministerial nº 00012-A - SEP-PR /MF/MT/AGU que instruiu a Medida Provisória 595/2012 convertida na atual Lei nº 12.815/2013¹⁶⁸.

Sem entrar em detalhes que serão expostos no Capítulo IV, mas apenas para contextualizar, a maioria dos doutrinadores, diante da perplexidade de um direito infraconstitucional com categorias institucionais herdadas da prática setorial pretérita, dentre elas o arrendamento portuário, irão buscar encaixar o arrendamento no texto da CF88. Essa conclusão, contudo, como será melhor discutido no item 4.5, não era necessária do ponto de vista lógico, pois parte: (i) de uma preconcepção de que a concessão referida no art. 21, inc.

¹⁶⁸ Segundo a exposição de motivos: “Propomos a adoção do conceito de concessão de uso de bem público para as instalações portuárias dentro do porto organizado, formalizado em contratos de concessão e de arrendamento.”

XII, da CF88, seria a concessão de serviço público; e (ii) de uma equivalência um tanto quanto forçada entre cessão de bem público (terminologia da lei) e concessão de serviço público.

Consequentemente, ao tentar enquadrar o arrendamento portuário no texto constitucional, esses autores viram aí uma espécie de concessão ou subconcessão de serviço público, descaracterizando o sentido original de arrendamento e ressignificando o conceito com reflexos no próprio direito infraconstitucional. Com a definição do arrendamento como cessão de bem público, há um claro movimento legislativo na contramão da doutrina, todavia, mesmo após esse movimento, muitos juristas continuaram a dizer que a opção do legislador não teria maiores consequências do ponto de vista da natureza do arrendamento enquanto concessão de serviço público¹⁶⁹. Além da tentativa de fazer caber o arrendamento na CF88, esses autores costumam identificar o arrendamento com uma espécie de subconcessão de serviço público por entenderem que estão presentes no contrato de arrendamento o mesmo conjunto de cláusulas do contrato de concessão de Porto Organizado, também equiparável ao núcleo essencial de cláusulas dos contratos de concessão de serviço público regidos pela Lei nº 8.987/95. O distanciamento da noção de concessão de serviço público em relação ao arrendamento portuário, contudo, só viria a se acentuar mais com a minirreforma setorial promovida pela recente Lei nº 14.047/2020.

A Lei nº 14.047/2020 decorre da conversão da Medida Provisória nº 945/2020 e surge no contexto da pandemia de COVID-19 com medidas consideradas necessárias para mitigar os impactos da pandemia nos setores aeronáutico e portuário. Embora o objetivo inicial do normativo que deu origem à lei tenha sido a instituição do afastamento indenizado para trabalhadores avulsos que fizessem parte do grupo de risco da COVID-19¹⁷⁰, durante a tramitação no Congresso Nacional, foram acrescentados diversos dispositivos relacionados à exploração de infraestrutura portuária. Desse modo, para o setor portuário, surgiram

¹⁶⁹ Cf. GROTTI, D. A. M.; LIMA, C. M. M. A. Op. Cit., 2020, p. 169-185, p. 177; e PEREIRA, C., SCHWIND, R. W. Op. Cit., 2020, p. 31-63, p. 45-46.

¹⁷⁰ A ementa original continha o seguinte: “Estabelece as hipóteses em que o Órgão Gestor de Mão de Obra não poderá escalar trabalhador portuário avulso (ocorrência de tosse seca, dor de garganta, ou dificuldade respiratória, entre outras). Prevê, enquanto persistir o impedimento de escalação, o direito ao recebimento, pelo trabalhador avulso, de indenização compensatória mensal no valor correspondente a cinquenta por cento sobre a média mensal recebida (considerados os valores recebidos pelo trabalhador por intermédio do Órgão Gestor de Mão de Obra entre 1º de outubro de 2019 e 31 de março de 2020). Proíbe a escalação presencial de trabalhadores portuários, instituindo a sua realização por meio eletrônico. Autoriza a cessão de uso especial de pátios sob administração militar, a título gratuito, às pessoas jurídicas prestadoras de serviço de transporte aéreo público, nacionais, a título precário, durante o período do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da covid-19.”

disposições novas sobre concessão de Porto Organizado, arrendamento portuário e contratos de uso temporário, bem como a possibilidade expressa de a ANTAQ regulamentar outras formas de ocupação de exploração de áreas e instalações portuárias (inserção do inc. XXIX, no art. 27, da Lei nº 10.233/2002)¹⁷¹.

A partir da minirreforma promovida pela Lei nº 14.047/2020, muitas disposições relacionadas aos arrendamentos portuários foram alteradas. Dentre essas alterações vale destacar a positivação de que a operação portuária seria realizada mediante preço livre (inserção do inc. VI no art. 3º da Lei nº 12.815/2013), reforçando o *status* privado dessa atividade que já vinha sendo realizada mediante contratos de direito privado livremente negociados com os usuários¹⁷². Para prestar serviços, os próprios arrendatários de terminais devem se pré-qualificar perante as respectivas Autoridades Portuárias para exercerem a operação portuária ou podem contratar terceiros pré-qualificados, não gerando qualquer relação jurídica entre os operadores portuários e o Poder Concedente. Essa configuração da disciplina relacionada à operação portuária pode ser aferida também no art. 21, da Resolução Normativa nº 07/2016-ANTAQ¹⁷³.

Desse modo, a prestação do serviço de movimentação de cargas, armazenamento e o embarque e desembarque de passageiros pressupõe uma atividade privada livremente remunerada. Em outras palavras, o usuário contrata em regime de direito privado os serviços de operação portuária com o operador portuário que, acidentalmente, pode ser o próprio titular do arrendamento portuário, mas não necessariamente. Tanto é assim que, p.ex., nas operações envolvendo movimentação de contêineres, a Resolução Normativa 34/2019-ANTAQ, art. 4º,

¹⁷¹ GONÇALVES, R. Minirreforma do setor portuário: possibilidades e oportunidades da Lei 14.047/2020. In: **Revista Portos e Navios**, 27 de out. de 2020. Acessível em: <https://www.portosenavios.com.br/artigos/estudo-e-pesquisa/minirreforma-do-setor-portuario-possibilidades-e-oportunidades-da-lei-no-14-047>

¹⁷² MILLER, T. T. M.; e MILLER, M. T. de M. Comentário ao Art. 3º. In: MILLER, T. T. M.; et. al. (ORG.). **Comentários à Lei n. 12.815/2013 (Incluídas as Alterações da Lei n. 14.047/2020)**. Rio de Janeiro: Telha, 2020, p. 41.

¹⁷³ Nos termos da Resolução Normativa 07/2016-ANTAQ:

Art. 21. As arrendatárias de áreas e instalações portuárias deverão se pré-qualificar para realizar a movimentação e a armazenagem de mercadorias diretamente, ou optar pela contratação de operadores portuários pré-qualificados, ressalvadas as hipóteses do art. 28 da Lei nº 12.815, de 2013.

§ 1º O operador portuário que, a qualquer título, utilize bens ou serviços objeto de contrato de arrendamento deverá observar integralmente suas condições, inclusive no que tange às tarifas de serviço praticadas e aos parâmetros de qualidade e eficiência.

§ 2º Os contratos celebrados entre a arrendatária e operadores portuários reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica com o poder concedente, pressupondo o cumprimento:

I - das normas aplicáveis aos serviços contratados; e

II - das condições estabelecidas no edital de licitação e no contrato de arrendamento, inclusive quanto às tarifas e aos preços praticados.

estabelece que os serviços contemplados na cesta de serviços (*Box Rate*)¹⁷⁴ *são realizados pela instalação portuária ou pelo operador portuário, na condição de contratado do transportador marítimo, mediante remuneração livremente negociada, estabelecida em contrato de prestação de serviço ou divulgada em tabela de preços.*

Nesse passo, ressalta-se que há uma distinção importante a ser feita: a diferença entre preço e tarifa e, por conseguinte, entre o regime de liberdade de preços e o de liberdade tarifária. A doutrina reconhece no uso do termo ‘tarifa’ a contraprestação devida pelo usuário à prestação de um serviço público¹⁷⁵ em oposição ao preço privado que é a remuneração devida a um particular por qualquer atividade econômica privada que exerça¹⁷⁶. Atualmente, é pacífico o entendimento de que é possível a prestação de serviços públicos em regime de liberdade tarifária, quando houver condições de competição entre diversos prestadores que permitam que os valores das tarifas possam se autorregular por mecanismo de mercado – oferta e procura. Apenas quando a prestação de serviços se dá em contexto de monopólio ou com baixa competitividade ou contestabilidade, surge a necessidade de uma regulação econômica mais intensa sobre as tarifas. Nesse sentido, pode-se mencionar diversos autores tais como: MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁷⁷, FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES¹⁷⁸, VITOR RHEIN SCHIRATO¹⁷⁹ e JACINTHO ARRUDA CÂMARA¹⁸⁰.

¹⁷⁴ A *Box Rate* pode ser definida como o “preço cobrado pelo serviço de movimentação das cargas entre o portão do terminal portuário e o porão da embarcação, incluída a guarda transitória das cargas pelo prazo contratado entre o transportador marítimo, ou seu representante, e a instalação portuária ou o operador portuário, no caso da exportação; ou entre o porão da embarcação e sua colocação na pilha do terminal portuário, no caso da importação” (art. 2º, inc. II, da Resolução Normativa 34/2019-ANTAQ).

¹⁷⁵ Cf. TÁCITO, C. Taxa, imposto e preço público – Preço público no serviço concedido – Direito do concessionário à renda do serviço – Desvio de poder. In: **Revista de Direito Administrativo**, v. 44, 1956, p. 518-532.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, R. F. de. **Curso de direito financeiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 174.

¹⁷⁷ **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 350-351: “Uma questão fundamental a ser considerada a propósito do modelo tarifário reside no regime de prestação do serviço. Se houver concorrência (ausência de exclusividade), a tendência será que as tarifas sejam fixadas segundo os mecanismos de mercado. A demanda e a oferta funcionarão como instrumentos autônomos para determinar os preços, incumbindo ao poder concedente uma função, mais restrita – consistente em evitar práticas ofensivas à livre competição.”

¹⁷⁸ **Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 174-174: “Os serviços públicos concorrenciais pressupõem, no tocante à fixação de preços, a liberdade para operar debaixo dos princípios comerciais, ficando sujeitos aos limites ou restrições gerais aplicáveis a todas as empresas do mercado. Já os serviços monopolísticos mantêm-se sob a tutela tarifária do Estado, atraindo um controle autoritário sobre os preços praticados.”

¹⁷⁹ Op. Cit., 2012, p. 261 “Evidentemente, um panorama que contemple a concorrência entre diversos prestadores de serviços pressupõe liberdade tarifária, para que cada um possa cobrar pela prestação dos serviços o valor que considerar adequado. Não havendo liberdade tarifária, com tarifas previamente fixadas pelo Estado para todos os agentes, estar-se-ia diante de verdadeiro cartel instituído oficialmente pelo Estado, como bem adverte Marçal Justen Filho.”

¹⁸⁰ **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 89: “Ao conferir a chamada liberdade tarifária o poder concedente admite que o próprio concessionário estabeleça o valor da remuneração que vai ser cobrada do usuário,

Por outro lado, embora no setor privado os preços usualmente sejam livres, há a realidade de que muitos preços podem sofrer algum tipo de regulação econômica, p.ex. salário-mínimo, piso remuneratório de certas profissões, preços de medicamentos, reajuste e revisão de mensalidades escolares, planos de saúde, tarifas bancárias, meias entradas em eventos culturais etc. Embora a lógica e a justificação para a regulação de preços no setor privado seja distinta da envolvida nos serviços públicos, sua existência é uma realidade¹⁸¹. Desse modo, a liberdade de fixação dos valores de remuneração do serviço não constituiria um critério de distinção entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, mas a caracterização formal da remuneração como ‘preço’ ou como ‘tarifa’ é indicativo de um cuidado terminológico que conjugado com as demais diferenciações promovidas pela Lei nº 12.815/2013 e suas alterações conduzem à conclusão de houve um esforço de afastamento da noção de serviço público pelo legislador.

A Lei nº 14.047/2020 também promoveu a separação do tratamento de concessão destinada a Porto Organizado e de arrendamento portuário – se antes os elementos essenciais dos contratos de arrendamento e de concessão eram tratados nos mesmos dispositivos (arts. 4º e 5º) com o mesmo regramento, com a minirreforma passaram a ter cada qual dispositivos próprios (surtem os arts. 5º-A, 5º-B e 5º-C) com distinções que serão detalhadas a seguir.

A primeira distinção fundamental surge com a possibilidade de dispensa de licitação para a contratação de arrendamento portuário no caso em que seja demonstrada a existência de um único interessado, circunstância essa que será necessariamente demonstrada por meio da realização prévia de chamamento público (art. 5-B, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 12.815/2013). De fato, existe debate doutrinário a respeito da possibilidade de ser possível a contratação direta em sede de serviços públicos exploráveis mediante concessão¹⁸², todavia a

passando a exercer, em relação à matéria, basicamente, uma função fiscalizadora. [...] Não significa abdicar do poder de intervir, mas apenas a implementação de técnicas de regulação que empregam instrumentos próprios da atividade privada para extrair proveitos em prol do interesse público. Cessada a circunstância que faça desta técnica uma medida benéfica, o Poder Público resguarda a prerrogativa de retomar o regime de maior intervenção.”

¹⁸¹ COUTINHO, D. R.; ROCHA, J. V. da. Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, v. 272, p. 253-281, 1 nov. 2016.

¹⁸² Cf. JUSTEN FILHO, M. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 284; e, especificamente sobre o setor portuário, o mesmo autor entende que o art. 175, caput, da CF88 deve ser interpretado sistematicamente à luz do art. 37, inc. XXI, da Constituição. Cf. JUSTEN FILHO, M. O Regime Jurídico do Arrendamento Portuário. A Questão da Obrigatoriedade de Licitação. In: **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC**, São Paulo, v. 3, n. 16, p. 191-213, jan./fev. 2015, p. 191-213, p.212: “O arrendamento de bem público destinado à atividade portuária pode ser realizado sem licitação. A disciplina da Lei 12.815 prevê como regra geral a realização de licitação, mas não pode ser conferida interpretação literal ao

previsão de uma dispensa de licitação para a contratação de arrendamento portuário torna-se mais um elemento de afastamento da noção de serviços públicos mais corrente segundo a qual, de acordo com art. 175, *caput*, da CF88, estes deveriam ser realizados *sempre através de licitação* quando sob regime de concessão.

No tocante às cláusulas essenciais do contrato de arrendamento, a Lei nº 14.047/2020 promoveu alterações de suma relevância. Como mencionado, antes da minirreforma, as disposições sobre contrato de concessão portuária e de arrendamento eram tratadas em conjunto nos mesmos dispositivos. Para se ter um panorama do que foi alterado, veja-se a tabela a seguir:

Tabela 2 – Cláusulas essenciais do contrato de arrendamento antes e depois da Lei nº 14.047/2020

Redação original da Lei nº 12.815/2013	Redação dada pela Lei nº 14.047/2020
Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:	Art. 5º-C. São essenciais aos contratos de arrendamento as cláusulas relativas:
I - ao objeto, à área e ao prazo;	I - ao objeto, à área e ao prazo;
II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;	II - ao modo, à forma e às condições da exploração da instalação portuária;
III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;	
IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;	III - ao valor do contrato e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;
V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;	IV - aos investimentos de responsabilidade do contratado;
VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;	
VII - às responsabilidades das partes;	V - às responsabilidades das partes;
VIII - à reversão de bens;	
IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;	VI - aos direitos, às garantias e às obrigações do contratante e do contratado;
X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação	

art. 4.º da Lei. Aplicam-se as hipóteses de dispensa e inexigibilidade cabíveis para todas as espécies de contratos administrativos, inclusive para os arrendamentos portuários”

dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;	
XI - às garantias para adequada execução do contrato;	
XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;	VII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;
XIII - às hipóteses de extinção do contrato;	VIII - às hipóteses de extinção do contrato;
XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;	IX - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Antaq e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da defesa nacional, para efeitos de mobilização;
XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;	
XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;	X - ao acesso à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;
XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e	XI - às penalidades e sua forma de aplicação; e
XVIII - ao foro.	XII - ao foro.
§ 2º Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.	

Como se pode ver, houve uma considerável simplificação do escopo de cláusulas essenciais. Ao se analisar quais cláusulas deixaram de ser essenciais, destaca-se aquelas relacionadas a: (a) níveis de serviço; (b) direitos e deveres dos usuários; (c) tarifas; (d) bens reversíveis; e (e) necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão das atividades, modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações.

A exclusão da essencialidade dos níveis de serviços indica que o foco do arrendamento portuário enquanto contrato que estabelece direitos e obrigações não está na prestação de serviços, mas na exploração do bem público instalação portuária que é remunerada mediante o pagamento do arrendamento ao Poder Concedente. Alteração esta que se mostra coerente com a definição do arrendamento como uma concessão ou cessão onerosa de um bem público. Por outro lado, evidencia uma realidade: a ausência de regulação sobre a qualidade ou níveis de serviço relacionados à operação portuária. Embora a ANTAQ tenha iniciado um movimento de monitoramento do desempenho dos agentes portuários com vistas a produzir

análises comparativas e construir indicadores de desempenho, trata-se apenas de monitoramento e não de uma regulação intensiva que determine parâmetros obrigatórios de níveis de serviço a serem observados¹⁸³.

Ao se excluir a essencialidade de cláusula de direitos e deveres dos usuários bem como a referência a tarifas, compatibiliza-se dentro do ordenamento o que já era institucionalizado: quem presta o serviço portuário não necessariamente é o próprio terminal portuário, mas um operador pré-qualificado que pode ser um terceiro contratado e que cobra do usuário um preço privado livremente negociado. Portanto, o usuário estabelece uma relação jurídica com o operador portuário, é dizer que estabelece uma relação jurídica – privada – que, apenas em caráter accidental calha de ser com o próprio terminal onde a operação se desenvolve, se e enquanto este também for o próprio operador portuário. Vale destacar que é o operador portuário quem se responsabiliza perante o usuário por falhas na prestação do serviço tais como perdas e danos à carga (art. 26, inc. II, da Lei nº 12.815/2013)¹⁸⁴. Ao se excluir a noção de regulação tarifária do preço cobrado pelos operadores portuários, a Lei nº 12.815/2013 com as alterações promovidas pela 14.047/2020 enfatiza a aplicação de regras de direito da concorrência como a repressão de práticas prejudiciais à competição e o abuso de poder econômico (cf. art. 3º, inc. VI).

Ao se excluir a essencialidade de cláusula de bens reversíveis, reconhece-se que o arrendamento portuário não necessariamente precisa ter bens reversíveis. Deve-se ter em conta que a premissa por detrás da estipulação de bens reversíveis é o princípio da continuidade da prestação do serviço público, tanto é assim que em inúmeras obras doutrinárias os bens reversíveis são definidos em função da sua essencialidade ou afetação à prestação do serviço¹⁸⁵.

