



**FERNANDO ANTÔNIO CORREIA SERRA**

**AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA:  
Outorga de autorização para terminais portuários de uso privado – TUP**

Brasília  
2013

**FERNANDO ANTÔNIO CORREIA SERRA**

**AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA:**

**Outorga de autorização para terminais portuários de uso privado – TUP**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Bacharelado de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Professor orientador: MSc. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Brasília

2013

**FERNANDO ANTÔNIO CORREIA SERRA**

**Autorização Administrativa: outorga de autorização para terminais portuários de uso privado - TUP.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Bacharelado de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Professor orientador: MSc. Pablo Malheiros da Cunha Frota

Brasília, 18 de maio de 2013

**Banca examinadora**

---

Prof. Orientador: Msc. Pablo Malheiros da Cunha Frota.

---

Examinador: Prof. Ariane Costa Guimarães

---

Examinador: Prof. Eliardo França Teles Filho

Brasília, DF  
2013

## RESUMO

Até o final dos anos 80, a atividade portuária estava entregue totalmente ao controle estatal, mais precisamente à “Empresa de Portos do Brasil S.A. – PORTOBRAS”. Com o início do governo Collor de Mello acontece a extinção de vários órgãos, dentre eles a PORTOBRAS. Passa então, o Brasil, a experimentar anos de desregulamentação do setor portuário, sem que neles estivessem estabelecidas quaisquer diretrizes voltadas a modelos de gestão. Em 25 de fevereiro de 1993 é publicada a Lei nº 8.630/93, mais conhecida como Lei dos Portos, e com ela há mudança significativa no tratamento a ser dado aos portos no Brasil. Surge, então, a figura dos arrendamentos para terminais portuários sob a administração da Autoridade Portuária, e os chamados terminais portuários de uso privativo, que são aqueles fora do domínio da administração do porto. Estes, constituem-se espécie do gênero instalações portuárias e são regulamentados em especial pelo Decreto nº 6.620/2008. Com isso, cria-se a polêmica que domina e segmenta o setor em duas frentes: os terminais arrendados e os privados. Os primeiros delegados por meio de licitação, enquanto que os últimos outorgados por autorização administrativa. Por serem autorizados, alguns órgãos de controle, em especial o Tribunal de Contas da União - TCU, afirmam que suas outorgas são precárias, estando eles sujeitos a qualquer variação nas leis e regulamentos que regem o setor. Finalmente, em 6 de dezembro de 2012, o Governo publica no Diário Oficial da União a Medida Provisória nº 595, que revoga completamente a Lei nº 8.630/93, ditando ao mercado um novo marco regulatório. Através de pesquisa feita na legislação do setor de infraestrutura, em especial as que regulam as relações Estado-particular nos casos dos setores de telecomunicações, energia elétrica e aquaviário, bem como na abordagem sistemática doutrinária sobre conceitos de delegação, este trabalho **enfrenta a tese de que a outorga de autorização não é ato precário, sujeita às alterações das leis**. Baseia-se que, a partir da previsão legal dada pelo art. 21, XII, “f”, da Constituição Federal de 1988, em combinação com a lei que rege o setor, é possível se ter tal outorga como instrumento estável, regido plenamente pelas relações contratuais estabelecidas por contratos de adesão. Além disso, trata da questão da aplicação dos conceitos de serviços públicos às operações realizadas com cargas de terceiros nos chamados terminais de uso privado.

**Palavras-chave:** Autorização administrativa. Terminais de uso privativo. Terminais de uso público. Portos. Infraestrutura portuária. Arrendamento portuário.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	5
1 – A LEGISLAÇÃO APLICADA AO SETOR PORTUÁRIO .....	8
1.1 – Serviço público em instalações portuárias .....	11
1.2 – A delegação por outorga de autorização .....	21
2 – A OUTORGA DE AUTORIZAÇÃO EM SETORES CRÍTICOS .....	27
2.1 - Previsão constitucional da outorga de autorização (art. 21, XII, f) .....	32
2.2 - Previsão infraconstitucional da outorga de autorização.....	34
2.3 - Terminais Portuários .....	37
2.4 - Considerações sobre a Resolução 1.660/10-ANTAQ.....	41
3 – O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO .....	46
3.1 – Definições da autorização.....	52
3.2 – A visão dos doutrinadores sobre a autorização .....	53
3.3 – A autorização na visão dos órgãos de controle externo.....	56
3.4 – O Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário .....	61
CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS.....	72

## INTRODUÇÃO

O setor de infraestrutura possui tratamento diferenciado dos demais, principalmente por agrupar características tais como grande demora no efetivo uso das obras planejadas e no significativo volume de investimento necessário à consecução de projetos.

Neste segmento, encontra-se o setor de transportes, abrangendo dentre outros, o subsetor aquaviário. A exploração das atividades aquaviárias é essencial para o Brasil, pois mais de noventa por cento de nossa corrente de comércio, em termos de toneladas de carga, passa por portos e terminais portuários.

Historicamente, pode-se entender os portos como um retrato da evolução comercial e social do País, retratando-se neles aspectos tais como integração porto-cidade, meio ambiente, políticos e econômicos.

No sentido do arcabouço jurídico, dividiam-se as atividades portuárias em antes e depois da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Conhecida como a Lei dos Portos, veio para transformar as relações cheias de casuísmos antes existentes, dando nova dinâmica ao subsetor, e introduzindo uma série de conceitos para a administração e operação portuária.

No entanto, mesmo considerada como lei moderna, sofre com as transformações evidenciadas na sociedade, tanto que, a partir de novas políticas adotadas no Governo Dilma Rousseff, publica-se, em 6 de dezembro de 2012, a Medida Provisória nº 595 (MP 595/2012), que dentre outras coisas, revoga totalmente a Lei nº 8.630/93 e faz alterações na Lei nº 10.233/01. Sem dúvida, tal ato representa para o setor um novo capítulo na cronologia de regulação aquaviária.

O transporte aquaviário é um setor especial, seja pela importância dos portos na economia brasileira, seja pelos altos investimentos envolvidos. Qualquer inércia ou vácuo no arcabouço jurídico trará distorções em toda corrente logística da movimentação de cargas. Ações enérgicas de investimentos e de estabilização legal do mercado são essenciais. Mas, principalmente, o que se discute hoje é a liberação ou não da exploração de instalações portuárias por particulares. Perde-se muito tempo com focos distorcidos, entre estudos incompletos e projeções empíricas do comportamento concorrencial, sem que se atente para necessidades de ruptura ainda maior com o passado, visando uma dinâmica ainda mais ágil para os portos e terminais de uso privativo brasileiros. Diante do impacto polêmico nos conceitos de Terminais Arrendados e Terminais de Uso Privado - TUPs, a MP 595/2012

extingue o tratamento diferenciado a ser dado entre carga própria e de terceiros, permitindo que os agora chamados Terminais Privados possam movimentar qualquer tipo de carga, sem o rigor da exigência de preponderância de carga própria.

O Brasil, e toda a legislação, vincula a atividade portuária aos ditames do que diz a Constituição Federal de 1988, mais precisamente, pelo uso do artigo 21, inciso XII, alínea "f", que atribui à União, de forma direta ou por delegação a exploração das atividades portuárias. Para o subsetor, a delegação vem na forma de outorgas de autorização ou concessão (subconcessão para os Terminais Arrendados), já que nenhuma das leis a ele pertinentes atribui a forma de permissão para exploração destas atividades. Assim, pode-se explorar atividade portuária, na forma e dizeres da MP 595/2012 – Nova Lei dos Portos –, da Lei nº 10.233/01 – Lei de criação da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) –, do futuro Decreto Federal que regulamentará a MP 595/2012 e sua conversão a Lei, bem como nas Resoluções da ANTAQ nº 2.240/11 e nº 1.660/10, e nas futuras revisões destas resoluções.

O estudo aqui desenvolvido versará sobre a forma legal de exploração de atividades portuárias, em especial das outorgas de autorização para construção e exploração de terminal portuário de uso privado – TUP –, pela qual a União delega ao particular o direito de exercer atividade de movimentação de cargas própria e de terceiros em suas instalações portuárias. Das formas pelas quais o Poder Público transfere aos particulares a prestação dos chamados serviços públicos, a autorização ainda é considerada como precária, mesmo em ambientes sujeitos a altos investimentos e carência de regulação estável. Trata-se, sobretudo de enfrentar questões polêmicas sobre a classificação deste tipo de atividade nos conceitos de serviço público e privado, bem como na determinação do regime jurídico sob o qual se sujeitam os terminais portuários de uso privativo misto.

No capítulo 1, contextualiza-se o significado do setor portuário, sua organização física e administrativa, de forma a situar o leitor dentro do ambiente em que se insere a legislação. Ao mesmo tempo, neste capítulo, procede-se à análise do arcabouço legal que reveste a atividade portuária no Brasil, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Faz-se também a contraposição do art. 21, com o art. 175, ambos da Constituição Federal de 1988.

A outorga de autorização é definida, situada em termos de legislação, bem como são analisados vários de seus aspectos significativos, dentro do capítulo 2. Neste bloco de texto, percebe-se claramente a previsão constitucional, infraconstitucional, bem como a

aplicação dessa legislação na solução para outorga de autorização ao particular, que exercerá o serviço público impróprio na movimentação de cargas de terceiros.

Por fim, o capítulo 3 trata da visão mais concreta das soluções encontradas pelo setor portuário, pelos órgãos de controle externo, tudo em contraponto com os dizeres constitucionais, de forma a situar a autorização para explorar instalações portuárias como um instituto estável e duradouro.



## 1 – A LEGISLAÇÃO APLICADA AO SETOR PORTUÁRIO

O setor portuário representa a quase totalidade das movimentações de importação e exportação brasileiras, sendo essencial para a corrente de comércio brasileira, considerando-se valores em toneladas ou em US\$ FOB<sup>1</sup>. Por isso, o bom dimensionamento dos portos e terminais portuários é garantia de que não haverá no futuro o chamado "apagão portuário", limitando e causando transtornos na economia do País.

Assim, diante de um mercado carente de recursos financeiros, cuja monta representa altos investimentos, a legislação não pode gerar evasão de novos projetos, principalmente porque os projetos atuais possuem tempo de maturação em geral de mais de três anos para entrarem em operação efetiva. Portanto, limitar a entrada de capital privado em investimentos de infraestrutura portuária poderá levar ao colapso a capacidade de escoamento de cargas que as instalações portuárias nacionais possuem, visto que o Governo não possui capacidade de investimento capaz de suprir as deficiências do setor.

Com a publicação da MP 595/2012, não existe mais a distinção entre carga própria e de terceiros. Assim, cada TUP poderá movimentar livremente cargas contratadas no mercado, desde que dentro do escopo de seus projetos originais (objetos de contrato administrativo). Ainda é cedo para se saber quais impactos as mudanças impostas pela MP trarão para questões judiciais, econômicas, técnicas e operacionais. No entanto, o novo programa portuário prevê altos investimentos em curto espaço de tempo.