¹⁸³ Trata-se do Sistema de Desempenho Portuário (SDP) alimentado digitalmente pelos regulados, sendo o envio de dados obrigatório nos termos da Resolução 3.274/2014-ANTAQ, art. 32, inc. XL. Também por meio do Sistema de Contabilidade Regulatória Aplicável ao Setor Portuário (SICRASP), instituído por meio da Resolução 49/2021-ANTAQ, será possível o monitoramento de desempenho relacionado à estrutura de custos e investimentos.

¹⁸⁴ Também há casos em que se distingue a atuação do operador portuário e do arrendatário a propósito da responsabilidade por dano ambiental. Nesse sentido: “O fato de autora ser operadora portuária e não arrendatária do espaço portuário não a exime de responder por danos ambientais a que deu causa.” (TJSP, Apelação Cível nº 1006348-24.2016.8.26.0562, Des. Rel. Oswaldo Luiz Palu, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Foro de Santos, DJ 08/02/2018. Também tem sido atribuída ao operador portuário a responsabilidade solidária com o OGMO por débitos trabalhistas devidos a trabalhadores portuários: “[...] os operadores portuários e o OGMO respondem, solidariamente, pelo pagamento da remuneração devida ao trabalhador portuário avulso.” (TST, AIRR nº 12967520125010069, Min. Rel. João Oreste Dalazen, 4ª Turma, DEJT 27/05/2016).

¹⁸⁵ ARAGÃO, A. S. de. Op. Cit., 2017, p. 589; DI PIETRO, M. S. Z. **Parcerias na Administração Pública**, 12ª Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 108; MELLO, C. A. B. **Curso de Direito Administrativo**, 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 768; CÂMARA, J. A. Contrato de Concessão de Serviço Público. In: DI PIETRO, M. S. Z. Tratado de Direito Administrativo. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 442;

A exclusão decorre sobretudo a partir de provocações feitas pelo TCU em sede do *Relatório de Auditoria Operacional sobre Limitações dos Portos Organizados*. Na ocasião, o tribunal reconheceu características dos terminais em Portos Organizados que fazem com que a reversão de bens não funcione economicamente como a melhor alocação de recursos, pois o mais provável é que os bens revertam já em condições de obsolescência ou não necessariamente sejam aproveitáveis caso haja uma alteração no perfil de carga do terminal, um movimento que depende em boa medida de condições de mercado e de evolução tecnológica. Este relatório consignou:

“249. O instituto da reversão de bens surge no direito administrativo como corolário da continuidade da prestação de serviços públicos. Regra geral, se ao término da concessão o prestador de serviço levar consigo todos os bens que adquiriu durante a execução do contrato, possivelmente haverá a interrupção do serviço. 250. No entanto, o setor portuário é consideravelmente peculiar nesse ponto. Enquanto uma rodovia sempre irá transportar veículos automotores, e uma ferrovia, vagões e trens, uma determinada área situada no porto organizado pode, a qualquer momento, ser destinada à movimentação de outras cargas, a depender do planejamento portuário e do comportamento do mercado, e, com isso, modificar toda a conformação física do terminal.

251. Não só isso, mas a intensa incorporação de novas tecnologias e embarcações no setor portuário faz com que os bens, principalmente máquinas e equipamentos, sejam constantemente aprimorados e modificados, o que rapidamente torna obsoletos os ativos previamente adquiridos pelo terminal.

252. Dessa forma, a reversão de bens no setor portuário tende a levar a resultados contraproducentes, com a Autoridade Portuária, ao final do contrato, incorporando bens obsoletos pelos quais concedeu reequilíbrio à antiga arrendatária, ou, ainda, bens sem nenhuma utilidade.”¹⁸⁶

Ao se excluir a necessidade de uma cláusula prevendo futura alteração e expansão das atividades, modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações evidencia-se que o gatilho para realização de investimentos não deve estar na capacidade do Poder Concedente de determinar previamente no contrato o quanto deve ser movimentado pelo arrendatário no futuro nem em promover alterações unilaterais determinando novos investimentos. Embora a previsão de gatilhos de investimento vinculados a demanda esteja se tornando comum em setores marcados pelo monopólio como – p.ex., no caso das rodovias¹⁸⁷, das ferrovias e do saneamento – no setor portuário o legislador reconheceu que o terminal deve calibrar sua capacidade instalada tendo em vista suas próprias expectativas de demanda e estratégia de negócio,

¹⁸⁶ TCU, Op. Cit., 2020, p. 42.

¹⁸⁷ FREITAS, R. V. de. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, v. 15, n. 58, p. 199-239, Belo Horizonte, abr./jun 2017, p. 199-239, p. 228-229: Atualmente, tal expediente [gatilhos de investimento] vem consagrado como uma das principais diretrizes para a regulação contratual dos contratos de concessão que serão celebrados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI). É o que dispõe o art. 5º da Portaria nº 609, de 05 de outubro de 2016, do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil [...]”.

sobretudo considerando que os terminais portuários arrendados, em regra, competem entre si e competem com terminais privados¹⁸⁸.

Desse modo, substitui-se a necessidade de um acompanhamento estatal sobre a realização de investimentos durante a vida do contrato pelo mecanismo de competição: havendo demanda, o terminal arrendado possui incentivo para investir em expansão de capacidade, em modernização e em melhoria da prestação do serviço sobretudo eficiência sob pena de outro terminal arrendado ou privado investir e capturar a demanda para si. Em contrapartida, o Decreto nº 8.033/2013 foi recentemente alterado para prever a possibilidade de que o arrendatário realize novos investimentos sem necessidade de prévia autorização por parte da ANTAQ ou do Poder Concedente quando o fizer *exclusivamente às suas expensas e sem que haja recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato* (art. 42, § 9º, inserido pelo Decreto nº 10.672/2021).

Isso não significa que, pela via infralegal seja através regulação seja através da formulação dos contratos, as cláusulas mencionadas não possam ser reinseridas, mas o Poder Concedente e a ANTAQ já não estão obrigados a tratar esses assuntos como essenciais nos contratos de arrendamento e, conseqüentemente, podem elaborar contratos mais leves, por assim dizer, mais semelhantes aos contratos de adesão dos TUPs. Ora, o que todos esses assuntos, que deixaram de ser cláusulas essenciais, têm em comum é que, no ideário do direito administrativo, estão intimamente relacionadas à noção de serviço público, mais especificamente ao chamado “serviço adequado” e à remuneração mediante tarifa. É inegável o paralelo que se pode fazer entre as cláusulas excluídas e as disposições sobre o serviço adequado contida na Lei nº 8.987/95. Ao retirar a essencialidade de cláusulas que serviriam para garantir atualidade, modernização, continuidade, eficiência, obrigatórias em sede de contratos de concessão de serviço público, bem como ao se retirar a remuneração mediante tarifa, evidencia-se com mais um elemento que não foi na categoria de serviço público que o legislador ordinário quis enquadrar o arrendamento portuário.

Portanto, conclui-se que o objetivo da minirreforma em matéria de arrendamento transparece o afastamento da ideia de que o arrendamento portuário é um serviço público

¹⁸⁸ Nos termos da Exposição de Motivos Interministerial nº 12-A-SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012: “Não obstante a existência de dois regimes – um dentro do porto e outro fora dele – a exploração dos portos organizados e instalações será por conta e risco dos investidores.”

destinado a satisfazer necessidades dos usuários. A minirreforma, nesse sentido, vem reforçar o movimento incipiente já na elaboração da Lei nº 12.815/2013 que, deliberadamente, optou por não se referir em nenhum dos seus 76 dispositivos à categoria de serviço público para descrever ou regular a exploração de arrendamento portuário em Portos Organizados. Pelo contrário, houve menção à aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95 apenas aos procedimentos licitatórios (Lei nº 12.815/2013, art. 66) e, paralelamente, foi promovida alteração da Lei nº 10.233/2001, para ressalvar e resguardar a aplicação da legislação específica em matéria de outorgas (Lei nº 10.233/2001, art. 33).

Especialmente, há um afastamento da noção equivocada de que o usuário no setor portuário sofreria de qualquer grau de hipossuficiência em relação ao terminal arrendado, ou melhor, em relação ao operador portuário que lhe presta serviços, pois, em geral, os usuários dos serviços de operação portuária são grandes grupos empresariais nacionais ou multinacionais. O que a minirreforma denota é uma aproximação do contrato de arrendamento portuário com um contrato de aluguel ou com um arrendamento tipicamente industrial, em que a parte arrendatária explora o bem arrendado ou locado dentro de sua lógica empresarial privada. Questões como realização de novos investimentos para expansão, eficiência e qualidade dos serviços prestados – desde que atendidos parâmetros mínimos de segurança –, prestação dos serviços a terceiros ou apenas dentro do próprio grupo econômico seriam decididas *interna corporis* por cada titular de arrendamento, obviamente sujeitando-se à competição com outros arrendatários e terminais privados.

A desnecessidade de uma regulação estatal mais intensiva em matéria de arrendamento, conforme promovida pela Lei nº 14.047/2020, denota uma premissa subjacente: a de que a competição interporto e intraporto existente, sobretudo a competição com TUPs, foi eleita como mecanismo de produção de eficiência em matéria de preços e qualidades dos serviços no setor portuário¹⁸⁹.

¹⁸⁹ SCHWIND, R. W. Liberdade de preços nos terminais portuários: o caso dos preços *ad valorem*. In: JUSTEN FILHO, M.; e SILVA, M. A. de B. (COORD.). **Direito da Infraestrutura. Estudos de Temas Relevantes**. Belo Horizonte: Fórum: 2019, pp. 297-314, p. 310: “Num regime de flexibilidade na fixação de preços, procura-se reforçar e ampliar o âmbito de extensão das decisões de política comercial do terminal portuário, permitindo-lhe cobrar preços da forma e nos valores que ele considere mais eficazes para a ampliação dos seus lucros privados. Além disso, há uma presunção do ordenamento no sentido de que a liberdade na fixação de preços gera efeitos positivos. Trata-se por exemplo, de um importante instrumento para possibilitar a concorrência no setor portuário. Sem liberdade de preços, a concorrência no setor portuário ficaria praticamente anulada. Não teria efeito prático nenhum.”

CAPÍTULO IV. PERDA DA CAPACIDADE EXPLICATIVA DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO SOBRE O ARRENDAMENTO PORTUÁRIO

Feito o enquadramento dos elementos que constituem o regime jurídico do arrendamento portuário a partir das alterações legislativas mais recentes, torna-se propício aplicar ao regime jurídico do arrendamento portuário o conceito de serviço público definido no Capítulo I, o que será realizado neste capítulo. Para tornar a exposição a mais clara e didática possível, optou-se por um caminho analítico de tomar cada elemento constituinte do conceito de serviço público e aplicá-lo individualmente ao regime jurídico do arrendamento sob a forma de uma pergunta.

As respostas a cada pergunta decorrerão de um processo quase que de subsunção em que se verifica se o elemento do conceito de serviço público possui ressonância em algum dos elementos do regime do arrendamento portuário. O resultado das respostas a cada pergunta específica conduzirá ao fim à conclusão sobre a efetiva capacidade explicativa da noção de serviço público sobre a exploração de infraestrutura mediante arrendamento portuário.

4.1. A exploração de infraestrutura mediante arrendamento portuário pressupõe um direito fundamental?

Conforme visto no Capítulo I, um dos elementos constitutivos do conceito de serviço público de SCHIRATO é a existência de um direito fundamental dos cidadãos tutelado pela Constituição Federal que implique, em contrapartida, uma obrigação estatal não somente em sentido negativo – abstenção do Estado de turbar esse direito –, mas também em sentido positivo – um dever prestacional do Estado destinado a garantir a eficácia imediata e máxima desse direito fundamental. Nesse sentido, há uma precedência do direito fundamental em relação ao serviço público, de modo que, só pode haver serviço público, no sentido aqui empregado, se houver um direito fundamental específico que se traduza em uma necessidade a demandar atuação estatal positiva. Como a atividade prestacional exercida pelo Estado, diretamente ou indiretamente, tem por consequência que o Estado estará de alguma forma intervindo na economia, portanto, ocupando o lugar ou condicionando a atuação de empreendedores privados, haverá algum grau de limitação da livre iniciativa, também um

direito fundamental assegurado pela CF88, deve haver um juízo de proporcionalidade para aferir se a intervenção é: (i) adequada à satisfação do direito fundamental que pretende atender; (ii) necessária considerando a possibilidade de sua satisfação por outros meios; e (iii) proporcional considerando a intensidade e abrangência da prestação relativamente à necessidade¹⁹⁰.

Dentro dessa linha de pensamento, SCHIRATO busca identificar qual seria o direito fundamental a ser satisfeito pelo Estado no caso das políticas públicas destinadas ao setor de transportes, no qual se insere o subsetor portuário, encontrando-o na liberdade de locomoção¹⁹¹ inscrita no art. 5º, inc. XV, da CF88, nos seguintes termos: *é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*¹⁹². Ao detalhar o conteúdo desse direito, STEINMETZ identifica os seguintes espraamentos:

“Quanto ao âmbito normativo de proteção, o direito fundamental à liberdade de locomoção protege, *prima facie*, um feixe de faculdade ou ações da pessoa. Qualquer pessoa poderá deslocar-se (ir e vir), livremente, em tempo de paz, de um local para outro: nas fronteiras de um município (locomoção intramunicipal), de um município para outro (locomoção intermunicipal), de um Estado para outro (locomoção interestadual, incluído o Distrito Federal e os territórios federais) e de uma região para outra (locomoção inter-regional). Qualquer pessoa poderá livremente, em tempo de paz, permanecer ou fixar residência definitiva ou temporariamente, em qualquer ponto do território nacional.”¹⁹³

De outra perspectiva, o lado positivo da liberdade de locomoção implicaria por parte do Poder Público a adoção de uma série de medidas que podem ir desde a acessibilidade para pessoas com deficiência até a gratuidade para idosos¹⁹⁴. Para SCHIRATO, as prestações positivas do Estado destinadas a satisfazer a necessidade de liberdade de locomoção envolveriam os serviços públicos de transportes e os serviços públicos relacionados à infraestrutura de transportes¹⁹⁵. Este direito é visto também como um pressuposto para a efetivação de outros direitos fundamentais dos cidadãos tais como o direito de exercer uma profissão, o direito de propriedade, a própria livre iniciativa econômica, o direito de reunião, a liberdade de associação e os próprios direitos políticos como o de ir votar¹⁹⁶.

¹⁹⁰ SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 110-111.

¹⁹¹ Idem, p. 161.

¹⁹² Idem, p. 101.

¹⁹³ STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esforço de interpretação constitucional. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 21, n. 83, p. 163-176, abr./jun. 2013, p. 170.

¹⁹⁴ Idem, p. 171.

¹⁹⁵ SCHIRATO, V. R. Op. cit., 2012, p. 101.

¹⁹⁶ STEINMETZ, Wilson, Op. Cit., 2013, p. 172.

Não obstante, trazendo esse entendimento para o setor portuário, parece ser possível fazer uma série de problematizações.

Em primeiro lugar é preciso distinguir a quem se destinam as prestações positivas do Estado relacionadas à satisfação da liberdade de locomoção. Não há dúvida de que cidadãos, enquanto pessoas físicas, sejam titulares imediatos do direito à liberdade de locomoção e de que, nesse caso, exista uma certa racionalidade em o Estado prover políticas públicas de transportes que envolvam, inclusive, o modal aquaviário, onde for cabível, para satisfação desse direito. Neste caso, a pessoa física seria usuária de um serviço na qualidade de passageiro.

Mas, há um outro aspecto dos serviços portuários que são explorados no contexto de uma infraestrutura portuário: o da movimentação e armazenamento de cargas. Pode haver alguma dúvida a respeito de se pessoas jurídicas usuárias da infraestrutura portuária destinada à movimentação e à armazenagem de cargas seriam titulares de direito fundamental à liberdade de locomoção. Como bem aponta INGO WOLFGANG SARLET, embora exista um certo consenso doutrinário no sentido de que pessoas jurídicas possam ser titulares de direitos fundamentais, é certo que há também um certo consenso no sentido de que as pessoas jurídicas não são titulares de todos os direitos fundamentais das pessoas naturais, mas apenas daqueles que são compatíveis com sua natureza¹⁹⁷. Isso em vista, verifica-se que pessoas jurídicas (os efetivos usuários dos serviços de movimentação e armazenagem de cargas nos portos brasileiros) são, em última análise, entes ideais, abstratos, isto é, sem materialidade passível de locomoção.

Por outro lado, diferentemente, dos terminais de passageiros onde o que se locomove são pessoas físicas, nos terminais de cargas, mercadorias das mais diversas são locomovidas, conseqüentemente, por serem bens móveis, objetos de direito e não sujeitos de direito, pode-se chegar à conclusão de que não há um direito fundamental à liberdade de locomoção envolvido nas operações portuárias de transporte de carga. Além disso, embora a

¹⁹⁷ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 230: “Da mesma forma, recepcionada no direito constitucional brasileiro a tese de que as pessoas jurídicas, ao contrário das pessoas naturais (físicas ou singulares) não são titulares de todos os direitos, mas apenas daqueles direitos que lhes são aplicáveis por serem compatíveis com a sua natureza peculiar de pessoa jurídica, além de relacionados aos fins da pessoa jurídica, o que, todavia, há de ser verificado caso a caso. Nesse particular, também ao direito constitucional brasileiro é aplicável, segundo o entendimento aqui adotado, a lição de Jorge Miranda, no sentido da inexistência de uma equiparação entre pessoas jurídicas e naturais, visto que se trata, em verdade, de uma espécie de cláusula (no caso brasileiro, de uma cláusula implícita) de limitação, designadamente de limitação da titularidade aos direitos compatíveis com a condição de pessoa jurídica.”

exploração de infraestrutura portuária não se confunda com o transporte de cargas, vale destacar que as atividades de transporte de cargas no Brasil pelo meio rodoviário e pelo meio aquaviário são tratadas como atividades econômicas privadas. Mesmo o transporte aéreo regular de cargas, embora seja definido como serviço público pelo Código Brasileiro de Aeronáutica (arts. 174 e 175), não oferece facilidade ao enquadramento como tal, uma vez que é prestado sob uma concessão que não depende de licitação, isto é, é concedida a qualquer particular que queira explorar a atividade desde que preencha determinados requisitos e em nada se assemelha no seu conteúdo a uma típica concessão de serviço público.

Há ainda um segundo fator complicador. Os terminais de cargas arrendados representam a maioria preponderante dos arrendamentos portuários – são ao todo 144 (cento e quarenta e quatro) arrendamentos, que estão espalhados pelos 36 (trinta e seis) Portos Organizados brasileiros contra 5 (cinco) arrendamentos de terminais de passageiros¹⁹⁸. Entretanto, os usuários dos terminais de carga não são, em regra, pessoas físicas, mas empresas, isto é, os proprietários de cargas exportadores, importadores ou para cabotagem, transportadores marítimos e armadores. Muitas das empresas que demandam os serviços portuários de operadores portuários pertencem a grandes grupos empresariais multinacionais e, portanto, seria incompatível com a noção de prestação de serviço público aqui empregada que houvesse um direito fundamental por parte dessas empresas no sentido de que o Governo brasileiro teria a obrigação exigível judicialmente de garantir-lhes o acesso a terminais arrendados, especialmente em um contexto no qual há a possibilidade de exploração de portos privados.