Resolvida a questão da carga própria e de terceiros, resta apenas o afastamento dos conceitos nos quais aplicam-se os dizeres da doutrina tradicional, que considera a outorga por autorização como objeto precário, e, portanto, sujeita às alterações futuras das leis. Ainda que na conjuntura atual, considerando-se o ano de 2013, não haja reflexos dessa doutrina que prejudique novos investimentos, pode-se pensar que a incerteza futura possa frear novos investimentos, já que, no dizer dos conceitos da autorização, na mudança do arcabouço legal haverá também mudança nas regras de funcionamento das outorgas anteriores a esta mudança.

O sistema portuário brasileiro no início dos anos 80 era regido por legislação esparsa e totalmente controlado por uma empresa pública, a Portobras. Criada em 1975, tal empresa representava então a forte intervenção do Estado na economia, representando o modelo monopolista concebido na época para os portos brasileiros. Nesse tempo, as

---

<sup>1</sup> FOB - Free on Board é a relação pela qual o vendedor encerra suas responsabilidades sobre a carga a partir da sua entrega pela transposição das amuradas dos navios.

atividades portuárias eram totalmente públicas, apesar de já haver terminais privativos, cujo escopo era a total movimentação de carga própria.

Destacando-se as formas de administração de um porto, há uma escala que atribui competências a mais ou a menos ao braço do Estado, sendo o regime anterior à Lei dos Portos o chamado *service port* (**Figura 1**). Tudo no porto passava pelo controle de uma companhia estatal (PORTOBRAS), que ditava padrões operacionais, de controle e legais para o setor. Não cabia nenhum espaço para uma administração mais dinâmica, cuja principal característica fosse a flexibilidade na aplicação de modelos de gestão e políticas de crescimento praticadas em função das necessidades características de cada porto.

MODELOS DE GESTÃO	FORMAS DE ATUAÇÃO		
	INFRAESTRUTURA	SUPERESTRUTURA	OPERAÇÃO PORTUÁRIA
SERVICE PORT	Público	Público	Público
TOOL PORT	Público	Público	Privado
LANDLORD PORT	Público	Privado	Privado

**Figura 1** – Tipos de administração de portos.  
Fonte: ANTAQ

Com o advento da Lei dos Portos, o modelo empregado passa a ser o *Landlord Port*. Com ele, dá-se mais flexibilidade às administrações portuárias no uso dos recursos pelos quais são efetivamente responsáveis, isto é, na manutenção de infraestruturas. Não é a melhor solução, pois se sabe que outras opções de gestão são empregadas com muito mais êxito nos portos do mundo, notadamente no Porto de Roterdã, na Holanda. Lá, a gestão é totalmente privada, sendo efetivada dentro do conceito de empresa focada no retorno financeiro de seus projetos. Neste modelo, o gestor tem total gestão de suas áreas portuárias, podendo inclusive adicionar novas áreas para posterior leilão à iniciativa privada. Ressalta-se, porém, que mesmo nestes modelos mais amplos, o governo continua cumprindo suas funções regulatórias.

No modelo brasileiro, o gestor do porto, que é a Autoridade Portuária (art. 13, MP nº 595/2012), não pode dispor de suas áreas sem ter que fazer licitação, submeter projetos à ANTAQ e à Secretaria de Portos – SEP. Considerando-se que algumas licitações ultrapassam a marca dos 700 (setecentos) dias para se concretizarem, vê-se então o risco de infraestruturas básicas que atendam o mercado crescente, ditado pelo crescimento da corrente

de comércio. Causa disso são burocracias, recursos administrativos, ações judiciais, avaliações do TCU, pareceres de vários órgãos jurídicos, problemas ambientais. No final, não se pode culpar um gestor portuário atual pela inércia em transformar planos em ações.

O projeto inicial que mudaria o tratamento a ser dados aos portos brasileiros, denominado Projeto de Lei nº 8/1991, ou PL nº 8/1991, previa apenas a reordenação da mão de obra portuária, bem como permitir melhor exploração dos terminais portuários privativos. No entanto, com a tramitação no Congresso Brasileiro, foram acrescentados vários conceitos, permitindo a modernização, à época, de todo o arcabouço jurídico que tratava dos portos. Espera-se que na tramitação da MP 595/12 também sejam acrescentados melhoramentos à proposta atual, de forma a atenuar eventuais distorções e proporcionar ao mercado modernos mecanismos para exploração de instalações portuárias.

Na época da Lei 8.630/93, foram introduzidos conceitos como os da Autoridade Portuária (art. 33), Conselho de Administração Portuária (CAP, nos arts. 30, 31 e 32) e Órgão Gestor de Mão de Obra Portuária (OGMO, nos arts. 18 a 25). Mas, o grau de privatização foi mostrado mesmo no instituto do operador portuário (arts. 8º ao 17). Com isso, pode-se atribuir a um ente privado a execução de serviços denominados capatazia e estiva, no embarque e desembarque de cargas em berços públicos ou privados do porto.

Em uma extensão aos elementos da Figura 1, a título de evolução de modelos, pode-se pensar em outras composições sobre a forma de administração de um porto. A Figura 2, a seguir, retrata algumas características mais detalhadas de cada tipo de administração, bem como mostra o modelo sujeito às condições totalmente privatizadoras, tal qual na opção de “Serviço privado”.

	Ownership	Port admin.	Nautical mgmt.	Port infrastr.	Super-structure	Cargo handling	Pilotage	Towage	Mooring services	Dredging
Public Service Port										
Tool Port										
Landlord Port										
Corporatized Port	Public responsibility									
Private Service Port	Private responsibility									

**Figura 2** – Outras formas de administração de um porto.  
Fonte: adaptado do Banco Mundial (2007).

O modelo de total privatização elimina a necessidade da discussão sobre questões relacionadas aos processos licitatórios de terminais inseridos dentro da área do porto. Todo o porto é visto como um empreendimento, cujo objetivo é o de produzir lucro e trazer desenvolvimento para uma região. Assim, a Autoridade Portuária submetida a este modelo busca tão somente a eficiência de sua administração, ampliando e contraindo a oferta por terminais apenas em função das condições entre demanda e oferta.