Um terceiro problema está relacionado à existência no setor portuário de segmentos nos quais os terminais arrendados estão inseridos em cadeias logísticas verticalizadas, isto é, o terminal é titulado pela mesma empresa (ou grupo econômico) que movimenta carga própria ou opera o transporte marítimo, funcionando apenas como um centro de custos da operação logística, não prestando serviço a terceiros ou o fazendo apenas em caráter residual. A rigor, não há sequer um processo típico de faturamento/pagamento, porque a empresa que movimenta a carga é também sua proprietária. Dessa perspectiva, o “prestador” se confunde com o

¹⁹⁸ Cf. ANTAQ, Painel de Portos Públicos, <https://www.gov.br/antag/pt-br>

“usuário”¹⁹⁹. Um exemplo disso está na atividade econômica do setor de distribuição de combustíveis – *downstream* – em que é comum que as empresas que detém o maior *market share* do setor se organizam em *pools* para operar conjuntamente bases de combustíveis em áreas arrendadas nos Portos Organizados, dividindo os custos operacionais, embora cada uma mantenha sua própria política comercial e até concorram entre si²⁰⁰. Conseqüentemente, no caso dos arrendamentos inseridos em estruturas empresariais verticalizadas, o interesse na operação portuária é *prima facie* privado e, ainda que possa haver alguma utilidade, essencialidade ou interesse público na sua existência – como de fato há na distribuição de combustíveis, nos termos da Lei nº 9.847/1999, art. 1º, § 1º – não pode haver um serviço público prestado a si mesmo. Outro exemplo de segmento onde é comum haver verticalização ocorre nos terminais de contêineres que, usualmente, ou são controlados por grandes armadores internacionais ou possuem participação relevante destes em seu capital social. Aliás, segundo importante estudo promovido pela MCKINSEY e pelo TT CLUB no intuito de mapear os desafios para o mercado de transporte marítimo de contêineres até 2043, uma das alavancas de geração de valor para o setor será uma continuação e ampliação do processo de consolidação (fusão entre empresas) e de integração vertical, não só entre armadores e terminais, mas também com outras etapas da cadeia logística, considerando as eficiências que seriam obtidas com a multimodalidade e com a sincromodalidade²⁰¹. Por fim, também pode-se mencionar o segmento de granel sólido vegetal

¹⁹⁹ PRADO, L. N.; SILVA, E. L. S.; GAMELL, D. A. Modelagem Econômico-Jurídica dos Arrendamentos Portuários e Possíveis Reflexos no Mercado de Distribuição de Combustíveis. **Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário**, v. 5, n. 30, p. 192-219, 2016.

²⁰⁰ Cf. Resolução nº 784/2019-ANP.

²⁰¹ Segundo o estudo, há um certo consenso no sentido de que, dificilmente, haveria uma mudança no aspecto físico da indústria de transporte marítimo, também se imagina que os fluxos de comércio devem se tornar mais balanceados entre as regiões devido ao desenvolvimento econômico, a automação se tornará amplamente utilizada, a utilização e o processamento de bases de dados devem mudar a fonte de geração de valor na indústria especialmente considerando vantagens competitivas advindas de programações logísticas mais eficientes e, possivelmente, as empresas líderes do segmento em 2043 terão uma configuração bastante distinta da atual. A partir desses pontos de consenso, foram consideradas algumas questões-chaves como aspectos relacionados ao futuro do comércio global, especialmente políticas de comércio, industrialização asiática, mudança de hábitos de consumo, a possibilidade de maior integração vertical das cadeias logísticas e a possibilidade de *start-ups* ou grandes players de tecnologia ingressarem e ‘disromperem’ o mercado. Nesse contexto, ao lado da automação, da adoção de mecanismos de previsibilidade e monitoramento das cadeias de suprimento, da melhoria da performance ambiental e da concepção de modelos flexíveis, as principais fontes de geração de valor mais prováveis para o futuro seriam também a aquisição de maiores economias de escala com terminais e navios adaptados para um maior volume de cargas e a consolidação e integração das empresas. Cf. TT CLUB; MCKINSEY & COMPANY. **Brave new world? Container transport in 2043**, 2018. Acessível em: <https://www.ttclub.com/news-and-resources/publications/brave-new-world/>.

em que grandes grupos exportadores de grãos costumam se organizar para verticalizar suas cadeias²⁰².

Em quarto lugar, é preciso analisar se, no caso da movimentação de passageiros, o arrendamento portuário cumpre um papel de assegurar um direito fundamental de livre locomoção ou se está associado a outras necessidades humanas que, embora legítimas, não possam ser alçadas ao nível de uma garantia constitucional a ser provida pelo Estado. Para tanto, verifica-se que, atualmente, no Brasil, há apenas 5 (cinco) contratos de arrendamento portuário destinados à exploração de terminais de passageiros, conforme lista a seguir:

Tabela 3 – Lista de terminais de passageiros arrendados.

Contrato	Nome do terminal	Empresa	Local	Perfil comercial
Contrato n° 01/2001	Área 1 - Estação Hidroviária da Amazônia	Estação Hidroviária da Amazônia S.A.	Porto de Manaus	Transporte de passageiros intermunicipal e interestadual / cruzeiros marítimos / navegação de turismo fluvial / movimentação de carga geral
Contrato n° 02/2001	Área 2 – cais de uso misto	Empresa de Revitalização do Porto de Manaus S.A.	Porto de Manaus	Transporte de passageiros intermunicipal e interestadual / cruzeiros marítimos / navegação de turismo fluvial / movimentação de carga geral
Contrato n° 01/2017	Terminal Marítimo de Salvador	CONTERMAS – Arrendatária Novo Terminal Marítimo de Salvador SPE S.A.	Porto de Salvador	Cruzeiros marítimos
Contrato C-DPJUR n° 088/98	Terminal Portuário de Angra dos Reis – TPAR	TPAR – Terminal Portuário de Angra dos Reis S.A.	Porto de Angra dos Reis	Base de apoio <i>offshore</i> / cargas de projeto / carga geral / há projeto futuro de instalação de receptivo turístico de passageiros decorrente de prorrogação contratual
Contrato 022/98	Terminal Marítimo de Passageiros Giusfredo Santini	CONCAIS S.A.	Porto de Santos	Cruzeiros marítimos

Fonte: elaboração própria com dados da ANTAQ, 2021 (Painel de Portos Públicos, <https://www.gov.br/antag/pt-br>).

Desses contratos verifica-se que, no caso do Porto de Manaus, os dois arrendamentos desempenham função de transporte de passageiros no contexto de mobilidade intermunicipal e interestadual e também para recepção de cruzeiros, embora sejam utilizados

²⁰² Cf. CADE. **Mercado de Serviços Portuários**. Cadernos do CADE. Brasília: 2017, p. 73.; e CADE. **Mercado de Transporte Marítimo de Contêineres**. Cadernos do CADE. Brasília: 2018, p. 53. Ambos em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade>

para uso misto (tanto embarque e desembarque de passageiros quanto movimentação de carga geral)²⁰³. Todavia, nos casos dos terminais de Santos e de Salvador, o arrendamento portuário de terminal de passageiros tem sido destinado exclusivamente para finalidades turísticas, especialmente o atendimento a cruzeiros marítimos²⁰⁴. Já no caso do Terminal Portuário de Angra dos Reis, trata-se de um arrendamento com perfil de movimentação de carga geral e carga de projeto, funcionando também como base de apoio *offshore*, entretanto este arrendamento possui um projeto de expansão para implantação de um receptivo de passageiros destinado a explorar o potencial turístico da região que possivelmente resultará em um novo terminal de cruzeiros marítimos²⁰⁵.

Ora, na perspectiva adotada de direito fundamental de liberdade de locomoção, torna-se difícil afirmar que a satisfação de necessidades lúdicas de turismo dos cidadãos seja um direito fundamental. Pode ser até que algum autor, no uso de liberalidade teórica, chegue à conclusão de há um direito fundamental ao turismo²⁰⁶, mas partir disso para concluir que há um direito público subjetivo do cidadão de obrigar o Estado a servi-lo de um terminal de cruzeiros marítimos é algo que, pelo menos no tempo presente, não encontra qualquer respaldo na sistematização de direitos e garantias fundamentais da CF88. Portanto, a conclusão que se pode tirar da análise desses arrendamentos portuários é de que, embora em alguns casos possa existir efetivamente a prestação de um serviço público no sentido empregado nesta pesquisa, a busca de satisfação do direito fundamental à livre locomoção não é senão um aspecto acidental e não essencial da exploração desse tipo de infraestrutura pelo instrumento do arrendamento portuário.

Por outro lado, onde o direito fundamental à liberdade de locomoção parece ser de fato efetivado em matéria de infraestrutura portuária, é nas Instalações Portuárias Públicas de

²⁰³ De acordo com o Plano Mestre do porto, a cidade de Manaus não possui ligações terrestres com outros estados do país, apoiando-se em vias hidroviárias para viabilizar o transporte de cargas e passageiros intermunicipal e interestadual (SEP/PR-UFSC. **Plano Mestre do Porto de Manaus**, 2013, p. 5 e p. 258 e ss. Acessível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/planejamento-e-gestao/planos-mestres-portos>).

²⁰⁴ SPA. **Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) do Porto de Santos**, 2020, p. 100. Acessível em: https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/PDZ_BRSSZ_Julho_2020.pdf; e CODEBA. Op. Cit., 2018, p. 50.

²⁰⁵ Atualmente, instalações privadas localizadas fora do Porto Organizado de Angra dos Reis, mas integrantes do respectivo Complexo Portuário, já atendem demanda de navegação de cruzeiros marítimos com destino à região turística de Ilha Grande. Cf. MINFRA. **Plano Mestre do Complexo Portuário de Angra dos Reis**, 2019, p. 29-30. Acessível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/planejamento-e-gestao/planos-mestres-portos>).

²⁰⁶ Como p.ex. defendido no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 655/2015 que pretende inserir no Estatuto do Idoso o turismo como um direito fundamental dos idosos.

Pequeno Porte – IP4. Essas instalações localizadas fora da poligonal de Portos Organizados são destinadas à movimentação de passageiros e mercadorias exclusivamente no atendimento às embarcações empregadas em navegação interior (Lei nº 12.815/2013, art. 2º, inc. VI) e tem desempenhado papel crucial na mobilidade das populações localizadas na região da bacia amazônica, pois, em muitos casos, essas populações vivem em municípios que só tem conexão com outras localidades via transporte hidroviário²⁰⁷.

De acordo com a Lei de Portos, são instalações cuja construção e exploração deve ser precedida de outorga de autorização, ou seja, são exploradas mediante instrumento tipicamente entendido como direcionado a habilitar terceiros à exploração de atividades econômicas em sentido estrito. No âmbito de repartição de competências, coube ao DNIT a administração, diretamente ou mediante convênio de delegação, de projetos e obras de construção e ampliação, bem como a exploração das IP4 (Lei nº 10.233/2002, art. 82, incs. IV e V, com redação dada pela Lei nº 13.081/2015). Quando a exploração desse tipo de instalação se der em caráter direto pelo DNIT e por Municípios, a IP4 se sujeita apenas a registro perante a ANTAQ, nos termos da Resolução Normativa nº 13/2016-ANTAQ (art. 2º, inc. IV) e da Portaria nº 1.064/2020-MINFRA (art. 2º, parágrafo único). No caso de serem exploradas por outras entidades públicas (Municípios no exercício de sua competência constitucional para interesses locais e a respectiva administração indireta), faz-se necessária a obtenção de autorização nos termos da Resolução Normativa 20/2018-ANTAQ. Segundo dados da ANTAQ, as IP4s registradas que são exploradas pelo DNIT contabilizam um total de 45 (quarenta e cinco) instalações operacionais, todavia, segundo dados antigos e certamente desatualizados da extinta Secretaria Especial de Portos – SEP/PR, o total de IP4s chegava a 122 (cento e vinte e dois)²⁰⁸.

Tabela 4 – Lista de IP4 registradas.

Nome da IP4	Estado
-------------	--------

²⁰⁷ Segundo estudo que contempla os Municípios do Estado do Amazonas: “[...] as IP4 assumem enorme importância social dado seu posicionamento nos núcleos populacionais localizados às margens dos rios, uma vez que, do horizonte dos 38 municípios abordados nesse trabalho, 53% possuem acesso somente fluvial. Ademais, 37% dos municípios possuem aeródromos e somente 18% possuem acesso rodoviário.” (cf. FREITAS, E.; et al. Os benefícios socioeconômicos das instalações portuárias públicas de pequeno porte - IP4 nos municípios do estado do Amazonas. In: **Anais do 11º Seminário Internacional de Transporte e Desenvolvimento Hidroviário Interior**, 2019, Brasília. Disponível em: <https://proceedings.science/sobena-hidroviario-2019/papers/os-beneficios-socioeconomicos-das-instalacoes-portuarias-publicas-de-pequeno-porte---ip4-nos-municipios-do-estado-do-ama>.

²⁰⁸ Cf. Portaria Interministerial nº 24 de 11/02/2015/SEP-PR que aprovava a relação de IP4s.

Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte – IP4 – de Alvarães	AM
Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte – IP4 – de Japurá	AM
IP4 de Beruri	AM
IP4 de Boa Vista do Ramos	AM
IP4 de Borba	AM
IP4 de Canutama	AM
IP4 de Carauari	AM
IP4 de Careiro de Várzea	AM
IP4 de Coari	AM
IP4 de Codajás	AM
IP4 de Eirunepê	AM
IP4 de Fonte Boa	AM
IP4 de Guajará	AM
IP4 de Guajará-Mirim	AM
IP4 de Humaitá	AM
IP4 de Ipixuna	AM
IP4 de Iranduba	AM
IP4 de Itamarati	AM
IP4 de Itapiranga	AM
IP4 de Manacapuru	AM
IP4 de Manaquiri	AM
IP4 de Manicoré	AM
IP4 de Maués	AM
IP4 de Nhamundá	AM
IP4 de Nova Olinda	AM
IP4 de Novo Airão	AM
IP4 de Novo Aripuanã	AM
IP4 de Parintins	AM
IP4 de Santa Isabel do Rio Negro	AM
IP4 de São Paulo de Olivença	AM
IP4 de São Raimundo	AM
IP4 de São Sebastião do Uatumã	AM
IP4 de Tapauá	AM
IP4 de Tonantins	AM
IP4 de Urucará	AM
IP4 de Urucurituba	AM
IP4 de Vila Amazonia	AM
IP4 do Município de Autazes/AM	AM
IP4 do Município de Barreirinha/AM	AM
IP4 do Município de Benjamin Constant	AM
IP4 Itacoatiara	AM
IP4 Tabatinga	AM
Porto do DEER	PA

Porto de Santo Antônio (IP4 Fernando de Noronha)	PE
IP4 de Cai N' água (Porto Velho)	RO
IP4 de Caracaraí	RR

Fonte: ANTAQ, 2021 (Painel de Monitoramento de Instalações, <https://www.gov.br/antag/pt-br>).

Conclui-se desses dados um importante contraste entre a exploração de terminais de passageiros mediante arrendamento e a exploração de IP4 no que tange o atendimento ao direito fundamental de liberdade de locomoção. Enquanto os arrendamentos portuários, quando orientados ao embarque / desembarque de passageiros, têm sido utilizados sobretudo para exploração de atividade econômica turística voltada para o segmento luxo (cruzeiros), as IP4 podem ser consideradas as veiculadoras da prestação de um serviço público de disponibilização de infraestrutura essencial para o transporte aquaviário de navegação interior ou fluvial.

Consequentemente, neste aspecto central do conceito de serviço público adotado, mostra-se prejudicada a capacidade explicativa do conceito de serviço público ao ser aplicado à exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento. Com isso, não se quer desprestigiar a necessidade de satisfação de um direito fundamental como obrigação do Estado mediante prestações positivas, quando for o caso, mas apenas identificar corretamente se o arrendamento portuário está atado a essa finalidade ou se consiste em um instrumento para outras finalidades eleitas pelo ordenamento jurídico como plenamente legítimas. Desse modo, sem prejuízo da satisfação do direito fundamental à liberdade de locomoção por outros meios, como p.ex. através das IP4, a exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento não se prestaria à qualidade de serviço público, mas a uma atividade econômica em sentido estrito de notória relevância pública, inclusive, por essa razão integrante do ferramental da política pública portuária definida na Lei nº 12.815/2013.

4.2. O princípio da universalização se aplica ao arrendamento portuário?

Outro elemento do conceito de serviço público aqui adotado diz respeito ao regime jurídico específico ao qual está subordinado. Trata-se da submissão ao princípio da universalização do serviço entendido como o dever de “levar o serviço prestado para a maior quantidade de pessoas possível dentro de um determinado território”²⁰⁹. Sendo assim surgiria a

²⁰⁹ SCHIRATO, Vitor Rhein, Op. Cit., p. 242.

necessidade de formular uma política pública que articulasse fatores variados de ordem geográfica, populacional, relacionados ao nível das tarifas e à qualidade dos serviços.

Segundo SCHIRATO, a razão pela qual a universalização é entendida como elemento essencial do regime jurídico específico dos serviços públicos está ligada à ideia de centralidade dos direitos fundamentais como fontes de um lado do direito subjetivo dos cidadãos à prestação do serviço público na qualidade de credores e do outro lado da obrigação do Estado de prestá-lo na qualidade de sujeito passivo da obrigação. Nesse sentido, explica o autor:

“Analisando-se o direito brasileiro, tem-se que o dever de universalização provém, em primeiro lugar, da vinculação dos serviços públicos aos direitos fundamentais. Como já dito, os direitos fundamentais têm um titular (cidadão) e um destinatário (Estado), de tal forma que a satisfação de um determinado direito fundamental deve alcançar a todos os seus titulares, visto que esses todos são credores da relação jurídica obrigacional contida na criação de um direito fundamental. Ao vincular os serviços públicos aos direitos fundamentais, damos conta de que a prestação de referidos serviços deve alcançar tantos cidadãos (titulares do direito fundamental) quanto seja possível, conforme as peculiaridades do serviço. Isso é inerente à existência de um direito fundamental a ser satisfeito.”²¹⁰

Todavia, como foi visto no item 4.1, não há um direito fundamental subjacente à exploração de infraestrutura portuária mediante o instrumento específico do arrendamento portuário, em resumo pelas seguintes razões:

- (i) partindo da premissa de que o direito fundamental associado à exploração de infraestrutura portuária seria supostamente a liberdade de locomoção e da premissa de que os usuários majoritários dos serviços de operação portuária são pessoas jurídicas, deve-se recordar que a atribuição de titularidade de direitos fundamentais a pessoas jurídicas faz-se naquilo que for compatível com sua natureza, de modo que torna-se difícil vislumbrar que esse direito seria aplicável a entes abstratos que, por natureza, não se locomovem, uma vez que o que é locomovido são cargas – bens móveis objetos de direito e não seus titulares;
- (ii) os usuários de terminais de carga arrendados são, em regra, pessoas jurídicas envolvidas no comércio internacional de mercadorias ou no trânsito de mercadorias via cabotagem e navegação interior. Muitas dessas empresas pertencem a grupos multinacionais sediados no exterior de modo que seria incompatível com a noção de prestação de serviço público a existência de um direito fundamental dessas

²¹⁰ Idem, 2012, p. 243.

empresas de sindicado do Governo brasileiro a obrigação de prestar serviços de movimentação portuária;

- (iii) com frequência os titulares de terminais portuários arrendados são os próprios usuários, pois pertencem a empresas ou grupos econômicos que operam em cadeias logísticas verticalizadas, de modo que os serviços de operação portuária se tornam um autosserviço e, portanto, descaracterizam a noção de prestação de serviço público, neste caso, descaracterizam especialmente a ideia de que haveria qualquer dever de universalização por parte de arrendatários que integram cadeias verticalizadas, pois isso significaria, necessariamente, beneficiar a concorrência;
- (iv) os terminais de passageiros arrendados, notavelmente minoritários em relação aos de carga, em geral, são orientados ao segmento luxo para atendimento de navegação de cruzeiros marítimos, enquanto a função de integração e mobilidade de pessoas como serviço essencial e promotor do desenvolvimento e acesso a localidades mais remotas, conectadas apenas ou principalmente por hidrovias, é exercida por IP4, instalações registradas sob administração do DNIT.

Desse modo, entende-se que fica prejudicada a atribuição do princípio da universalidade quando considerada a atividade de exploração de terminais arrendados em Portos Organizados. Uma vez afastada a causa de incidência do princípio (direito fundamental subjacente), afasta-se, conseqüentemente, a incidência do princípio e denota-se por mais uma razão a perda de capacidade explicativa do conceito de serviço público sobre a atividade de exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento.

Não obstante, apenas para efeitos de argumentação, supondo que por outra razão ou sob outro conceito de serviço público – p.ex. o conceito tradicional de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²¹¹ – houvesse a necessidade de considerar a aplicabilidade do princípio da universalização sobre a exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento.

²¹¹ MELLO, C. A. B. de. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 81: “Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.”

Como em SCHIRATO, é comum encontrar manifestações doutrinárias no sentido de que o princípio da universalização dos serviços seria nuclear e aplicável a todos os serviços públicos, ainda que o conceito de serviço público seja diverso²¹². De fato, parece bastante natural que a universalização do serviço público seja um princípio integrante do regime jurídico de serviços públicos tais como fornecimento de energia elétrica, saneamento básico e telecomunicações, pois estão intimamente ligados a necessidades hoje consideradas essenciais e necessárias para assegurar um patamar mínimo de dignidade à pessoa humana²¹³. Tanto é assim que esse princípio aparece espelhado nos respectivos marcos legais (em energia elétrica v. art. 3º, inc. XII, da Lei nº 9.427/96; em saneamento básico v. art. 2º, inc. I, da Lei nº 11.445/2011; e em telecomunicações v. art. 79 e ss. da Lei nº 9.472/99).

Todavia, por que esse mesmo tipo de previsão legal não ocorre em marcos legais que disciplinam a prestação de outros supostos serviços públicos tais como os tradicionalmente relacionados aos setores de logística de cargas? Teria sido descuido do legislador? Por que não há uma menção à universalização em serviços públicos, assim definidos mediante lei, p.ex. nos casos de concessão de estações aduaneiras e de terminais alfandegados, nos casos de concessão para exploração de barragens, eclusas e demais dispositivos de transposição hidroviária de níveis (Lei nº 9.074/95, art. 1º, inc. V e VI), para a concessão de ferrovias de carga (Lei nº 10.233/2001 e Medida Provisória 1.065/2021) e para a concessão de Portos Organizados ou de arrendamentos portuários?

Aparentemente, parece faltar a esses outros serviços e infraestruturas algo que existe no saneamento, nas telecomunicações e no fornecimento de energia. Embora não seja o

²¹² MOTTA, P. R. F. **Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 150: “Em síntese, o princípio da universalidade dos serviços públicos, dentro de uma interpretação sistemática e principiológica, defluiu da confluência de outros tantos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, como os da democracia, legalidade, da dignidade da pessoa humana, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da segurança das relações jurídicas, etc. Resulta, portanto, a universalização material dos serviços públicos, ser princípio constitucional implícito perante o nosso ordenamento. Mais, também porque, por mais que se procure, não se encontrará na Constituição norma que se oponha à universalização material dos serviços públicos. Pelo contrário, todas as construções levam à mesma conclusão.”

²¹³ SUNDFELD, C. A. Introdução às Agências Reguladoras. In: **Direito Administrativo Econômico**. SUNDFELD, C. A. (COORD.). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-38, p. 34: “Nos serviços estatais há ainda outra questão vital: a dos usuários e dos excluídos. É claro que o Banco Central deve preocupar-se com os interesses dos pequenos clientes do sistema financeiro, mas é intuitivo que nesse terreno o tema da defesa do consumidor não é tão agudo quanto nos transportes coletivos. Daí essa fundamental missão das agências que cuidam dos serviços com milhões de usuários: proteger os consumidores. Todavia, especialmente no Brasil, os “sem-serviço” ainda são o nó principal: há milhões de pessoas sem telefone, energia ou saneamento. Universalizar serviços básicos continua sendo um de nossos maiores desafios. Por isso, é preciso impor metas de expansão às prestadoras, no interesse dos excluídos, além de controlar a qualidade e as cobranças, no interesse do consumidor”.

objeto da presente pesquisa investigar qual seria esse elemento diferenciador, sugere-se a título de provocação que pode estar relacionado a quantas vezes o cidadão comum os demanda. Em geral, ferrovias, eclusas, portos e aduanas ou são necessidades do próprio Estado (como é o caso do controle sobre entrada e saída de mercadorias no caso de estações aduaneiras e terminais aduaneiros) ou são serviços utilizados por pessoas jurídicas em contexto de exercício de atividades econômicas privadas que demandam montantes elevados de capital (empresas do ramo da mineração no caso de ferrovias de cargas, transportadores marítimos multinacionais no caso de terminais portuários arrendados etc.).

Por outro lado, no caso do setor portuário, carece de racionalidade imaginar que cada cidade banhada por águas navegáveis deveria ter um porto, pois trata-se de uma necessidade que simplesmente não existe e que, possivelmente, levaria à perda das economias de escala que tornam viáveis o empreendimento portuário. Um porto de cargas depende de um volume de demanda alto e economias de escala para se viabilizar. Nem todas as localidades citadinas no litoral possuem demanda ou possuem o volume de demanda necessário. Além disso as relações porto-cidade costumam ocasionar problemas de congestionamento e poluição. Ter um porto de cargas em uma cidade pode ser mais um problema do que uma vantagem. Desse modo, pode ser muito mais interessante para um município ter acesso a um porto localizado em outro município do que possuir seu próprio porto.

O porto pode ser instrumento de indução de desenvolvimento em uma determinada localidade, mas deve estar sempre associado à existência de uma demanda que lhe garanta viabilidade econômica. Embora exista uma diretriz de política pública que estabeleça a “expansão, modernização e otimização” da infraestrutura portuária (art. 3º, inc. I, da Lei nº 12.815/2013), teoricamente uma suposta universalização do atendimento de serviços portuários a uma dada região – sua hiterlândia ou zona de influência – se dá não exatamente pela criação de novos portos, mas pela integração, conexão e capilaridade dos acessos dentro do continente através de portos secos, criação de centros logísticos e desenvolvimento de uma rede de acessos terrestres ou hidroviários, bem como através da diminuição dos custos logísticos de acesso ao porto, tornando-o, inclusive, preferível a outros portos em um contexto de competição interporto. O pensamento existente sobre esta matéria está relacionado sobretudo ao

entendimento dos fatores que são capazes de fazer com que o porto gere valor estratégico no contexto de promover o desenvolvimento e a competitividade da economia de um país²¹⁴.

Nesse passo, parece caber uma crítica. Os elementos envolvidos na tomada de decisão sobre implantação de infraestruturas logísticas passam longe da ideia principiológica, exclusivamente jurídica, de universalização, ou pelo menos passam longe da tradição jurídica de pensamento em torno do princípio da universalização, de modo que, em matéria de portos, assim como em outros setores logísticos, parece ser um equívoco substituir o pensamento baseado na logística e na economia pelo pensamento principiológico dos juristas. Embora seja mais simples manobrar conceitos abstratos de conteúdo indeterminado, esse hábito no meio jurídico pode ter levado a uma desatenção grave à realidade concreta e, mais grave ainda - porque é o campo dos juristas -, a uma desatenção ao próprio direito positivo²¹⁵. No caso da disciplina jurídica dos arrendamentos portuários, o princípio da universalização sequer é referenciado pela legislação e, como foi visto, deduzir sua aplicabilidade a partir de um conceito teórico de serviço público enfrenta dificuldades práticas.

4.3. O princípio da continuidade se aplica ao arrendamento portuário?

Segundo SCHIRATO, outro elemento constituinte do regime jurídico dos serviços públicos é o princípio da continuidade, isto é, o dever de manter ininterrupta a prestação dos serviços. Este dever de continuidade não deve ser tomado em caráter absoluto, podendo variar em função do grau de essencialidade do serviço, bem como não enseja uma vedação total a interrupções, p.ex., podendo-se admitir estas em situações de caso fortuito, força maior,

²¹⁴ Cf. BOSCH, F. A. J. van den; HOLLEN, R. M. A.; VOLBERDA, H. W. How ports create strategic value for their country. In: GEERLINGS, H.; KUIPERS, B.; ZUIDWIJK, R. (COORD.). **Ports and Networks. Strategies, Operations and Perspectives**. London: Routledge, 2018, p. 38-53: "Strategic connectivity has been defined as the set of interorganisational relationships within and between ports, and between ports and inland logistic and/or industrial centres, that enable the organisations involved to strengthen their sustainable international competitiveness (see, for instance, Hollen, 2015, and Van Den Bosch and Hollen, 2015). In order for this competitiveness to be truly sustainable, all the organisations involved should benefit from these relationships by appropriating part of the accrued value. These organisations may include firms, port authorities, knowledge institutions, governments and other types of organisations, and comprise different kinds of cooperation (strategic alliances, joint ventures, etc.) focused on strategic renewal and specialisation. The more ports are externally connected in these ways, the harder it is to be 'replaced' by an alternative port and, as such, the higher the strategic value of these ports for their country will be(come). Strategic connectivity may, for example, enable unique access and utilisation of high-quality knowledge, supplier or customer networks in another port."

²¹⁵ Fenômeno bem-humoradamente retratado em SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo para Céticos**, 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 197.

interrupções técnicas e inadimplemento do usuário²¹⁶. Para o autor, o dever de continuidade enquanto elemento constitutivo do regime jurídico dos serviços públicos, assim como o dever de universalização, também deflui de haver um direito fundamental a ser satisfeito por meio da prestação do serviço público. Do contrário, caso haja uma descontinuidade, o direito fundamental restará desatendido integralmente ou parcialmente. Nas palavras do autor:

“[...] ao ter sido constituído um determinado direito fundamental a ser satisfeito por meio da prestação de um serviço público, não há como se cogitar de uma prestação que não seja contínua, eis que isso importaria em insatisfação ou satisfação parcial e pontual de um direito fundamental, o que é inadmissível.”²¹⁷

Não obstante, como foi demonstrado no item 4.1, existem obstáculos à identificação de um direito fundamental subjacente à exploração de infraestrutura mediante arrendamento portuário que não podem ser ignorados. Desse modo, a aplicabilidade do princípio da continuidade ficaria prejudicada no caso do arrendamento portuário ao menos pela via da pré-existência de um direito fundamental que deva ser satisfeito. Contudo, isso não significa que a questão atinente à continuidade não possa ser estudada no presente caso por outras vias, tendo em vista que a Resolução Normativa nº 07/2016-ANTAQ plasmou a continuidade como um dos aspectos do “serviço adequado” afeto à operação portuária (art. 2º, inc. XXII)²¹⁸ e que, no âmbito do transporte marítimo – embora este seja indisputadamente reconhecido como uma atividade econômica em sentido estrito –, a Agência Reguladora também tenha adotado o referido princípio²¹⁹.

²¹⁶ SCHIRATO, V. R. Op. Cit., 2012, p. 251.

²¹⁷ Idem, p. 252.

²¹⁸ Resolução Normativa nº 07/2016-ANTAQ:

Art. 2º Para efeitos desta Norma, consideram-se:

[...]

XXII – serviço adequado: serviço afeto a operação portuária que satisfaz as condições de regularidade, pontualidade, continuidade, eficiência, conforto, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas e preços, e atende aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço, conforme dispuser o contrato e a regulamentação vigentes;

²¹⁹ Cf. Resolução Normativa nº 18/2017-ANTAQ:

Art. 3º Os transportadores marítimos de longo curso e cabotagem e os agentes intermediários devem observar permanentemente, no que couber, as seguintes condições para a prestação do serviço adequado:

[...]

II - continuidade, por meio da manutenção e da não cessação definitiva ou paralisação temporária da prestação do serviço na navegação autorizada por mais de 90 (noventa) dias contínuos ou, no caso de pessoa jurídica que esteja enquadrada como microempresa – ME ou empresa de pequeno porte – EPP, assim definidas no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, por mais de 180 (cento e oitenta) dias contínuos, em ambos os casos, ressalvada a aceitação pela ANTAQ de justificativa devidamente comprovada;

Ao se analisar a minirreforma do setor portuário promovida recentemente pela Lei nº 14.047/2020, verifica-se que foi inserida na Lei nº 7.783/89 – Lei de Greve – a previsão de *atividades portuárias* na relação de serviços e atividades essenciais (cf. art. 10, inc. XV) ao lado de inúmeras outras tais como: *tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; assistência médica e hospitalar; distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; funerários; transporte coletivo; captação e tratamento de esgoto e lixo; telecomunicações; guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; processamento de dados ligados a serviços essenciais*, etc. Essa inovação no âmbito legal cria, portanto, um questionamento: haveria o princípio da continuidade no setor portuário, ainda que no contexto de exploração de uma atividade que não seja classificada como serviço público?

Como se sabe, a Lei de Greve destina-se a regulamentar o direito constitucional dos trabalhadores a suspender de forma coletiva, organizada, pacífica e temporária a prestação de serviços ao empregador (idem, arts. 1º e 2º) de modo que o que está sendo disciplinado ao se prever a atividade portuária como uma atividade de cunho essencial é uma limitação ao direito de greve dos trabalhadores. Em princípio, a motivação para limitar o direito de greve dos trabalhadores está relacionada à essencialidade das atividades e, portanto, à necessidade de continuidade dessas atividades. Todavia, não parece que a essencialidade seja igual para todas as atividades arroladas no art. 10º da Lei de Greve, isto é, há na lista de certas atividades que são mais essenciais que outras e que são essenciais em sentidos e por fundamentos diversos²²⁰.

Neste ponto, verifica-se que a lista de atividades e serviços contida no art. 10 da Lei nº 7.783/89 não se destina apenas a atividades consideradas serviços públicos, mas também a atividades consensualmente tidas como atividades econômicas em sentido estrito, como bem observa RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA²²¹. Os serviços públicos tidos como essenciais

²²⁰, OLIVEIRA, C. R. A greve nos serviços essenciais no Brasil. In: **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 38, n. 146, p. 235-266, abr./jun. 2012, p. 245: “Apesar da existência de marco legal, alguns pontos são controversos e merecem reflexão mais apurada, como é o caso da definição conceitual de atividade essencial: a lei foi silente e a deixou a encargo da doutrina. Temos um rol de atividades definido, porém poucos são os parâmetros para que entendamos qual o intuito do legislador; em tese, algumas atividades ali poderiam estar, e outras, talvez, não necessariamente ali deveriam ser incluídas.”

²²¹ OLIVEIRA, R. C. R. O Princípio da Continuidade do Serviço Público no Direito Administrativo Contemporâneo. In: **Revista Síntese de Direito Administrativo – RSDA**, nº 100, abril/2014, p. 2-19: “Realmente, os princípios que norteiam as atividades administrativas extrapolam, por vezes, os limites físicos do Estado, sendo aplicáveis, também, às atividades privadas de caráter social. [...] Cite-se, ainda, a compensação bancária, a comercialização de medicamentos, entre outras atividades privadas, consideradas “atividades essenciais”, razão pela qual os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante

tais como assistência médica hospitalar e saneamento básico são assim considerados porque estão intimamente ligados ao direito fundamental à vida e os demais direitos dele decorrentes, como o direito à saúde. Trata-se de algo diferente do fundamento para considerar a essencialidade de compensações bancárias.

No caso das atividades portuárias, a essencialidade parece estar muito mais relacionada aos potenciais prejuízos econômicos que poderiam advir para a economia nacional em caso de sua interrupção, considerando que se tornou corrente afirmar que os portos nacionais respondem por cerca de 95% do comércio exterior brasileiro, representando 14,2% do PIB brasileiro. Nesse sentido, a essencialidade no caso significa uma proteção sobretudo para o setor exportador, uma vez que os portos brasileiros mais representativos (públicos ou privados) estão vocacionados à exportação de mercadorias.

Há certamente inúmeras diferenciações que podem ser feitas caso a caso, de modo que é sempre problemático utilizar grandes categorias gerais ou adjetivações para descrever um setor tão variado e complexo como o portuário. Apenas para dar uma noção, os terminais portuários, públicos ou privados, podem se destinar a movimentação de cargas muito distintas, obviamente com importâncias distintas do ponto de vista dos interesses coletivos, e podem deter parcelas igualmente distintas dos mercados a que pertencem. Há inúmeros fatores, portanto, que podem levar a considerar que uma operação é essencial e, portanto, deve se manter contínua. Por exemplo, a interrupção de operações em um terminal de granel líquido combustível que detenha cerca de 20% da capacidade de armazenagem de diesel e gasolina na Região Norte pode significar uma verdadeira crise de desabastecimento com inúmeros prejuízos sociais e econômicos. Porém, a interrupção de operações em um pequeno terminal de combustíveis que responda por 0,05% do combustível da região, certamente seria vista com bons olhos por terminais próximos que veriam nisso uma oportunidade de absorver a demanda e diminuir parte da ociosidade de sua capacidade instalada. Outro exemplo: se um terminal de malte e cevada localizado no Rio de Janeiro que abasteça a indústria cervejeira local deixar de operar por problemas no alfandegamento ou no licenciamento ambiental do Porto Organizado – causa totalmente alheia à gestão do arrendatário –, muito provavelmente, as indústrias

a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, na forma dos arts. 10 e 11 da Lei nº 7.783/1989. Em síntese, é possível perceber que o princípio da continuidade significa a permanência da atividade, pública ou privada, de relevância social, indispensável à garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais.”

cervejeiras terão que movimentar malte através de portos mais distantes, talvez Paranaguá ou Vitória, encarecendo a operação e, possivelmente, aumentando o custo do produto final – mas seria difícil defender, ao menos do ponto de vista dos direitos fundamentais, que exista alguma essencialidade no suprimento de matéria prima da indústria cervejeira.