### **1.1 –Serviço público em instalações portuárias**

Uma questão a ser abordada diz respeito à classificação do serviço portuário como pertencente aos chamados serviços público ou apenas ao conjunto de atividades econômicas privadas. Partindo-se do conceito amplo de que serviço público é toda atividade que tem por objetivo a satisfação de necessidades coletivas, pode-se pensar sob duas formas no que diz respeito a um terminal portuário: ou ele atende a interesses privados ou no sentido coletivo age coletivamente já que promove o desenvolvimento da Nação. Neste último caso, ao importar e exportar, a instalação portuária colabora com o coletivo, já que amplia e atende a objetivos maiores do País, satisfazendo necessidades coletivas, uma vez que a estagnação da economia levaria o País a observar recessão.

Sob a ótica do Direito Administrativo, principalmente pela análise doutrinária, a questão não é tão simples como tenta qualificá-la grande parte da doutrina. Há várias considerações a serem feitas, principalmente quando se pode pensar em um serviço público híbrido<sup>2</sup>, isto é, aquele no qual se tem a conjugação de serviço público próprio<sup>3</sup> com o que a doutrina classifica como serviço público impróprio<sup>4</sup>. Esta confusão também é apontada por Di Pietro (2011, p. 107-108), quando afirma que há inadequabilidade com o termo “impróprio”, já que mesmo para aqueles que exercem a prestação de serviço público em substituição ao Estado há a necessidade da outorga, seja ela por concessão, permissão ou autorização. Acrescente-se a isso o poder fiscalizatório, supervisor e regulatório do Poder Concedente e tem-se componentes híbridos que garantem, ao mínimo, a mistura entre o que é público e

---

<sup>2</sup> Denomina-se serviço público híbrido aquele que envolve aspectos relacionados aos serviços típicos de particulares, que se voltam para atividades econômicas, mas ao mesmo tempo, detêm características aplicáveis aos conceitos de serviços públicos.

<sup>3</sup> Diz-se que são serviços públicos próprios aqueles reservados pela Constituição Federal e que estão na gênese do Estado sua prestação. Podem somente serem delegados a particulares através do processo de licitação, cujo comando legal está no artigo 175 da CF/88.

<sup>4</sup> Como serviço público impróprio, tem-se o exercício de serviços prestados por particulares com fortes características de serviço público, cuja base está estabelecida em lei específica do setor no qual é exercido.

privado na prestação de serviços comuns.

A essência da questão reduz-se aos propósitos intervencionistas do Estado sobre as condições nas quais um porto cresce, recebe concorrência da iniciativa privada na forma de Terminal Privado (no novo dizer da MP) , bem como qual o volume de investimentos desejados para que tal porto alcance um objetivo maior. Tratando-se de serviço público, há claras restrições aos investimentos privados que estabeleçam concorrência direta com um porto organizado. Para tanto, criaram-se as regras regulamentares expressas pelo Decreto nº 6.690/08. Assim, por tal instituto, apenas quando havia predominância de cargas próprias é que se poderia outorgar por autorização um terminal privativo, denominado Terminal de Uso Privativo Misto (art. 35, II, da Lei 8.630/90). O art. 2º de tal Decreto estabelece as devidas definições, sob a ótica restritiva para a outorga de TUPM.

Importante tema é a classificação do que é serviço público, e da forma como relacionar seus conceitos ao que se entende por outorga de autorização. Nisso, há o contraponto aos dizeres de Di Pietro (2011, p. 113-117), pois quando se considera o desconstrutivismo exercido por novos doutrinadores, remete-se a questão à existência de uma aparente desordem no Direito Administrativo, isto é, a de que o conceito clássico de serviço público está em mutação. Para Di Pietro (2011, p. 111), no Brasil, ainda não está clara esta transformação do conceito.

O ponto chave para esta análise remete à leitura dos artigos constitucionais nº 21 e 175. Há nítida separação entre os chamados serviços públicos próprios (ou puros) e aqueles prestados por particulares com submissão ao regime público. Para Sundfeld (2006, p.6), ao fazer análise da Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/97):

Os serviços de interesse restrito serão sempre prestados em regime privado (art. 67). Já os de interesse coletivo podem ser submetidos ou ao regime público ou ao privado, dependendo de uma decisão de política governamental, tomada pelo Presidente da República (art. 18, I) por proposta do órgão regulador, a Agência Nacional de Telecomunicações (art. 19, II).

A definição do conceito de serviço público dada por Bandeira de Mello (2009, p. 640), a seguir reproduzida, remete aos mesmos elementos ditados por Di Pietro (2011, p. 107), ou seja, conceitos subjetivo, material e formal. Em outras palavras, respectivamente, o vínculo orgânico pelo qual o Estado exerce diretamente ou por delegação o serviço público, o critério material relacionado ao interesse da coletividade e o regime jurídico de direito

público.

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

No entanto, Mayer (2009, p. 67) considera que no caso brasileiro atual, já não se pode mais observar, em certas circunstâncias, a existência dos três elementos, principalmente após as privatizações que foram feitas nos anos 90.

Corroborando com a tese desconstrutivista, a **Lei nº 9.742/97**, conhecida como a Lei Geral das Telecomunicações – LGT –, em seu artigo 63, considera que o serviço de telecomunicações poderá ser prestado sob os regimes privado e público. No entanto, pela análise conjugada dos arts. 21 e 175 da CF/88 prevê-se apenas o exercício de serviço público.

A **Lei nº 9.074/95**, que regula o setor elétrico, admite três hipóteses para a prestação de serviços neste setor: a outorga de concessão, o regime de autoprodução e o regime de produção independente.

Esta lei atinge frontalmente conceitos e provoca, segundo Mayer (2009, p. 67), inadequação à aplicação do que se entende classicamente como serviço público. Exemplo disso é a possibilidade de autoprodução do serviço de geração de energia, como está expresso nos seus arts. 5º e 7º. Daí se concluir que, neste caso, o produtor poderá estar diante de prestação de serviço público ou mera atividade econômica privada. Neste último caso, sujeita à livre concorrência.

Ainda na mesma lei, há o caso de livre produção, ou produção independente. Aqui, o produtor estará sujeito apenas às regras da livre concorrência. Nesta hipótese, macula-se o vínculo formal e o subjetivo, transparecendo a fragilidade classificatória nos padrões tradicionais.

Trata-se, pois, de mutação legal para o conceito de serviço público. Mais precisamente, apesar da previsão constitucional que atribui ao Estado o exercício do serviço público, a Lei em combinação com o art. 21 da CF/88 atribui pela outorga de autorização que um particular exerça, em livre concorrência, a prestação de serviços públicos.

Aplica-se aqui o conceito híbrido, pelo qual a conjugação constitucional, que

permite a delegação, juntamente com a previsão legal (dada por leis específicas de cada setor), substitui os conceitos básicos do que vem a ser o serviço público, dando-lhe uma maior dimensão, provocando a confusão e mutação de conceitos.

A principal conclusão a ser obtida da análise situacional destas leis, em combinação com os ditames constitucionais, diz respeito às conclusões que Sundfeld (2007, p. 3-5) e Couto e Silva (2002, p. 209) chegaram, mais precisamente, a de que não é mais necessária a observação do regime jurídico (no caso o público) para classificar uma atividade como sendo prestação de serviço público.

A questão é enfrentada por Di Pietro (2011, p. 104-105), quando demonstra que os conceitos iniciais que definiam o serviço público na nos aspectos subjetivo, material e formal, não mais se adequavam às novas práticas do Estado. Assim, segundo esta autora, os elementos supracitados foram afetados, in verbis:

O elemento **subjetivo**, porque não mais se pode considerar que as pessoas jurídicas públicas são as únicas que prestam serviço público; os particulares podem fazê-lo por delegação do Poder Público. E o elemento **formal**, uma vez que nem todo serviço público é prestado sob regime jurídico exclusivamente público.

Nesta concepção, restou inalterável apenas o conceito afinado com a relação material, cuja característica associa-se à satisfação de necessidades coletivas.

A análise desta nova visão possui sustentação, na medida em que a própria Constituição, em seu art. 21, incisos XI e XII, permite a delegação da prestação de serviço público, seja pela concessão e permissão seja pela autorização. Discute-se aqui, tão somente, o caráter precário ou não da chamada outorga de autorização.

Sob a hipótese de que o regime que deve orientar determinada atividade é o previsto em lei, abstrai-se um novo conceito de serviço público, rompendo com a doutrina tradicional. Atribui-se, dessa forma, à combinação Constituição Federal e Lei a definição das atividades que o Estado pretende dar o significado de serviço público.

Neste sentido, a exploração de serviços portuários relacionados com um Terminal Privado, estando resolvido por Lei, regulamentado por Resoluções da Agência Reguladora, não deixa de ser serviço público, já que previsto também na Constituição Federal.

Aragão (2003, p. 151), caracteriza de forma clara a relação entre os artigos

constitucionais 21, e 175, quando discute a titularidade ou não da União na prática de determinado serviço. Ao abordar a questão sob este ângulo, este autor de forma clara, demonstra que o art. 175 somente se aplica aos chamados serviços públicos com titularidade original da União. Logo, o artigo 21, em seus incisos XI e XII, pode transferir para privados o exercício de serviço público, através da outorga de autorização, para aqueles serviços cuja titularidade nata não seja específica da União.

Sob este aspecto, o legislador constituinte não se furtou a resolver o problema das delegações da prestação dos serviços públicos, levando-se em consideração os interesses estatais estabelecidos por lei. Assim, no desenvolvimento de políticas públicas, pelas quais se queira atrair o privado, pode a lei, em observância ao dizer do art. 21, da CF/88, chamar para o particular a prestação de serviço público, mesmo que sob o instituto da autorização.

As demais hipóteses previstas pelo art. 175, da CF/88, abrangem os chamados serviços públicos de titularidade da União, cuja passagem ao privado deve se dar de forma mais formal.

O art. 175 da Constituição Federal parece afirmar a titularidade estatal sobre as atividades econômicas *lato sensu* qualificadas como serviços públicos, ao estabelecer que devem ser prestados diretamente pelo Poder Público ou pelas empresas privadas, concessionárias ou permissionárias, que dele recebam a competente delegação. Não alude o art. 175 às atividades privadas ordenadas pelo Estado mediante autorização. Mas os incisos XI e XII do art. 21 tratam da prestação direta pela União ou indireta, mediante autorização, concessão ou permissão, dos serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos curso de água; a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária; os serviços de transporte ferroviário e aquaviário; os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Ao se referir à prestação de serviços mediante autorização, a Constituição incluiu entre os serviços públicos atividades não titularizadas pelo Poder Público. Apenas a concessão e a permissão transferem a particulares a execução de serviços públicos de titularidade estatal. As autorizações são instrumentos de ordenação pública de atividades de titularidade privada.