Nesse contexto, é perfeitamente possível que as atividades portuárias tenham sido previstas como essenciais na Lei de Greve, sem, contudo, implicar que se esteja tutelando um direito fundamental e, portanto, um serviço público. No caso das atividades portuárias verificasse-se que, a Lei nº 14.047/2020, seguindo a linha de afastamento do ideário de serviço público como comentado anteriormente, teve, inclusive, o cuidado terminológico de, ao alterar a Lei de Greve, utilizar a expressão ‘atividade’ ao invés de ‘serviço’ para se referir aos serviços portuários, sob pena de dar a entender que fosse um serviço público²²².

Além disso, cabe lembrar que: (i) o texto normativo, ao se referir às atividades portuárias, não fez distinção à ocorrência destas em portos e instalações públicas ou privadas; e (ii) os trabalhadores envolvidos na atividade portuária são empregados na operação portuária. Ou seja, são empregados no exercício de uma atividade econômica em sentido estrito que, nos terminais privados autorizados, é disciplinada pelo próprio titular da autorização, e que, nos Portos Organizados, são empregados contratados por operadores portuários, em regra, pré-qualificados perante a Autoridade Portuária e sujeitos ao monopólio de registro e fornecimento de mão-de-obra de um OGMO.

Ou seja, no que se refere a inclusão das atividades portuárias como essenciais na Lei nº 7.783/89, pode ser que, diante de uma possível ameaça de os trabalhadores portuários sindicalizados cruzarem os braços em plena pandemia, a alteração legal promovida pela Lei nº 14.047/2020 represente apenas uma vitória do ‘capital’ sobre o ‘trabalho’ no sentido de limitar o movimento paredista dos portuários – historicamente mais organizados que outros segmentos trabalhistas. Portanto, não prejudica as conclusões até aqui alcançadas sobre a ausência de um direito fundamental subjacente à exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento. E, se de alguma forma o princípio da continuidade se aplica aos arrendamentos portuários, não deflui de haver ali um serviço público, mas uma atividade econômica em sentido estrito

²²² Veja-se o texto legal da Lei 7.783/89 após a alteração:
Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:
[...]
XV - atividades portuárias. (Incluído pela Lei nº 14.047, de 2020)

considerada essencial, como muitas outras, mas por razões específicas, principalmente relacionadas à preservação da economia nacional.

Assim sendo, também no aspecto continuidade, mostra-se que há uma perda de capacidade explicativa do conceito de serviço público quando aplicado sobre o arrendamento portuário o que, por exclusão, leva à classificação como atividade econômica em sentido estrito.

4.4. O princípio da modicidade tarifária se aplica ao arrendamento portuário?

O princípio da modicidade tarifária, como foi visto no Capítulo I, consiste no dever de o Estado garantir que os usuários paguem o menor valor possível pela prestação do serviço. Segundo SCHIRATO, trata-se de uma derivação lógica do princípio da universalização do serviço público, pois, para que o maior número possível de usuários tenha acesso ao serviço, o valor cobrado a título de prestação tem que ser o menor valor possível. Não obstante, este princípio deve ser ponderado com uma série de fatores, especialmente, com a viabilização econômica da prestação, o que implica a cobertura dos custos envolvidos e o retorno razoável do investidor²²³.

Seguindo a linha de pensamento adotada até aqui, a resposta a respeito da aplicabilidade do princípio da modicidade ao arrendamento portuário seria negativa, pois, não havendo um direito fundamental subjacente à exploração de infraestrutura mediante arrendamento portuário, faleceria o fundamento para a aplicabilidade do princípio da universalização e, não se aplicando o princípio da universalização, faleceria conseqüentemente a aplicabilidade da modicidade tarifária, ao menos seguindo a lógica proposta por SCHIRATO. Todavia, essa resposta seria por demais simplista e não seria hábil para enfrentar o disposto no art. 3º, inc. II, da Lei nº 12.815/2013 que estabelece como uma das diretrizes da política pública portuária *a garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor*.

Nesse contexto, é preciso reconhecer que há, por imposição do direito positivo, na forma de uma diretriz de política pública, uma modicidade que deve ser buscada nos preços e tarifas do setor portuário. Porém, isso não significa que a resposta acima esteja equivocada, mas estará apenas incompleta. A razão disso é que, como se pode ver, a modicidade nos preços cobrados em função das operações portuárias realizadas em infraestrutura arrendada nos Portos

²²³ Op. Cit., 2012, p. 261.

Organizados não pode decorrer de uma construção teórica na qual se identifica um direito fundamental que, por sua vez, enseja uma série de raciocínios lógicos até desembocar no dever de modicidade. A modicidade no setor portuário decorre de um mandamento legal, por assim dizer, infraconstitucional.

Mas, se não há um direito fundamental por detrás da modicidade na exploração de arrendamento portuário, por que a lei haveria de plasmar essa diretriz? Antes de buscar uma resposta a essa questão, vale destacar que a modicidade prevista no art. 3º, inc. II, da Lei nº 12.815/2013, não deve ser estudada em bloco para todo o setor portuário sem considerar os traços específicos das atividades existentes no setor, pois, como foi visto no Capítulo III, há uma pluralidade considerável de regimes jurídicos de exploração de infraestrutura portuária. Desse modo, sem adentrar em uma possível justificação da modicidade para todos os regimes existentes – pois isso implicaria uma fuga do objeto da pesquisa – vale considerar que, p.ex., na exploração de IP4 na bacia amazônica parece cabível a ideia de modicidade com base no direito fundamental à liberdade de locomoção dos cidadãos, pois está se tratando de integração regional, acesso a localidades distantes e atendimento a populações com poder aquisitivo sensivelmente menor do que em outras regiões do país. Situação, portanto, totalmente diferente dos terminais de carga e de cruzeiro arrendados à iniciativa privada.

Feita essa consideração preliminar, pode-se responder à questão colocada para o regime dos arrendamentos. Buscando sondar a racionalidade por detrás da modicidade no setor portuário, enquanto diretriz de política pública, uma possibilidade bastante factível é lê-la através das lentes do que dispõe o *caput* do próprio art. 3º da Lei nº 12.815/2013. A elaboração de uma política pública necessariamente envolve o estabelecimento de um certo número de objetivos a serem alcançados e, diante da pluralidade de alternativas para alcançá-los, envolve também a seleção de um certo número de diretrizes que funcionarão como guias para orientar a direção das ações a serem implementadas, tudo com o fim último de atingir os objetivos²²⁴. Com o setor portuário não é diferente, de modo que a resposta para o porquê da diretriz de modicidade – em não havendo um direito fundamental subjacente – encontra-se na direção em que aponta, isto é, o objetivo da política pública portuária, que conforme inscrito no *caput* do art. 3º, consiste no *objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País*.

²²⁴ Cf. BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de informação legislativa**, v. 34 n. 133, p.89-98, jan./mar. 1997, p. 91-96.

Ou seja, estabelecer a modicidade dos preços cobrados nas operações portuárias realizadas nos terminais arrendados é, em última análise, uma das muitas formas de garantir a competitividade e promover o desenvolvimento do País. Em matéria de competitividade, essa diretriz parece ter sido pensada principalmente do ponto de vista do usuário exportador de *commodities*, pois reduzir o custo logístico – dentro do qual os preços com armazenagem, movimentação e embarque de carga são apenas uma rubrica – pode significar uma precificação do produto brasileiro mais competitiva do que a de produtos de outros países no mercado internacional. O mercado de *commodities* é conhecido por ser altamente competitivo, com preços definidos pela lei da oferta e da demanda a nível global, operando com produtos fungíveis, usualmente de baixo valor agregado, onde os aspectos de qualidade e procedência não costumam ser relevantes. Por essas características, a margem de lucro das empresas que operam nesse segmento costuma ser muito baixa, de modo que grandes economias de escala são necessárias para viabilizar o negócio e variações ainda que pequenas no custo tornam-se fatores determinantes de vantagem competitiva. Nesse sentido, o aumento de poucos reais por tonelada no custo de produtores de *commodities* pode implicar em perda de competitividade dos produtos brasileiros com reflexos negativos para a balança comercial do País.

Estabelecido o fundamento da modicidade para os preços cobrados em operações portuárias nos terminais arrendados, cabe agora entender como essa diretriz seria aplicada concretamente, especialmente considerando o regime de liberdade de preços.

Neste ponto, é preciso discordar do entendimento manifestado por OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JÚNIOR e por MAICON RODRIGUES. Estes, partindo de uma assim denominada teoria geral dos serviços públicos, defendem a tese de que o valor cobrado por terminais arrendados de usuários possui natureza jurídica de tarifa e, portanto, só poderiam ser modificados ou reajustados mediante um ato homologatório da Agência Reguladora no contexto de uma regulação econômica que levasse em consideração os custos e a justa remuneração do serviço. Desse modo, procuram fazer crer que a variação positiva no preço cobrado por operadores portuários de usuários em nível acima de índices inflacionários significaria uma abusividade de preços e, conseqüentemente, uma violação ao princípio da modicidade tarifária²²⁵. Esse entendimento, contudo, ignora três premissas fundamentais do

²²⁵ CASTRO JÚNIOR, O. A. de; RODRIGUES, M. **Direito Portuário. Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência**. Florianópolis: Conceito, 2019, p. 197-198: “Destaca-se que o serviço prestado pelo arrendatário é um serviço público, logo, deve ser remunerado por tarifa paga pelo usuário, com previsão legal no ordenamento

marco legal do setor portuário: (i) a deliberada utilização da terminologia ‘preço’ na Lei nº 12.815/2013 para se referir ao valor cobrado pela operação portuária; (ii) o serviço portuário propriamente dito é prestado ao usuário pelo operador portuário em regime de direito privado – podendo este ser o próprio arrendatário, mas não necessariamente – mediante livre negociação dos preços, cf. art. 21 da Resolução Normativa 07/2016-ANTAQ; e (iii) a existência de acirrada competição entre terminais arrendados e entre estes e TUPs a partir da edição da Lei nº 12.815/2013.

Desse modo, sem prejuízo de tudo que foi afirmado até aqui, cabe fazer uma consideração preliminar sobre a origem e a função da modicidade tarifária nos serviços públicos de modo a contextualizar a conclusão a que se irá chegar.

A concepção tradicional de modicidade tarifária está associada a um contexto de serviços públicos cujo mercado possui estrutura de monopólio natural. Como se sabe, os monopólios naturais são marcados por economias de escala e de escopo (baixo custo marginal) e de altos custos afundados (*sunk costs*) em um nível que termina levando a que uma única firma consiga prestar o serviço a um custo menor do que se houvesse mais de um prestador; existe, portanto, uma barreira de entrada natural que impede a competição²²⁶. Detendo todo o mercado, o monopolista tem poder para definir quantidades de serviço prestado abaixo do nível de produção que seria considerado eficiente (equilíbrio entre oferta e demanda) e, portanto, pode estipular preços mais elevados dos usuários. Assim, surge um poderoso incentivo para maximização dos lucros em prejuízo do bem-estar, em sentido econômico, do usuário²²⁷. Esse efeito da configuração do monopólio natural é tradicionalmente referido na literatura econômica como sendo uma falha de mercado, pois resulta em uma alocação não eficiente de recursos.

Nesse contexto, surge a regulação econômica do preço ou tarifa como forma de corrigir essa falha de mercado. Esse tipo de regulação consiste em determinar o valor da tarifa

jurídico quanto ao conceito de tarifa no serviço público. Aliás, a política tarifária tem fundamental constitucional. [...] A prática abusiva de preços livres já resultou em prejuízos ao usuário, sendo repudiada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, ao ser intitulada de “cheque em branco” em processo relatado pelo desembargador Silvio Arruda Beltrão, cuja ementa será adiante transcrita. [...] Assim, a prestação paga pelo serviço público portuário prestado por arrendatário tem natureza jurídica de tarifa, portanto, deve observar, para fins de reajuste: (i) o índice do contrato de arrendamento; (ii) ser homologado e fiscalizado pela Antaq”.

²²⁶ Cf. MANKIWI, G. **Principles of Microeconomics**, 7th Ed. Stanford: Cengage Learning, 2015, p. 328.

²²⁷ Cf. VARIAN, H. R. **Intermediate Microeconomics**, 8th Ed. New York: W.W. Norton & Company, 2010, p. 440.

a ser cobrada pelo monopolista, havendo duas abordagens tradicionais, a regulação discricionária (*discretionary regulation*) e a regulação por contrato (*regulation by contract*). Na regulação discricionária, o valor inicial da tarifa a ser praticado é determinado em função de uma série de dados de entrada (*inputs*) do modelo econômico-financeiro tais como quantidade (demanda), volume de investimentos (*CAPEX*), custos operacionais (*OPEX*), taxa interna de retorno (TIR), depreciação e tributação. Isso em vista, o papel do regulador em garantir a modicidade dependerá de uma série de *trade-offs*, uma vez que a modicidade significa uma receita total menor. Exemplos de *trade-offs* podem ser encontrados no dilema de: (i) ter mais modicidade ou mais universalização, pois esta requereria um maior volume de investimentos em expansão; (ii) ter mais modicidade ou mais qualidade do serviço, pois esta requereria custos operacionais mais elevados; ou (iii) ter menos modicidade ou ter que adotar subsídios estatais para garanti-la. Na regulação por contrato, em princípio, o valor da tarifa seria decidido em leilão / licitação mediante a adoção do critério do menor valor da tarifa, assim a modicidade tarifária seria assegurada pela competição pelo mercado (*competition for the market*), supondo que o leilão fosse realmente competitivo. Todavia, definir um leilão com base na menor tarifa também tem os seus *trade-offs*, pois há um risco de seleção adversa que pode implicar, no longo prazo, menor qualidade nos serviços, incapacidade de expansão e, até mesmo, a falência da incumbente caso ocorram choques de demanda ou aumento dos custos que não possam ensejar reequilíbrio econômico-financeiro. Esses *trade-offs* enfrentados na modelagem de um projeto de infraestrutura tornam a tomada de decisão sobre a modicidade mais complexa do que a perspectiva exclusivamente jurídica de SCHIRATO na qual a modicidade é uma simples consequência lógica do princípio da universalização. Da perspectiva econômico-financeira, modicidade e universalização podem ser opostas²²⁸.

Portanto, como se vê, quando se trata de uma prestação de serviço público baseada em monopólio natural, isto é, em que a prestação, na prática, é exercida com exclusividade por uma única empresa, a observância do princípio da modicidade tarifária depende de uma decisão estatal que está na base da fixação da tarifa. Mas essa situação muda na medida em que se passa de um monopólio natural para uma estrutura de mercado com múltiplos agentes competindo

²²⁸ Uma descrição de cada uma das abordagens de regulação de monopólios naturais pode ser encontrada em: PRADO, Lucas Navarro; GAMELL, Denis Austin. Regulação Econômica de Infraestrutura e Equilíbrio Econômico-Financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. In: MOREIRA, Egon Bockmann (coord.). **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**, 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 251-269.

entre si. Quando a competição surge dentro do mercado de prestação de um determinado serviço público, em princípio, deixa de ser necessária a regulação econômica das tarifas, porque estas podem se sujeitar ao mecanismo de oferta e demanda. Isso significa que, quanto mais eficiente for o mercado, a tarifa cobrada pelos diversos prestadores tende a se igualar ao custo marginal do serviço e, portanto, o usuário estaria pagando a menor tarifa possível pela prestação do serviço, maximizando seu 'bem-estar'.

Desse modo, feita a devida distinção entre a tarifa, enquanto remuneração devida pela prestação de um serviço público, e o preço, enquanto remuneração devida pela realização de uma atividade econômica em sentido estrito, conclui-se que o mecanismo de promoção da modicidade no preço cobrado pelas operações portuárias realizadas nos terminais arrendados não repousa em uma decisão estatal de fixação de preços *ex ante*, mas no mecanismo de livre flutuação de preços pela oferta e demanda em um mercado aberto à competição intraporto e interporto, inclusive considerando a competição com os TUPs. Simplesmente, a modicidade dos preços nas operações em terminais arrendados é assegurada pela livre concorrência e pela livre iniciativa. Assim, uma vez que os preços são livres e fazem parte do próprio mecanismo que induz à modicidade, resta ao Estado o papel de garantir a modicidade através da defesa da concorrência. Ao fim e ao cabo, trata-se de uma demonstração de que não é preciso haver um serviço público para que haja modicidade.

4.5. O arrendamento portuário possui natureza jurídica de concessão ou subconcessão de serviço público?

Há ainda um último aspecto a ser analisado a respeito do enquadramento da exploração de infraestrutura portuária como serviço público. Este aspecto diz respeito à natureza do arrendamento portuário enquanto concessão ou subconcessão de serviço público. Como apontado no Capítulo I, SCHIRATO entende que a prestação de serviço público pode ocorrer diretamente pelo Estado ou indiretamente através de concessão, subconcessão e permissão, possuindo estes três últimos natureza contratual. Essa relação estrita de meios pelos quais os serviços públicos podem ser prestados decorreria do disposto no art. 175, *caput*, da CF88.

Nesse contexto, SCHIRATO defende a tese de que o contrato de arrendamento portuário é, em última análise, uma espécie de subconcessão imprópria de serviço público, adotando para tanto os argumentos que foram esposados por FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO e de FÁBIO BARBALHO LEITE. Para estes autores, o contrato de arrendamento seria ao mesmo tempo uma concessão de uso de bem público e uma concessão de serviço público, entretanto, como o arrendamento portuário estaria inserido no contexto de uma concessão de serviço público de um objeto maior (o Porto Organizado), seria por assim dizer uma espécie de subconcessão, pois o arrendamento tem por objeto apenas uma instalação integrante do conjunto que forma o Porto Organizado²²⁹.

Para concluir que a exploração portuária seria um serviço público e que, portanto, o contrato de arrendamento portuário teria natureza de uma subconcessão, esses autores partem de uma série de argumentos que serão analisados a seguir. O primeiro argumento consiste na conhecida e bastante divulgada interpretação do art. 21, inc. XII, da CF88 segundo a qual as atividades discriminadas nesse dispositivo seriam serviços públicos quando fossem exploradas mediante ‘concessão’ e ‘permissão’. Essa interpretação subentende que, ao se referir a ‘concessão’ e ‘permissão’ o art. 21, inc. XII, estaria se referindo a mesma ‘concessão’ e ‘permissão’ referida no *caput* do art. 175 da CF88 como sendo os regimes de prestação indireta de serviços públicos sob os quais o Poder Público teria a incumbência de execução. Portanto, estando a exploração de portos prevista na alínea ‘f’ do art. 21, inc. XII, esta seria um serviço público²³⁰. Do contrário, dentro da lógica dessa interpretação, o contrato de arrendamento não caberia dentro da Constituição e seria, portanto, inconstitucional.

O segundo argumento consiste em identificar que, embora o art. 21, inc. XII, alínea ‘f’ se refira apenas à exploração de porto, isto é, infraestrutura, não mencionando o aspecto serviço, o aspecto serviço estaria pressuposto, pois a utilização da infraestrutura portuária envolveria necessariamente a prestação de serviços (movimentação e armazenagem de mercadorias e embarque e desembarque de passageiros). Isto é dizer, o contrato de

²²⁹ cf. Op. Cit., 2003.