Maurer (2006, p.47), ao tratar a questão, sinaliza que os fins públicos podem ser atingidos por intermédio de pessoas jurídicas de regime privado. O resultado seria a combinação dos regimes público e privado, produzindo algo híbrido, mas com fortes características de serviço público. O trecho a seguir transcreve o que o referido autor pensa sobre tal composição.

Ao direito privado coberto e vinculado jurídico-publicamente, que está à disposição da administração no cumprimento de tarefas administrativas, aplica-se o direito privado, mas com as atenuações conferidas ao Estado. Mesclam-se os dois regimes, conjugando-se normas de direito privado com normas de direito público. **Com isso,**



**atingem-se fins públicos com meios privados. (Grifos meus).**

Esse é o entendimento pelo qual se estrutura e se compreende a nova ordem da prestação de serviço tido pela CF/88 como público. Sem essa assimilação, não há como se tratar os ditames das Leis das Telecomunicações, energia elétrica e dos Portos, dentre outras.

As características aqui contextualmente inseridas são plenamente corroboradas e fortalecidas com a nova MP 595/12, principalmente quando diz que, em seu art. 8º:

Art. 8º. Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada e processo seletivo públicos, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:

I - terminal de uso privado;

II - estação de transbordo de carga;

III - instalação portuária pública de pequeno porte; e

IV - instalação portuária de turismo.

§ 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterà as cláusulas essenciais previstas no **caput** do art. 5o, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.

Nota-se, nesta MP, o caráter contratual e recheado de formalidades típicas das concessões e permissões, como o que se vê no conceito de chamada pública.

Para Couto e Silva (2004, p. 334):

[...] quando isto acontece, há geralmente uma adaptação das normas de Direito Privado aplicadas ao Estado, mesclando-se, por vezes, à teia dessas disposições, preceitos de natureza pública. É que o Estado, qual rei Mídas, de algum modo terá tais normas. O regime continua a ser o de Direito Privado, mas não é absolutamente igual ao utilizado pelos indivíduos.

Em síntese dada por Mayer (2009, 69) para a problemática da conceituação do serviço público diante dos aspectos híbridos por ele assumidos em atividades relacionadas à infraestrutura:

O vínculo material encontra-se presente no artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição. O vínculo orgânico também encontra aí seu fundamento, pois o caput do artigo 21 diz quais são as competências da União. O vínculo formal, como mencionado, deixa de ser o regime jurídico de direito público para dar lugar ao direito privado administrativo, ou seja, um regime que une o direito privado e o direito público, com vistas não à persecução do interesse público, mas também à concretização dos anseios do particular que atua em colaboração com a Administração, ou seja, os interesses do empresário.

Em conclusão, Mayer (2009, p. 69) afirma que:

A nova configuração dos serviços públicos é o seu regime jurídico: setorial, que concilie o interesse público com o interesse privado e que possa utilizar de institutos jurídicos do direito privado para o atingimento de metas coletivas. Não há um

regime de prestação de serviço público, mas vários regimes.

Pela característica mais liberal do regime jurídico privado, principalmente na gestão de investimentos, o particular poderá explorar o setor portuário de forma mais competitiva e moderna. Preserva-se, dessa forma, a competitividade do Brasil em termos de comércio exterior e nos movimentos de cargas e pessoas de cunho interno ao País.

O regime híbrido, em que as regras de serviço público se mesclam com atividades voltadas para interesses comerciais econômicos, direcionam recursos financeiros para a efetiva aplicação das políticas públicas, que de outra forma esbarrariam em burocracias e falta de recursos orçamentários.

Diante deste cenário, questiona-se o tipo de prestação de serviço caracterizadora da atividade portuária privada: trata-se de serviço público, na acepção do artigo 21, inciso XII, alínea "f", ou de exercício de atividade econômica, conforme a combinação do excerto anterior com o que a lei diz? Acrescente-se a esta suposta confusão os dois tipos de exploração de terminais, nos quais há a subconcessão pela licitação no primeiro caso (terminais arrendados) e, por último, há a outorga de autorização para os terminais privados. Porém, em ambas as condições de outorga, a exploração do serviço é feita por particulares.

Posteriores à Lei nº 8.630/93 e 10.233/01 são as Resoluções nº 517/05 e nº 1.660/10, bem como o Decreto Federal nº 6.620/08. Este último, em especial, mudou radicalmente às políticas de governo até então praticadas para investimentos em terminais de uso privativo misto (no dizer da Lei 8.630/93), determinando que os serviços de movimentação de carga própria devem ser preponderantes sobre os de terceiros. Em outras palavras, impondo a natureza de serviço exclusivamente voltado aos interesses do proprietário da instalação portuária. Neste caso, o Decreto afasta a natureza jurídica de serviço público, muito embora ainda permita sua prestação pela comercialização de cargas de terceiros residuais. Ainda assim, há o hibridismo entre serviço público e atividade econômica particular.

Tem-se que a Lei nº 8.630/93 não estipulava volumes de cargas próprias e de terceiros, deixando livres suas proporções, para que a outorga dada pela ANTAQ fosse apenas concentrada em aspectos discricionários. A edição da Resolução nº 517/05 impôs que a carga própria devia ser tal, que justificasse por si só o investimento. No entanto, ainda não impunha

limitações em volumes de proporção. Já o Decreto Federal nº 6.620/08 e subsequentemente a Resolução nº 1.660/10-ANTAQ, impunham limites de preponderância da carga própria sobre a de terceiros, dando a outorga o condão de atribuir aos TUP a realização de atividades econômicas, no sentido aqui adotado de serviço privado, muito embora o caráter público estivesse preservado nas operações com eventuais cargas de terceiros.