²³⁰ MARQUES NETO, F. de A.; LEITE, F. B, *idem*. Exemplos dessa interpretação podem ser identificados em MEDAUAR, O. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, julho 1992; e MEDAUAR, O. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, S. S. D.; GRAU, E. R. (COORD.) **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

arrendamento seria concomitantemente uma concessão de bem público e uma concessão de serviço público²³¹. Como bem aponta Floriano:

“Fosse o arrendamento uma mera concessão de uso de bem público ou ainda um contrato regido estritamente pelo direito civil, a exploração dos serviços pelo particular e a percepção dos frutos decorrentes desse serviço não seriam obrigação, mas sim mera faculdade oferecida ao arrendatário. Caberia a ele escolher como melhor aproveitar-se da exploração do bem que lhe fora concedido.”²³²

O terceiro argumento identifica nas obrigações assumidas por arrendatários nos contratos de arrendamento as mesmas obrigações que assumem via de regra as concessionárias em contratos de concessão de serviço público, quais sejam: padrões de qualidade dos serviços, metas de serviço, direitos e deveres dos usuários, responsabilidade pela inexecução ou execução deficiente e reversibilidade de bens ao Poder Concedente, inclusive mencionando que os bens reversíveis reverteriam na forma da lei geral que viesse a regulamentar as concessões de serviço público (que viria a ser a Lei nº 8.987/95)²³³.

O quarto argumento vem na forma de um reforçador histórico em que se afirma que “os portos sempre foram explorados por regime de concessões, o que deixa claro que as relações estabelecidas com os particulares, no que concerne à exploração do porto, sempre foram ditadas por um viés nitidamente publicista.”²³⁴

Embora os autores tenham escrito sob a vigência do marco legal anterior (Lei nº 8.630/93), foi possível identificar que, em trabalhos mais recentes, pelo menos MARQUES NETO manteve sua posição após a edição da Lei nº 12.815/2013²³⁵ no que têm sido seguido por outros doutrinadores que esposaram praticamente os mesmos argumentos. Alguns doutrinadores até chegaram a reconhecer o esforço de alteração promovido pelo legislador infraconstitucional na elaboração da Lei nº 12.815/2013 no sentido de afastar a ideia de serviço público e de concessão / subconcessão de serviço público da exploração de infraestrutura portuária, mas concluíram

²³¹ MARQUES NETO, F. de A. Op. Cit., 2015, p. 230.

²³² MARQUES NETO, F. de A.; LEITE, F. B. Op. Cit, 2003, p. 279.

²³³ Idem, p. 275-276.

²³⁴ Idem, p. 278.

²³⁵ Segundo MARQUES NETO: “Apesar das mudanças legislativas, sigo entendendo que o arrendamento portuário mais se aproxima de uma figura especial de subconcessão do que do instituto jurídico de mesmo nome existente no direito privado. O caráter de subconcessão fica ainda mais claro quando cotejamos a definição legal de concessão portuária com a de arrendamento portuário, pois ambas são definidas como “cessão”, mas a primeira é a cessão do todo (porto organizado), enquanto a segunda é a “cessão” da parte: “infraestruturas públicas localizadas dentro do porto organizado” (Op. Cit., 2015, p. 231).

que, apesar da tentativa, o legislador ordinário não foi capaz de lograr êxito. Vale destacar o que escreveram a respeito GROTTI e LIMA:

“Em seus dispositivos a norma mais recente utiliza o termo “arrendamento de bem público”, sendo esta última expressão indicadora de um possível intento de desvinculá-lo da transferência da exploração de serviço público portuário e assemelhá-lo ao uso de bem público. A mera mudança de nomenclatura, entretanto, não tem a força de modificar o regime inerente ao arrendamento.”²³⁶

E também PEREIRA e SCHWIND:

“Em diversas passagens, a Lei nº 12.815 substitui a expressão “serviço” por “atividade”, bem como tenta separar os conceitos de “concessão” (de um porto como um todo) de “arrendamento” (de instalações portuárias específicas).

Essa mudança de nomenclatura é insuficiente para eliminar o conceito de serviço público portuário assegurado pela Constituição Federal ou para descaracterizar a atuação dos terminais arrendados no porto organizado como prestadores de serviço público. Isso deriva da distribuição constitucional de competências.

Porém, é inegável que a Lei nº 12.815/2013 tentou afastar-se da noção de serviço público portuário ao eliminar qualquer alusão a terminais de uso público ou privativo – ou seja, não mais definindo os terminais a partir de sua destinação ou missão, mas de sua localização e titularidade da área em que são instalados. Pode-se supor que haverá interpretação, equivocada em face dos arts. 22, inc. XII, alínea ‘f’, e 175 da Constituição Federal, no sentido de que a Lei nº 12.815 extinguiu o serviço público portuário. As decorrências dessa interpretação (inconstitucional) seriam de alcance gigantesco, especialmente em face da estrutura consolidada hoje existente no setor portuário brasileiro.”²³⁷

Todavia, como conceber que a lei tenha dentro de si buscado uma determinada finalidade, mas que a interpretação a ser dada à mesma não seja coerente com a *mens legis*? É certo que houve mudanças relevantes entre o arrendamento portuário tal como previsto na Lei nº 8.630/93 e o arrendamento portuário tal como previsto na Lei nº 12.815/2013, sendo que esta última, como de fato constatam PEREIRA e SCHWIND, foi de afastar a figura do arrendamento do ideário e, principalmente, do regime da concessão de serviço público. Mais do que isso, ao eliminar o requisito de movimentação de carga própria dos TUPs, a Lei nº 12.815/2013 instaurava uma competição franca e aberta entre terminais públicos arrendados e terminais privados, de modo que precisava também compensar a assimetria regulatória instaurada por meio de uma flexibilização do regime jurídico dos arrendamentos, sob pena de criar uma desvantagem concorrencial prejudicial aos Portos Organizados. Não obstante, as mudanças promovidas no arrendamento portuário para “desenquadrá-lo” da noção de serviço público não foram aceitas pela doutrina nem pela prática institucional. Foi nesse contexto que surgiu, como foi visto no Capítulo III, a minirreforma setorial promovida pela Lei nº 14.047/2020. Faz-se necessário, portanto, avaliar se, diante da disciplina jurídica atual do arrendamento portuário

²³⁶ GROTTI, D. A. M.; LIMA, C. M. M. A. Op. Cit., 2020, p. 169-185, p. 177.

²³⁷ PEREIRA, C., SCHWIND, R. W. Op. Cit., 2020, p. 31-63, p. 45-46.

(pós-minirreforma), ainda existe alguma racionalidade em se manter a posição doutrinária anterior sobre considerá-lo uma espécie de subconcessão de serviço público.

4.5.1. *Desenquadramento das atividades do art. 21, inc. XII, da CF88 como serviços públicos*

A interpretação corrente na doutrina, como se viu, parte da premissa de que o art. 21, inc. XII, ao utilizar as expressões ‘concessão’ e ‘permissão’, estaria se referindo à ‘concessão’ e à ‘permissão’ de serviços públicos referida no *caput* do art. 175 da CF88 como sendo os regimes de prestação indireta de serviços públicos. Portanto, qualquer uma das atividades passíveis de exploração mediante ‘concessão’ e ‘permissão’ previstas no art. 21, inc. XII, seriam serviços públicos. Todavia, essa interpretação, ainda que plausível em um primeiro momento, padece de uma fragilidade quando se amplia o olhar sobre a Constituição como um todo e se constata que a utilização dos termos ‘concessão’ e ‘permissão’ não seguiu uma lógica pré-estabelecida, isto é, não possui uma padronização que permita concluir por haver uma unidade semântica no uso das expressões. Nesse sentido, verifica-se que a CF88 se refere ao termo ‘concessão’ em sentidos que se distanciam da ideia de serviço público, como por exemplo ocorre nas concessões para exploração minerária (art. 174, § 4º, e 176, § 1º), nas concessões de terras públicas (art. 50, inc. XVII, e art. 188, § 1º); o mesmo acontece com relação à ‘permissão’, à exemplo das permissões para produção, comercialização e utilização de radioisótopos (art. 21, inc. XXIII, ‘b’ e ‘c’). Desse modo, é oponível à interpretação tradicional do art. 21, inc. XII, c/c art. 175, *caput*, a verificação da existência de múltiplos significados dentro da própria CF88 para os termos “concessão” e “permissão”, bem como a inexistência textual de vinculação direta entre o art. 21, incs. XI e XII e o art. 175.

Embora, como é evidente, este entendimento não seja majoritário, pode ser encontrada uma manifestação importante e bastante recente de EGON MOREIRA BOCKMANN ao se debruçar sobre a relação do art. 175 com o art. 21 da CF88:

“Todavia – e para esta parte do nosso estudo a constatação é de suma importância – a expressão [serviço público] não é usada pelo texto constitucional ao se referir aos serviços de telecomunicações; radiodifusão sonora e de sons e imagens; de instalação de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos d’água; navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário; transporte rodoviário; e portos marítimos, fluviais. Em momento algum o art. 21 da Constituição qualificou tais empreendimentos econômicos como “serviço público” (nada obstante, reitere-se, ter se valido da expressão por mais de 30 vezes ao longo do texto normativo).

Essa escolha do Constituinte não pode ser deixada de lado pelo intérprete, que está proibido de carregar a qualificação jurídico-normativa das atividades disciplinadas pelo art. 175 (que só se refere a concessões e permissões) a todas aquelas prescritas no art. 21 (ou em qualquer outro dispositivo constitucional). A Lei Fundamental afastou tal qualificação. Excluiu a noção de serviço público das normas que não se submetam à(s) lei(s) especial(is) demandada(s) pelo art. 175. O intérprete pode até “achar” que seria “bom”, “tradicional” ou “natural” que os serviços do art. 21 fossem, todos e de modo irrestrito, qualificados de “públicos”. Mas não é isso o que a norma constitucional prescreve – e, em sede de aplicação normativa, deve imperar a Constituição.

Em suma, só a prestação direta, concessionária ou permissionária estará no setor de serviços públicos. Apenas e tão somente estas três modalidades, ao serem especificadas em lei. Ou seja, o que qualificará a atividade nessa condição será a norma infraconstitucional, eis que a Constituição Econômica atribui a escolha ao legislador ordinário (ao demandar “lei especial” no art. 175, em combinação com o art. 22 e o 24). Essa configuração de competência legal é expressa do texto e há de ser respeitada. Se a lei especial do setor portuário – ou telecomunicações ou ferrovias, tanto faz – consignar que se trata de serviços públicos, sob o regime concessionário, assim será. Mas, se não o fizer – ou se prescrever que a exploração dos bens e serviços cometidos aos Poderes Públicos dar-se-á por meio de autorizações (ou sob outra forma negocial criada em lei), não incidirá o art. 175 (nem haverá “serviços públicos” a ser prestados).²³⁸

Uma das consequências diretas dessa interpretação resulta em que as atividades previstas no art. 21, inc. XII, não são intrinsecamente serviços públicos quando se utilizam de instrumentos concessórios ou permissórios de sua exploração. Pode até ser que a ‘concessão’ ou ‘permissão’ seja adjetivada como de serviço público no âmbito infraconstitucional, todavia isso não será uma obrigação decorrente da essência da ‘concessão’ ou ‘permissão’ mencionada pela CF88, mas um elemento acidental do seu disciplinamento jurídico na ordem infraconstitucional. Mais do que isso, essa interpretação implica no reconhecimento de que ‘concessão’ e ‘permissão’ no âmbito da CF88 são conceitos jurídicos indeterminados e que, diante de sua indeterminação, cabe ao legislador infraconstitucional, por meio de lei ordinária, a decisão pelo seu preenchimento, detalhamento e determinação. Nesse sentido, cabe ao legislador infraconstitucional definir quando uma determinada atividade será um serviço público – e, portanto, explorado indiretamente mediante concessão ou permissão de serviço público. Também cabe ao legislador infraconstitucional definir quando determinada atividade será explorada em regime de atividade econômica em sentido estrito, ainda que mediante títulos como arrendamento, cessão de uso, concessão de uso de bem público, locação ou qualquer outro instrumento jurídico que pretenda criar.

Esse papel do legislador infraconstitucional na especificação e densificação do regime atribuível a determinadas atividades foi, p.ex., o papel desempenhado pela Lei nº 9.074/95 que elegeu o regime jurídico de concessão e permissão de serviço público da Lei nº

²³⁸ MOREIRA, E. B. O art. 175 da Constituição: a lógica econômica da prestação de serviços públicos. In: NUSDEO, F. (Coord.). **Ordem Econômica Constitucional**, Ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

8.987/95 como o regime aplicável às atividades de exploração de rodovias federais, obras e serviços de barragens, contenções, eclusas, dispositivos de transposição hidroviária de níveis, diques, projetos de irrigação, estações aduaneiras e também dos serviços postais (Lei nº 9.074/95, art. 1º, incs. IV, V, VI e VII).

Mas esse mesmo papel foi o desempenhado pelo legislador infraconstitucional quando, na edição da Lei nº 12.815/2013, quis definir o arrendamento portuária com verdadeiro cuidado terminológico na fórmula de *cessão onerosa de área e infraestrutura públicas localizadas dentro do Porto Organizado para exploração por prazo determinado* (v. art. 2º, inc. XI) e referindo-se ao mesmo como *arrendamento de bem público* (art. 1º, § 1º), além da utilização das expressões “atividade” para referir-se aos serviços portuários e nunca a adjetivando de “serviço público”. Ou seja, como bem constataram CÉSAR PEREIRA e RAFAEL SCHWIND, com intuito de afastar a exploração de infraestrutura portuária da noção de serviço público. Todavia, na interpretação aqui demonstrada a respeito do conteúdo do art. 21, inc. XII, ‘f’, da CF88, as opções do legislador na elaboração da Lei nº 12.815/2013 não podem ser ignoradas simplesmente. Não se pode interpretar a lei contra o seu espírito nem contra a vontade do legislador, principalmente tendo em vista que a finalidade pretendida com a lei é coerente com o ordenamento constitucional. Na lição de BLACK:

“O objeto de toda interpretação e construção das leis é determinar o sentido e a intenção do legislador, a fim de que possam ser aplicadas. Esse sentido e intenção devem ser buscados, antes de tudo, na redação do próprio diploma legislativo. Isso porque se deve presumir que os meios utilizados pelo legislador para expressar a sua vontade são adequados ao seu propósito e expressam-se corretamente.”²³⁹

Portanto, dessa perspectiva, a Lei nº 12.815/2013 logrou êxito na finalidade de afastar o ideário do arrendamento portuário como uma outorga de serviço público, resultando na caracterização da exploração de instalação portuária localizada em Porto Organizado como uma atividade econômica em sentido estrito.

²³⁹ BLACK, H. C. General principles of statutory construction. Trad. de DAL POZZO, A. N. et. al. In: **Revista de Direito Administrativo e de Infraestrutura**, v. 2, n. 6, p. 293-340, jul./set. 2018.

4.5.2. Desvinculação entre serviços portuários e exploração de infraestrutura portuária promovida pela Lei nº 12.815/2013

O segundo argumento correntemente utilizado para a caracterização do arrendamento portuário como um contrato de concessão de serviço público decorre de uma suposta vinculação da exploração da infraestrutura portuária com a prestação de serviços portuários. Isto é, de que a exploração da infraestrutura portuária pressupõe necessariamente a prestação dos serviços portuários, enquanto uma obrigação, de modo que o arrendamento portuário seria ao mesmo tempo uma concessão de bem público e uma concessão de serviço público (especificamente, uma subconcessão pela razão de ter por objeto o terminal portuário enquanto uma parte do todo concedível que é o Porto Organizado).

Este segundo argumento, contudo, deixa de ter fundamento na medida em que o suposto serviço que seria prestado pelo explorador da infraestrutura portuária não foi qualificado como serviço público pelo legislador ordinário, conforme concluído no item 4.5.1 acima. Desse modo, ainda que o contrato de arrendamento portuário incluísse a prestação de serviços como parte de seu objeto e obrigação contratual, este contrato não seria um contrato de concessão de serviço público. Entretanto, vale aprofundar a questão por meio de um entendimento mais apurado sobre a relação entre a exploração de atividade portuária e a exploração da infraestrutura portuária.

Segundo o que foi constatado no item 3.4, há uma separação clara entre a exploração da infraestrutura portuária e a prestação de serviços portuários (operação portuária), conforme disciplinado pela Lei nº 12.815/2013. A operação portuária em si, isto é, a movimentação e armazenagem de mercadorias e o embarque / desembarque de passageiros foi tratada como atividade econômica em sentido estrito que se realiza mediante contratos de direito privado livremente negociados entre os usuários e os operadores portuários, não se estabelecendo nenhuma relação entre estes e o Poder Concedente do arrendamento portuário. Os operadores portuários, por sua vez, são empresas privadas que se pré-qualificam perante a respectiva Autoridade Portuária para prestar esses serviços, não existindo uma obrigatoriedade de que o operador portuário seja o próprio titular do contrato de arrendamento. A entrada no mercado de operadores portuários é livre, pois depende apenas da obtenção de certificado de pré-qualificação perante a Autoridade Portuária pela via de um processo que não envolve

licitação nem restrição de número de competidores, mas o atendimento a determinados requisitos estabelecidos previamente e de forma vinculante tais como a demonstração de capacidade técnica e a contratação de seguro de responsabilidade²⁴⁰. Desse modo, qualquer empresa que preencha os requisitos previstos no regulamento poderá se pré-qualificar como operador portuário, o que seria impensável em sede de uma atividade qualificada como serviço público lastreada no art. 175 da CF88. Além disso, sendo o operador portuário a parte que celebra contrato com o usuário – em alguns casos, o operador é o próprio usuário movimentando carga própria – é também o operador portuário quem se responsabiliza por eventuais danos causados às cargas (Lei nº 12.815/2013, art. 26, inc. II).

Dentro desse cenário de coisas, os arrendatários podem se pré-qualificar para prestar diretamente os serviços de operação portuária aos usuários, mas podem contratar livremente terceiros pré-qualificados para exercerem essa atividade mediante contratos regidos pelo direito privado (art. 21, da Resolução Normativa 07/2016-ANTAQ). Por conseguinte, o arrendatário (firma A) pode decidir permanecer como explorador de um bem público (terminal portuário) enquanto a atividade portuária em si é prestada por um operador portuário pré-qualificado (firma B) distinto do arrendatário, sem que se estabeleça entre o arrendatário e o usuário uma relação sequer de responsabilidade por eventuais danos causados à carga e sem que se estabeleça entre o operador portuário e o Poder Concedente uma relação. Assim sendo, a obtenção de pré-qualificação como operador portuário e o seu exercício pelo arrendatário é um aspecto accidental, não necessário, da exploração de terminal arrendado. Consequentemente, não se pode querer qualificar o contrato de arrendamento portuário como um contrato de prestação de serviço sob pena de tomar pela essência do negócio jurídico algo que, em última análise, figura como um aspecto accidental.