Este era o ponto mais conflitante de toda autorização dada a estes terminais privativos, ou seja, até que ponto elas poderiam ser consideradas como precárias, e, portanto, sujeitas às mutações legais; e mais, seriam estes terminais, nesta caracterização legal, prestadores de serviços públicos ou privados na forma de atividade econômica?

Os arrendamentos de áreas portuárias, mais precisamente a subconcessão de serviço público feita a particulares para explorar instalações portuárias públicas, por licitação, atende perfeitamente o significado do serviço público. Sendo assim, considerando-se a simetria entre as operações realizadas em terminais arrendados com aquelas feitas nos privados (MP 595/12), há que se ter o cunho público para estas últimas, mesmo que no sentido híbrido, pois toda a sociedade é beneficiada com o crescimento da corrente de comércio brasileira.

Segundo Di Pietro (2011, p. 233), a autorização é definida pela doutrina como um “Ato discricionário, precário, unilateral, no qual a administração faculta ao interessado exercer determinada atividade, cujo exercício seria proibido sem esse consentimento”.

Portanto, a autorização e serviço público não estariam em perfeita combinação, principalmente quando se analisa os chamados **princípios do serviço público**, dentre os quais:

- dignidade da pessoa humana;
- satisfação da coletividade;
- atividades de interesse público;
- continuidade;
- universalidade;
- modicidade .

Trata-se, sem dúvida, de dicotomia, cuja sistematização de doutrinas e proposição de ideias novas devem sanar a lacuna existente na interpretação deste instituto. Há várias ações tratadas em órgãos controladores (TCU, AGU, MP) que abordam a questão,

inclusive com questionamentos sobre validade de outorgas atribuídas aos TUPM anteriores ao Decreto nº 6.620/10.

Mayer (2009, p. 80) sintetiza bem o problema quando diz que “seria possível uma autorização de serviço público? A Constituinte errou? Qual o sentido da autorização no artigo 21 e incisos da Constituição?”.

Há quatro diferentes respostas a estas perguntas, que podem ser enfocadas sob diferentes angulações do problema gerado pela autorização para exploração de instalações portuárias por privados.

A primeira delas seria tratar a autorização na mera concepção do exercício de atividade econômica por particular. Nesta situação, o particular se sujeitaria às regras estabelecidas pelas mais atuais leis, decretos e normas da agência reguladora do setor. É solução que gera instrumento precário de autorização, sem tempo determinado e totalmente discricionária.

Neste enquadramento, há clara remissão para a instabilidade dos empreendimentos, pois ao aplicar grandes somas em investimentos de infraestrutura, o empreendedor ficaria sujeito às instabilidades jurídicas provocadas por eventuais mudanças na lei.

Na segunda possibilidade, não se poderia permitir autorização, pois o artigo 175 da Constituição somente prevê as outorgas de concessão e permissão, sempre por licitação, para a prestação de serviço público.

Trata-se do entendimento de que a exploração de TUP não se viabiliza como serviço público e de que a Lei não pode determinar o tipo de outorga, mas apenas a Constituição Federal, através do artigo 175.

Trata-se de restrição demasiada pesada, significando interpretação altamente restritiva da conjunção dos artigos 21, XI e XII com o dispositivo do artigo 175 da CF/88. Além do mais, tal processo não permitiria a realização de investimentos para ampliação da infraestrutura portuária brasileira, podendo levar os movimentos de importação e exportação a sofrerem com a estagnação do setor portuário.

Como terceira hipótese, admitir-se-ia o uso da autorização de serviço público, em regime privado, para o exercício de determinadas atividades, tais como as de

telecomunicações e portos.

Neste caso, a autorização não se enquadraria como um serviço público, sendo exercida tão somente em regime privado. É o conceito doutrinário do exercício de atividade econômica no sentido estrito, tendo nele desconstituídas todas as hipóteses do hibridismo enfocadas neste texto.

Tal solução levaria o particular apenas ao exercício da atividade portuária de movimentação de suas mercadorias próprias, sem a possibilidade de operação com cargas de terceiros.

Para Justen Filho (2010, p. 548), cada instituto de outorga (autorização, permissão e concessão) tem aplicação específica, sendo que nenhum deles pode ser usado diferentemente do exato cabimento. Portanto, segundo ele:

[...] os poderes, direitos e deveres que decorrem para as partes, nas três hipóteses, são inconfundíveis entre si. É impossível a substituição de concessão e permissão por autorização. Não são três institutos fungíveis entre si cuja adoção dependeria de mera opção da Administração Pública.

Nota-se, também neste grupo, a essência do determinismo doutrinário, pelo qual se faz amarração total de conceitos, mesmo diante da mutabilidade imposta pelas novas condições evidenciadas nos negócios jurídicos, nas relações sociais e na comercialidade internacional imposta por novos conceitos mercantes.

Por fim, a última possibilidade é a combinação do art. 21, incisos XI e XII, da CF/88, com o que os dispositivos das leis do setor em especial. Tal conjunção é necessária para que se possa atribuir o caráter de prestação de serviço público.

Tal hipótese caracteriza o hibridismo no exercício da prestação de serviços públicos. Afasta-se, por conseguinte, a necessidade de sua vinculação ao regime jurídico público *stricto sensu*.

Esta linha reafirma à forma pela qual os TUPs veem explorando suas atividades econômicas: ora no sentido próprio, ora no interesse público, quando movimentam cargas de terceiros. Vê-se, pois, que há a aplicação de regime jurídico privado, mas na aceitação do hibridismo, há clara prestação de serviço público.

A publicação da MP nº 595/12 dá a este entendimento o cunho de política setorial do Governo, uma vez que extingue, por vez, a questão da necessidade de

movimentação de cargas próprias nos chamados Terminais de Uso Privado (art. 2º, IV).