Não se quer negar, portanto, que a exploração de infraestrutura portuária pressupõe o desempenho de um serviço portuário. Obviamente, só existe infraestrutura portuária, porque há operação portuária. E, certamente, só são arrendadas instalações portuárias no intuito de que o arrendatário promova de alguma forma a operação portuária. Todavia, a disciplina legal da matéria fez uma separação jurídico-institucional entre uma coisa e outra, separação esta que não pode ser ignorada. Decorre dessa separação ou desvinculação, como se preferir, a racionalidade de definir de um lado o arrendamento portuário como arrendamento de bem

²⁴⁰ Cf. Portaria nº 111/2013-SEP.

público ou cessão onerosa de infraestrutura portuária e de outro lado criar um regramento próprio para a operação portuária. Apenas para efeito didático, *mutatis mutandis*, pode-se estabelecer um paralelo com o modelo *open access* no setor ferroviário; neste modelo, há uma separação jurídico-institucional entre a atividade de disponibilização e manutenção da infraestrutura exercida por um incumbente e o transporte de cargas (operação ferroviária propriamente) através de um Operador Ferroviário Independente (OFI).

Nesse contexto, ignorando a separação jurídico-institucional implementada pela legislação, se levadas às últimas consequências a ideia de que a operação portuária seria um serviço público nos moldes do art. 175 da CF88, conforme sustentado pelos autores retromencionados, a Lei nº 12.815/2013 padeceria de inconstitucionalidade categórica, pois, como foi dito: (i) o acesso à operação portuária não depende de licitação e está franqueado a todos quantos preencham os requisitos regulamentares; e (ii) sequer há um contrato de concessão ou permissão entre o operador portuário e a União. Por absurdo, a repercussão de um tal entendimento, se fosse possível levá-lo adiante, seria a de um alucinado pandemônio no setor portuário, uma vez que, sendo inconstitucional o lastro legal, os certificados de pré-qualificação de operadores sem terminal seriam nulos de pleno direito e, portanto, até que fossem realizadas licitações para operadores portuários em número suficiente para absorver a demanda deixada por estes, cargas em todo território nacional teriam seu transporte paralisado.

4.5.3. Eliminação da essencialidade de cláusulas típicas de contratos de concessão nos arrendamentos portuários

O terceiro argumento utilizado pelos defensores de que o contrato de arrendamento seria um contrato de concessão de serviço público consiste na identificação de que aquele possui as mesmas obrigações assumidas por concessionárias de serviço público, uma vez que o regramento legal dos portos estabelece em termos semelhantes aos das concessões de serviço público cláusulas essenciais sobre temas como padrões de qualidade dos serviços, metas de serviço, direitos e deveres dos usuários, responsabilidade pela inexecução ou execução deficiente e reversibilidade de bens ao Poder Concedente.

No entanto, a minirreforma setorial efetivada pela Lei nº 14.047/2020 alterou profundamente essas disposições consoante o que foi abordado no item 3.4. acima. Em resumo

do que foi lá tratado, perderam o *status* de cláusulas essenciais as relacionadas a: (a) níveis de serviço; (b) direitos e deveres dos usuários; (c) tarifas; (d) bens reversíveis; e (e) necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão das atividades, modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações. Assim, o Poder Concedente e a ANTAQ não estão mais obrigados a inseri-las nos contratos de arrendamento, podendo se observar que o que estas cláusulas têm em comum é que são exatamente as cláusulas associadas à noção de prestação do serviço público “adequado” contida na Lei nº 8.987/95. Deixando de existir identidade material entre o conteúdo do contrato de arrendamento portuário e o conteúdo do contrato de concessão de serviço público, deixa de existir o fundamento do argumento para caracterizar o contrato de arrendamento como de concessão de serviço público. Consequentemente, o contrato de arrendamento pode assumir sem impedimentos sua natureza de contrato administrativo de cessão de um bem público através do qual o Poder Público coloca à disposição de um particular uma área ou instalação localizada dentro de um Porto Organizado no intuito de que haja a exploração de uma atividade econômica em sentido estrito específica que goza de especial relevância como ferramenta jurídica de participação da iniciativa privada para o atingimento do objetivo do aumento da competitividade e do desenvolvimento do País no contexto da política pública portuária (Lei nº 12.815/2013, art. 3º, *caput*).

4.5.4. Histórico do regime jurídico da exploração portuária contradiz o suposto caráter publicista da exploração

Por fim, o quarto argumento utilizado para caracterizar o contrato de arrendamento como um contrato de concessão de serviço público decorre de um entendimento do histórico normativo do setor portuário segundo o qual seria natural a caracterização do arrendamento como serviço público, porque os portos sempre teriam sido explorados mediante regime de concessão, portanto com um viés publicístico.

Contudo, a análise empreendida no âmbito Capítulo II demonstra que esse argumento não é coerente com a evolução histórica do setor portuário. Como foi visto, o surgimento das concessões portuárias durante o Império através do Decreto do Poder Legislativo nº 1.746/1869 teve por inspiração o modelo inglês de *self-supporting* e se deu em um contexto no qual os juristas brasileiros estavam muito longe de associarem o instrumento concessório à noção moderna de serviço público que, na época, sequer havia sido concebida na

própria França. Os doutrinadores do período, com destaque para RUI BARBOSA, se valiam de vasta doutrina civilista para compreender o instituto da concessão e solucionar os conflitos de interesse decorrentes. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA por essa época afirmava categoricamente que os contratos entre União e concessionária eram regidos pelo direito privado e que as partes estavam em pé de igualdade. Além disso, não havia nesse período um monopólio estatal pressuposto na legislação. Portanto, até onde se pôde analisar a questão, durante este período, o viés com o qual era encarada a exploração portuária era um viés privatístico, ao contrário do que foi argumentado por MARQUES NETO e BARBALHO LEITE.

A noção de serviço público associada às concessões e, no caso do setor portuário, à concessão dos Portos Organizados surgiria durante a Era Vargas com alterações legislativas que instauraram o monopólio dos Porto Organizados sobre as respectivas hinterlândias por meio do Decreto nº 24.599/1934. Entretanto, pouco tempo depois, esse monopólio seria flexibilizado e seria iniciado um movimento de assunção pelo Estado da execução de atividades econômicas por meio de empresas estatais e, no setor portuário, especialmente surgem diversas Companhias Docas subsidiárias da estatal Portobrás.

É nesse período que, diante da necessidade de atrair novos investimentos por meio de negócios com a iniciativa privada, o Decreto-Lei nº 05/1966 trouxe a figura do arrendamento e da locação portuários destinados à exploração de áreas e terminais localizados dentro dos Portos Organizados e permitiu a criação de terminais de uso privativo. Como foi visto, dado o regime jurídico da época, muitos dos contratos de arrendamento e locação eram celebrados sem concorrência pública e não possuíam cláusulas típicas de contratos de concessão. Até mesmo a disciplina dos bens instalados ao término do contrato, quando houvesse, não era tratada com a terminologia de bens reversíveis, mas adotando-se o instituto das benfeitorias utilizado no Código Civil a propósito de contratos de locação. Esses contratos em muitas ocasiões eram celebrados entre as Autoridades Portuárias mediante escritura pública registrada em cartórios civis. Não havia, portanto, uma noção publicística, mas a utilização de uma legislação de direito privado. Some-se a isso o ideário existente à época de que os contratos celebrados pelas empresas estatais estavam sujeitos ao direito privado.

Assim, mostra-se equivocada a noção de que a exploração portuária sempre se deu sob um manto publicístico e, por decorrência, não há um amparo histórico para afirmar que o arrendamento portuário sempre foi instrumento de prestação de serviço público.

CONCLUSÃO

No âmbito desta pesquisa, foi possível avaliar o momento no qual surgiu a noção tradicional de que a exploração de infraestrutura portuária seria um serviço público, bem como testar a capacidade explicativa do conceito de serviço público de VITOR RHEIN SCHIRATO sobre a exploração de infraestrutura mediante arrendamento portuário.

Na primeira etapa da pesquisa, verificou-se que a resposta não poderia ser tão óbvia como a simples identificação do momento em que surgiu a noção de que a exploração de infraestrutura portuária seria um serviço público, pois desde muito cedo a legislação brasileira contemplou mais de um regime de exploração de infraestrutura portuária. Desde a abertura dos portos às nações amigas no início do Séc. XIX, instalações de atracação rudimentares, os trapiches, eram explorados mediante títulos de arrendamento e de aforamento de terrenos de marinha e submetidos na sua exploração ao direito comercial. Na segunda metade do Séc. XIX, antes mesmo do surgimento das modernas teorias sobre os serviços públicos, surgem as primeiras concessões portuárias baseadas no modelo inglês. Dá-se por volta da década de 30 o enquadramento dos contratos de concessão em geral, incluindo os portuários, como de serviço público e, a partir disso, a aplicabilidade de uma série de poderes exorbitantes da Administração a esses contratos, desde que assegurado o equilíbrio econômico-financeiro. O movimento de publicização iniciado na década de 30 vai se consolidando na legislação e no ideário jus-publicista nos anos posteriores. Nesse período, foi instaurado o monopólio dos Portos Organizados sobre as respectivas hinterlândias.

Não obstante, esse monopólio vem a ser relativizado por modificações legislativas posteriores. Especialmente durante o Regime Militar de 1964, inicia-se um processo de criação de estatais para figurar como Autoridades Portuárias que, posteriormente, foram reunidas sob o controle da Portobrás. Essas empresas estatais foram dotadas de regime jurídico de empresas privadas em suas relações com terceiros. Nesse contexto, as Autoridades Portuárias estatais celebraram contratos de arrendamento e locação para a exploração de terminais e foram autorizados também diversos terminais privados para movimentação de carga própria. A relação privatística estabelecida entre Autoridade Portuária e arrendatários / locatários revela uma oscilação de afastamento da concepção de serviço público na exploração de infraestrutura portuária surgida na Era Vargas de modo que, apenas com a promulgação da CF88 e a edição

das Leis nºs 8.630/93 e 8.987/95, os arrendamentos portuários passariam a ser enquadrados como espécies de subconcessão de serviço público, noção da qual a legislação atual buscou se afastar em duas ocasiões, primeiro com a Lei 12.815/2013 e, na sequência, com maior ênfase, através da minirreforma setorial promovida pela Lei 14.047/2020.

Portanto, as oscilações e ramificações do regime jurídico associado à exploração da infraestrutura portuária podem revelar que a realidade material sobre a qual o direito se aplica tende a se alterar com o tempo na medida em que é próprio de processos históricos econômicos e sociológicos produzirem mudanças no estado de coisas. Categorias jurídicas de caráter doutrinário perdem capacidade explicativa na medida em que o objeto que explicam sofre mutação com a ação do tempo. Desse modo, ao invés de manter um apego essencialista a essas categorias, torna-se necessário apegar-se a uma observação acurada do substrato material da aplicação do direito e, partindo deste, reformular concepções doutrinárias.

Na segunda etapa da pesquisa, ficou evidenciada a pluralidade de regimes jurídicos existentes destinados a disciplinar a exploração de infraestruturas portuárias tanto dentro dos Portos Organizados como fora deles, ressaltando-se a assimetria regulatória entre TUPs e terminais arrendados que tende a colocar estes em um nível inferior de competitividade, uma vez que, com a Lei 12.815/2013, tornou-se possível a competição direta por cargas de terceiros em ambos os tipos de terminais. Assim, foram identificados e analisados de forma abrangente os pontos de assimetria no regime jurídico dos TUPs e dos terminais arrendados. Feito isso, analisou-se a minirreforma portuária promovida pela Lei 14.047/2020 tendente a atenuar os efeitos negativos da assimetria regulatória para a competitividade dos terminais arrendados. A partir da análise sobre a configuração atual do regime jurídico dos arrendamentos portuários foi possível colher elementos suficientes para que se pudesse fazer um adequado cotejo com os elementos constituintes do conceito jurídico de serviço público escolhido no início deste trabalho.

Conclusivamente, mesmo adotando um conceito doutrinário avançado de serviço público – estado da arte –, isto é, um conceito coerente com os avanços legislativos recentes em diferentes setores, foi constatado que a exploração de infraestrutura portuária como fenômeno jurídico deu um passo adiante desafiando a capacidade explicativa do conceito de serviço público. Em todos os aspectos analisados – vinculação a um direito fundamental, fundamentação dos princípios da universalidade, continuidade e modicidade, bem como na

avaliação da natureza jurídica do contrato de arrendamento portuário – o conceito de serviço público adotado falhou em explicar adequadamente o arrendamento portuário, resultando na inviabilidade de se enquadrar a exploração por meio de arrendamento portuário como um serviço público diante dos avanços legislativos mais recentes, mormente aqueles promovidos pela Lei 14.047/2020.

Nesse sentido, as incompatibilidades resultantes do cotejo entre os elementos do conceito de serviço público e os da exploração mediante arrendamento se mostraram tão marcadas que seria despidendo propor uma tentativa de ajuste do conceito de serviço público para fazer caber o arrendamento portuário, sob pena de gerar uma desnaturação da própria noção serviço público com perda da sua utilidade teórica no ordenamento jurídico para a explicação de outras atividades que poderiam perfeitamente continuar sendo explicadas como tal, a exemplo dos serviços de saneamento e energia elétrica. Logo, por exclusão, leva-se ao enquadramento da exploração de infraestrutura portuária mediante arrendamento como atividade econômica em sentido estrito.

Embora o escopo deste trabalho tenha se limitado a investigar e evidenciar as causas desse novo enquadramento diante da evolução do direito positivo, não seria despropositado tecer uma consideração, ainda que breve, sobre como a concepção do arrendamento portuário enquanto instrumento de veiculação ou autorização de uma atividade privada acarreta consequências relevantes na forma de encarar a regulação legal e infralegal (e de justificá-la).

Ora, uma das consequências mais visíveis que se pode constatar diz respeito aos condicionamentos jurídicos e constitucionais de imposições regulatórias restritivas ou prejudiciais à concorrência, pois, tratando-se de uma atividade econômica privada em sentido estrito e inexistindo um direito fundamental contraposto ao valor também fundamental da livre concorrência, a balança da ponderação de princípios, ao invés de inclinar-se a favor da intervenção regulatória ou para um meio termo entre a intervenção e a preservação da concorrência, inclina-se para a preservação da livre iniciativa e da concorrência. Isso não significa que não possam exsurgir regulações com impacto sobre a competição no setor, mas uma eventual restrição da livre iniciativa por meio da regulação requererá necessariamente um ônus argumentativo maior seja por parte do legislador seja por parte da entidade reguladora setorial, sob pena de tornar-se abertamente inconstitucional por violação de princípio

fundamental da Ordem Econômica do Estado²⁴¹. Desse modo, seriam questionáveis imposições normativas causadoras de assimetria regulatória entre, de um lado, terminais arrendados e, de outro lado, terminais explorados sob regime de direito privado em portos concedidos e TUPs, especialmente sob a forma de ônus, encargos e fardos regulatórios que acarretem desvantagem competitiva a uns em detrimento de outros e resultem em tratamento não isonômico entre empresas que competem no mesmo segmento e exercem a mesma atividade econômica.

REFERÊNCIAS

ABRATEC. Regulação Portuária e Concorrência. Pareceres Jurídicos e Econômicos Relativos à ADPF nº 139. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

ANTAQ. Manual de Análise e Fiscalização de Projeto Executivo em Arrendamentos Portuários. Brasília: ANTAQ, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/antag/pt-br>>.

ANTAQ. Proposição de Valores Referenciais Remuneratórios para Áreas Arrendáveis por meio de Estudos Simplificados. Brasília: ANTAQ, 2020. Disponível em: <<http://sophia.antag.gov.br/terminal/Busca/Download?codigoArquivo=34781>>.

ANTAQ. Painel de Portos Públicos. Disponível em: <<https://www.gov.br/antag/pt-br>>.

ARAGÃO, A. S. Descentralização administrativa - sua evolução face as reformas à Constituição de 1988. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, v. 11, p. 117-146, jan. 2003.

ARAGÃO, A. S. Direito dos Serviços Públicos. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2017.

ARAGÃO, A. S. D. O Conceito de Serviços Públicos no Direito Positivo Brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 859, p. 11-37, Maio 2007.

²⁴¹ Como bem aponta EDUARDO FERREIRA JORDÃO: “O regime constitucional das atividades econômicas em sentido estrito é diverso do regime dos serviços públicos. À exceção de algumas atividades excepcionadas na própria Constituição, para as quais se prevê um regime de monopólio, a regra é a livre iniciativa empresarial e a livre concorrência. Tendo em vista a incidência destes princípios, é natural que se questione a constitucionalidade de lei que restrinja a concorrência no âmbito destas atividades.” E acrescenta: “Assim, tomada em termos amplos, a questão da constitucionalidade da legislação anticompetitiva, no Brasil, importa a aplicação de um teste bifásico. O exame da razoabilidade da restrição que constitui a primeira fase deste teste, visa a comprovar a existência de uma razão de dignidade constitucional que justifique a restrição. Já o exame de proporcionalidade envolve uma análise da relação existente entre as finalidades buscadas e os meios para tanto escolhidos. Uma medida será dita proporcional quando seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. A desproporcionalidade é característica das medidas que não são aptas a realizar a finalidade pretendida; que vão além do necessário para atingi-la (causando restrições despiciendas); ou, finalmente, que sejam desproporcionais em sentido estrito.” (**Restrições Regulatórias à Concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 53 e p. 64).

ARAGÃO, A. S.; FIDALGO, C. B. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? Revista dos Tribunais, v. 946, p. 15, agosto 2014.

ATP. Relatório Anual 2018, Análise do setor, das atividades e das finanças. Brasília: ATP, 2018. Disponível em: <<https://www.portosprivados.org.br/>>.

ATP. Portos para não portuários. 3ª. ed. Brasília: [s.n.], 2020. Disponível em: <<https://www.portosprivados.org.br/>>.

BALBINO, A. Petrobrás - Terminal Marítimo. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 69, p. 373-376, mai./jun. 1962.

BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice. 2ª. ed. New York: Oxford University Press, 2012.

BARBOSA, R. Competência em Matéria de Obras de Portos: a propósito da concessão das obras do porto de Porto Alegre, de 1916. Questões dos Portos do Brasil. In: BARBOSA, R. Obras Completas de Rui Barbosa, Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação, v. XLV, 1967.

BAUER, J. A natureza dos serviços de utilidade pública. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 39, n. 91, p. 59-77, jul./set. 1942.

BIELCHOWSKY, R. Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. Rio de Janeiro: IPEA e INPES, 1988.

BILAC, P. Regulamentação Efetiva dos Serviços de Utilidade Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

BINENBOJM, G. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLACK, H. C. General principles of statutory construction. Trad. de DAL POZZO, A. N. et al. Revista de Direito Administrativo e da Infraestrutura, São Paulo, v. 2, n. 6, p. 293-340, jul./set. 2018.

BOSCH, F. A. J. V. D.; HOLLEN, R. M. A.; VOLBERDA, H. W. How ports create strategic value for their country. In: GEERLINGS, H., et al. Ports and Networks. Strategies, Operations and Perspectives. London: Routledge, 2018. p. 38-53.

BRAGA, O. Serviços públicos concedidos, Parte 1. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 7, p. 33-51, jan./mar. 1947.

BRAGA, O. Serviços públicos concedidos, Parte 2. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 8, p. 18-44, abr./jun. 1947.

BRAGA, O. Serviços públicos concedidos, Parte 3. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 9, p. 10-48, jul./set. 1947.

BRAGA, O. Serviços públicos concedidos, Parte 4. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 10, p. 14-51, out./dez. 1947.

BRASIL. Coleção das Leis do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 1, 1820.

BRASIL. Coleção das Leis do Brasil. Atos do Poder Legislativo. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 1, 1869.

BRASIL. Coleção das Leis do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, v. 2, 1882.

BRASIL. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRESSER PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. Revista do Serviço Público, v. 47, n. 1, p. 30-31, 2015. Disponível em:

<<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/702>>.

BUCCI, M. P. D. Políticas públicas e direito administrativo. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

BURKISNKI, F. As tarifas nas concessões de serviços de utilidade pública. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 893-908, out. 1945.

BURNS, M. G. Port Management and Operations. Boca Raton: CRC Press, 2015.

CADE. Mercado de Serviços Portuários. Cadernos do CADE. Brasília: CADE, 2017.

Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade>>.

CADE. Mercado de Transporte Marítimo de Contêineres. Cadernos do CADE. Brasília:

CADE, 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade>>.

CÂMARA, J. A. Tarifa nas Concessões. São Paulo: Malheiros, 2009.

CÂMARA, J. A. Contrato de Concessão de Serviço Público. In: DI PIETRO, M. S. Z. Tratado de Direito Administrativo, Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS NETO, C. A. S.; ET. AL. Gargalos e Demandas da Infraestrutura Portuária e os Investimentos do PAC: mapeamento IPEA de obras portuárias. Texto para Discussão nº 1423.

Brasília: IPEA, 2009. Disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4979>.

CARVALHO, M. Serviços de utilidade pública. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 39, n. 89, p. 305-314, jan./mar. 1942.

CARVALHO, V. M.; RAGAZZO, C. E. J. Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>>.

CASTRO JÚNIOR, O. A.; RODRIGUES, M. Direito Portuário. Modicidade, Previsibilidade e Defesa da Concorrência. Florianópolis: Conceito, 2019.

CASTRO, A. B. D. O. Análise crítica e métodos para avaliação da competição portuária entre terminais de contêineres. São Paulo: Dissertação de Mestrado, Escola Politécnica da USP, Departamento de Engenharia Naval e Oceânica, 2015.

CASTRO, N. R.; LAMY, P. Texto para discussão nº 284. A Desregulamentação do Setor de Transportes: o caso do subsetor portuário. Brasília: IPEA, 1992.

CAVALCANTI, T. B. Instituições de Direito Administrativo Brasileiro. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936.

CHEVALLIER, J. O Serviço Público. Tradução de Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CODEBA. Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) dos Portos de Salvador e Aratu-Candeias. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: <https://www.codeba.com.br/eficiente/repositorio/PDZ/pdz_completo_2018.pdf>.

COUTINHO, D. R.; ROCHA, J.-P. V. Regulação e controle de preços do setor privado no direito brasileiro. Revista de Direito Administrativo - RDA, Rio de Janeiro, v. 272, p. 253-281, nov. 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. Parcerias na Administração Pública. 12ª. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 33ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ENEI, J. V. L. Serviço Público pode ser prestado em ambiente de concorrência ou pressupõe um regime necessário de privilégio e exclusividade? Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, v. 2, jul-set 2017.

ESSENTIAL SERVICES COMMISSION - ESC. Porto of Melbourne - Market Rent Inquiry 2020. Public Report. Melbourne: [s.n.], 2020. Disponível em: <<https://www.esc.vic.gov.au/transport/port-melbourne/port-melbourne-reviews/port-melbourne-market-rent-inquiry-2020>>.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Porto - Arrendamento - Cessão e Prorrogação do Contrato. Revista Trimestral de Direito Público, São paulo, v. 26, abr./jun. 1999.

FONSECA, P. C. D. Texto para Discussão (TD) 2013. Desenvolvimentismo a construção do conceito. Brasília: IPEA, 2015. Disponível em:

<<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/4580>>.

FREITAS, E.; ET. AL. Os benefícios socioeconômicos das instalações portuárias públicas de pequeno porte - IP4 nos municípios do Estado do Amazonas. Anais do 11º Seminário Internacional de Transporte e Desenvolvimento Hidroviário Interior, Brasília, 2019.

FREITAS, J. C. H. D. Comentário ao art. 6º. In: MILLER, T. T. M., et al. Comentários à Lei n. 12.815/2013 (Incluídas as Alterações da Lei n. 14.047/2020). Rio de Janeiro: Telha, 2020.

FREITAS, R. V. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de rodovias. Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, v. 15, n. 58, p. 199-239, abr./jun. 2017.

GALVÃO, M. D. C. Melhoramento dos Portos do Brasil. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1869.

GAMELL, D. A. Prorrogação Antecipada: Mecanismo de Atração de Novos Investimentos Portuários ou Válvula de Escape de Investimentos Represados? Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário, v. 62, p. 9-35, mai./jun. 2021.

GONÇALVES, R. Minirreforma do setor portuário: possibilidades e oportunidades da Lei 14.047/2020, 27 out. 2020. Disponível em:

<<https://www.portosenavios.com.br/artigos/estudo-e-pesquisa/minirreforma-do-setor-portuario-possibilidades-e-oportunidades-da-lei-no-14-047>>.

GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GROTTI, D. A. M. Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 27, p. 280-288, Out./Dez. 2001.

GROTTI, D. A. M. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, C. A.; COORD. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 39-70.

GROTTI, D. A. M.; LIMA, C. M. M. A. Diferenças entre terminais portuários de uso público e de uso privado. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) Direito Portuário Brasileiro. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 169-186.

GUERRA, S. Evolução do Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.). Direito Portuário Brasileiro. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 75-92.

GUIMARÃES, F. V. Concessão de Serviço Público. São Paulo: Saraiva, 2012.

HONORATO, C. T.; MANTUANO, T. V. O que era o Trapiche? O Porto e a Cidade do Rio de Janeiro no Século XIX. *Acervo - Revista do Arquivo Nacional*, Rio de Janeiro, v. 28, p. 144-158, jan./jun. 2015.

JORDÃO, E. F. Restrições Regulatórias à Concorrência. 1ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, M. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, M. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no direito brasileiro. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, v. 16, p. 123, outubro/dezembro 2006.

JUSTEN FILHO, M. O Regime Jurídico do Arrendamento Portuário. A questão da obrigatoriedade de licitação. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - ReDAC*, São Paulo, v. 3, n. 16, p. 191-213, jan./fev. 2015.

JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. 13ª digital. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

JUSTEN FILHO, M. O Regime Jurídico das Atividades Portuárias e seus Reflexos sobre a Delimitação do Porto Organizado. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) *Direito Portuário Brasileiro*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 291-328.

JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G.; SCHWIND, R. W. Serviço público e atividade econômica: a exploração econômica pelo concessionário de serviço público. *Revista de direito administrativo contemporâneo*, v. 3, n. 16, p. 13-37, fevereiro 2015.

JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G.; SCHWIND, R. W. Serviço público e atividade econômica: a exploração econômica pelo concessionário de serviço público. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, v. 3, p. 13-37, fevereiro 2015.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. D. Metodologia Científica. São paulo: Atlas, 2008.

LIMA, C. M. M. A. Regime Jurídico dos Portos Marítimos. São Paulo: Verbatim, 2011.

LOBO, C. A. D. S. Os terminais portuários privativos na Lei nº 8.630/93. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 220, p. 19-34, abr./jun. 2000.

LOBO, H. Docas de Santos: suas origens, lutas e realizações. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1936.

LOUREIRO, L. G. K. Constituição, Energia e Setor Elétrico. 1ª. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MANKIW, G. Principles of Microeconomics. 7ª. ed. Stanford: Cengage Learning, 2015.

MANTELI, W. Porto, serviço privado regulado, 11 ago. 2016. Disponível em: <<https://www.abtp.org.br/site/noticias-do-setor-detalhes.php?cod=195410>>.

MARQUES NETO, F. D. A. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 8, p. 95-122, janeiro 2001.

MARQUES NETO, F. D. A. Bens Públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, F. D. A. Características do Serviço Público. In: DI PIETRO, M. S. Z. D. P.; (COORD.). *Tratado de Direito Administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, v. IV, 2014. p. 115-135.

MARQUES NETO, F. D. A. Concessões. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, F. D. A. Delimitação da Poligonal dos Portos Organizados e o Regime Jurídico dos Bens Públicos. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) *Direito Portuário Brasileiro*. 3º. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 329-350.

MARQUES NETO, F. D. A.; LEITE, F. B. Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, v. 231, p. 249-265, jan./mar. 2003.

MAXIMILIANO, C. O fornecimento de gás combustível, por meio de recipientes portáteis, constitui um serviço de utilidade pública? *Archivo Judiciário*, Rio de Janeiro, v. 91, p. 11-14, jul./set. 1949.

MEDAUAR, O. Serviço Público. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 100-113, julho 1992.

MEDAUAR, O. Nova crise do serviço público? In: CUNHA, S. S. D.; GRAU, E. R.; (COORD.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEDAUAR, O. O Direito Administrativo em Evolução. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 21ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELES, H. L. A Licitação nas Entidades Paraestatais. In: MEIRELES, H. L. *Estudos e Pareceres de Direito Público*, Vol. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 34ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, C. A. B. D. *Serviço Público e Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELO, L. D. A. O problema econômico dos serviços de utilidade pública. São Paulo: Prefeitura Municipal, Sub-divisão Gráfica, 1940.

MENDONÇA, J. X. C. Direito e legislação sobre melhoramento dos portos nacionais e serviço a cargo das empresas ou companhias de docas. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, v. 87, 1902. p. 5-22, 185-209, 385-412, 529-571.

MENEZES, D. F. N.; JUNQUEIRA, M. A. O Estado Subsidiário na Constituição de 1937 - O papel de Francisco Campos. Teoria e história do direito constitucional. CONPED/UFF. Florianópolis: FUNJAB. 2012.

MILLER, T. T. M.; MILLER, M. T. M. Comentário ao art. 3º. In: MILLER, T. T. M.; (ORG.), E. A. Comentários à Lei n. 12.815/2013 (Incluídas as Alterações da Lei n. 14.047/2020). Rio de Janeiro: Telha, 2020.

MINFRA. Plano Mestre do Complexo Portuário de Angra dos Reis. [S.l.]: [s.n.], 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/planejamento-e-gestao/planos-mestres-portos>>.

MONTEIRO, V. Concessão. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, D. D. F.; FREITAS, R. V. D. A Nova Regulação Portuária. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOREIRA, E. B. Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral). São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, E. B. Exploração privada dos portos brasileiros: concessão versus autorização. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo - ReDAC, v. 0, p. 31-45, maio/junho 2013.

MOREIRA, E. B. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil. In: SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A.; ORG. Direito da Regulação e Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 107-139.

MOREIRA, E. B. A nova lei dos portos e os regimes de exploração dos portos brasileiros. In: FREITAS, R. V. D.; RIBEIRO, L. C.; FEIGELSON, B. A nova regulação da infraestrutura e da mineração: portos; aeroportos; ferrovias; rodovias. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 127-129.

MOREIRA, E. B. O art. 175 da Constituição: a lógica econômica da prestação de serviços públicos. In: NUSDEO, F.; (COORD.). Ordem Econômica Constitucional. São Paulo: Thomson Reuters, Ed. impressa, Ed. e-book baseada na 1ª Ed., 2020.

MOREIRA, E. B.; PIOVESAN, P. L. Regulação Portuária e Contratos de Arrendamento: Análise Comparativa de Dois Diferentes Modelos Jurídicos (Brasil e Alemanha). In: ARAGÃO, A. S., et al. Regulação e Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 379-403.

MOTTA, P. R. F. Regulação e universalização dos serviços públicos: análise crítica da regulação da energia elétrica e das telecomunicações. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

NESTER, A. W. A inserção do regime concorrencial nos serviços públicos. In: ARAGÃO, A. S. D.; MARQUES NETO, F. D. A.; (COORD.). Direito Administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 441-467.

OLIVEIRA, C. R. A greve nos serviços essenciais no Brasil. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 38, n. 146, p. 235-266, abr./jun. 2012.

OLIVEIRA, L. Não fale do código de Hamrábi! A pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. In: OLIVEIRA, L. Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

OLIVEIRA, R. C. R. O Princípio da Continuidade do Serviço Público no Direito Administrativo Contemporâneo. Revista Síntese de Direito Administrativo - RSDA, v. 100, p. 2-19, abr. 2014.

OLIVEIRA, R. F. D. Curso de direito financeiro. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PEREIRA, C.; (COORD.), R. W. S. Direito Portuário Brasileiro. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W. O Marco Regulatório do Setor Portuário Brasileiro. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) Direito Portuário Brasileiro. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 31-64.

PICCIRILLI, R. Irregularidades que dominam o sistema de concessão de serviços de utilidade pública (patologia das empresas concessionárias, o visível menosprezo do interesse público. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 40, n. 95, p. 20-33, jul./set. 1943.

PINTO JUNIOR, M. E. Empresas Estatais: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010.

POND, O. L. A Treatise on the Law of Public Utilities, Vol. I. 4ª. ed. Indianapolis: The Bobbs-Merril Company Publishers, 1932.

POPPER, K. A Lógica das Ciências Sociais. 3ª. ed. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2004.

PRADO, L. N.; GAMELL, D. A. Regulação Econômica de Infraestrutura e Equilíbrio Econômico-Financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio a ser adotado. In: MOREIRA, E. B.; (COORD.). Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 251-269.

PRADO, L. N.; SILVA, E. L. S.; GAMELL, D. A. Contratos de Transição no Setor Portuário. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 6, n. 33, p. 9-32, jul./ago. 2016.

PRADO, L. N.; SILVA, E. L. S.; GAMELL, D. A. Modelagem Econômico-Jurídica dos Arrendamentos Portuários e Possíveis Reflexos no Mercado de Distribuição de Combustíveis. *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 5, n. 30, p. 192-219, jan./fev. 2016.

PRADO, L. N.; SILVA, E. L. S.; GAMELL, D. A. Reversibilidade de bens e indenização nos arrendamentos portuários pré-1993. *Revista de Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, v. 6, n. 36, p. 99-117, jan./fev. 2017.

PRADO, M. M. The challenges and Risks of Creating Independent Regulatory Agencies: a cautionary tale from Brazil. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 2, 2008.

QUADROS, J.; ARINOS, A. *História do Povo Brasileiro*. São Paulo: Jânio Quadros Editores Culturais, v. IV, 1967.

RIBEIRO, M. P. *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, M. P.; PRADO, L. N. *Comentários à Lei de PPP: fundamentos econômico-jurídicos*. 1ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ROCHA, C. H.; SILVA, G. L.; BENVINDO, J. Z. Regra numérica para a definição do vencedor de licitações: o caso dos arrendamentos portuários. *Revista Economia & Tecnologia, Paraná*, v. 27, n. 7, p. 79-88, out./dez. 2011.

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARMENTO, D. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, D. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 48.

SARMENTO, D. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, A. S. D. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 97-143.

SCHIRATO, V. R. Geração de energia elétrica no Brasil: 15 anos fora do regime de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, v. 8, n. 31, p. 141-168, jul./set. 2010.

SCHIRATO, V. R. *Livre Iniciativa nos Serviços Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIRATO, V. R. Os Desafios da Regulação dos Serviços Públicos de Transporte Coletivo diante de Novas Tecnologias. In: ARAGÃO, A. S., et al. Regulação e Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 665-690.

SCHIRATO, V. R.; SCHIRATO, N. M. Instalações Portuárias e Serviço Público: Requisitos e Efeitos da Definição de Poligonais dos Portos Organizados. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) Direito Portuário Brasileiro. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 435-455.

SCHWIND, R. W. Liberdade de Preços nos Terminais Portuários: o Caso dos Preços Ad Valorem. In: JUSTEN FILHO, M.; SILVA, M. A. D. B.; (COORD.). Direito da Infraestrutura. Estudos de Temas Relevantes. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 297-314.

SEP/PR-UFSC. Plano Mestre do Porto de Manaus. [S.l.]: [s.n.], 2013. Disponível em: <<https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/planejamento-e-gestao/planos-mestres-portos>>.

SERVICE DES PAYS S.A. BÂLE. Os Portos Brasileiros: Sua Evolução, Características e Movimento Comercial. Rio de Janeiro: [s.n.], 1949.

SILVA, J. C. ABTP 30 anos: a volta por cima dos portos brasileiros, 05 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.abtp.org.br/site/noticias-do-setor-detalhes.php?cod=53242&q=ABTP+30+anos%3A+a+volta+por+cima+dos+portos+brasileiros&bsc=>>>.

SOUTO, M. J. V. Desestatização: Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SPA. Plano de Desenvolvimento e Zoneamento (PDZ) do Porto de Santos. [S.l.]: [s.n.], 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/imagens/2020/PDZ_BRSSZ_Julho_2020.pdf>.

STEINMETZ, W. Direito à liberdade de locomoção: um esforço de interpretação constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 21, n 83, p. 163-176, abr./jun. 2013.

SUNDFELD, C. A. Introdução às Agências Reguladoras. In: SUNDFELD, C. A.; (COORD.). Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 17-38.

SUNDFELD, C. A. Pareceres - Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, v. I, 2013.

SUNDFELD, C. A. Direito Administrativo para Céticos. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. *Revista de Direito Público da Economia*, v. 11, p. 57-72, jan./mar. 2013. ISSN 41.

SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A. A Redefinição da Poligonal do Porto Organizado como Mecanismo de Desenvolvimento do Setor Portuário. In: PEREIRA, C.; SCHWIND, R. W.; (COORD.) *Direito Portuário Brasileiro*. 3ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 311-328.

SUNDFELD, C. A.; ROSILHO, A. J. Onde está o princípio universal da licitação? In: SUNDFELD, C. A.; (ORG)., A. R. *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 19-38.

TÁCITO, C. Taxa, imposto e preço público – Preço público no serviço concedido – Direito do concessionário à renda do serviço – Desvio de poder. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 44, p. 518-532, 1956.

TÁCITO, C. Agências Reguladoras da Administração. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Rio de Janeiro, v. 221, p. 1-5, jul./set. 2000.

TCU. Auditoria Operacional sobre Limitações dos Portos Organizados em Comparação com os TUPs. [S.l.]: Acórdão nº 2.711/2020-Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas, 2020. Disponível em: <<https://proceedings.science/sobena-hidroviario-2019/papers/os-beneficios-socioeconomicos-das-instalacoes-portuarias-publicas-de-pequeno-porte---ip4-nos-municipios-do-estado-do-ama>>.

TOSTES, L. P. D. R. *Serviços de Utilidade Pública e alguns de seus problemas*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

TT CLUB; MCKINSEY & COMPANY. Brave new world? Container transport in 2043. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: <<https://www.ttclub.com/news-and-resources/publications/brave-new-world>>.

VARIAN, H. R. *Intermediate Microeconomics*. 8ª. ed. New York: W.W. Norton & Company, 2010.

VERONESE, A. Pesquisa Jurídica. In: CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A.; FREIRE, A. (). *Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo I (recurso eletrônico): teoria geral e filosofia do direito*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 1-33. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/141/edicao-1/pesquisa-em-direito>>.

WORLD BANK / IBRD. *Port Reform Toolkit, Module 3 – Alternativ Port Management Structures and Ownership Models*. 2ª. ed. Washignton: World Bank, 2007.

APÊNDICE A – Organograma de regimes de exploração de infraestrutura portuária