## **1.2 – A delegação por outorga de autorização**

O desenvolvimento de portos brasileiro possui marcos bem delimitados ao longo de sua história. Desde os tempos mais remotos são o principal mecanismo de escoamento e desenvolvimento regionais, nacionais e internacionais de cargas. No princípio, eram atividades administradas por particulares, mas ao longo do tempo foram incorporados pelo Poder Público.

Com a extinção da Empresa de Portos do Brasil S/A – PORTOBRAS, empresa pública então responsável pela exploração portuária nacional, ocorrida nos anos 90, fez-se necessária uma reorganização de todo o sistema, processo que se iniciou no âmbito do Congresso Nacional com a discussão legislativa do Projeto de Lei (PL) nº 8/1991. O resultado dessa intensa discussão foi observado na publicação da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, conhecida como a Lei dos Portos. Nela, encontrava-se o grande divisor do setor, sendo considerada como marco fundamental das reformas legais, políticas e administrativas implantadas nos portos. Tratava-se do marco regulatório efetivo para todo o setor portuário. Contudo, a MP nº 595/12, tal como está atualmente no Congresso Nacional, estabelece novo marco regulatório, principalmente por seu caráter impulsionador de investimentos privados.

Neste trabalho, a Lei 8.630/93 será ainda referenciada como a Lei dos Portos, exatamente por sua grande importância como divisor de águas para o setor. Já a MP nº 595/12 será chamada de Nova Lei dos Portos. O entendimento da Nova Lei dos Portos requer a contextualização da sua predecessora – A Lei dos Portos.

A Lei dos Portos, em seu art. 4º, dispunha sobre os possíveis regimes de exploração de instalações portuárias, dentre os quais se encontravam os Terminais Portuários de Uso Privativo – TUP (art. 4º, II), mais especificamente os do tipo misto (TUPM). A capacidade de movimentar cargas consideradas como próprias e de terceiros é o fator que caracterizava este tipo de outorga. Constituíam-se no ponto mais crítico em termos políticos que o setor enfrenta, pois contrastava com os investimentos feitos nos chamados terminais arrendados (art. 4º, I – Lei n 8.630/93). Na verdade, a exploração dos portos na forma do art. 4º, incisos I e II, permeava os dois modelos de outorga: o arrendamento (inciso I) e a autorização (II).

Havia, na verdade, três tipos de exploração portuária. A primeira é realizada

nos limites da poligonal dos portos organizados, em áreas mantidas sob o domínio da União, nos chamados cais públicos. A segunda forma envolve as operações feitas nos terminais arrendados (subconcedidos via licitação a operadores privados). Por último, há a hipótese das outorgas de autorização representadas pela possibilidade de particulares explorarem atividades portuárias. Isto é feito pela construção e operação dos chamados TUPM. A ocorrência de um TUP podia ser dentro ou fora da área do porto. Hoje, a Nova Lei dos Portos limita esta exploração a áreas fora do Porto Organizado. Os TUPs já existentes dentro do porto, que se encontravam sob a vigência da Lei dos Portos, continuarão a serem operados (MP 595/12, art. 51).

Abaixo, transcreve-se parte do art. 4º e seguintes da Lei 8.630/93 para melhor entendimento de como a Lei dos Portos tratava da exploração das instalações portuárias, *in verbis*:

**Art. 4º** Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

I - **de contrato de arrendamento**, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando localizada dentro dos limites da área do porto organizado;

II - **de autorização do ministério competente**, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado.

§ 1º A celebração do **contrato e a autorização** a que se referem os incisos I e II deste artigo devem ser precedidas de consulta à autoridade aduaneira e ao poder público municipal e de aprovação do Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (Rima).

§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:

I - uso público;

II - uso privativo:

a) exclusivo, para movimentação de carga própria;

b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

(...)

**Art. 5º** O interessado na construção e exploração de instalação portuária dentro dos limites da área do porto organizado deve requerer à Administração do Porto a abertura da respectiva licitação.

**Art. 6º** Para os fins do disposto no inciso II do art. 4º desta lei, considera-se autorização a delegação, por ato unilateral, feita pela União a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

§ 1º A autorização de que trata este artigo será formalizada mediante contrato de adesão, que conterà as cláusulas a que se referem os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XV, XVI, XVII e XVIII do § 4º do art. 4º desta lei.

§ 2º Os contratos para movimentação de cargas de terceiros reger-se-ão, exclusivamente, **pelas normas de direito privado**, sem participação ou responsabilidade do poder público. (Grifos meus).

Observa-se, pela leitura do diploma legal, que o primeiro critério utilizado para a definição de exploração de áreas portuárias tinha caráter estritamente patrimonial, quer dizer, o caráter mandatário de onde será realizado o empreendimento e a consequente titularidade da área. A lei não faz qualquer distinção quanto ao regime de exploração mesmo que o terminal a ser outorgado esteja localizado dentro da poligonal do porto organizado, sendo determinante para isto apenas a caracterização da titularidade da área.

A despeito da previsão legal contida no escopo do caput do art. 6º, no sentido de a autorização se tratar de delegação unilateral e, mais adiante, em seu inciso I, dispor que esta se aperfeiçoará por meio de Contrato de Adesão, é certo que o instrumento em questão deve conter prazo que contemple o período de vigência autorizativa a título de cláusula essencial, consoante disposto no § 1º, do art. 6º, c/c o inciso XI, do § 4º, do art. 4º, da Lei dos Portos.

Nesta linha, a tese de que o instrumento autorizativo para exploração de TUP tenha caráter precário parece ser difícil de subsistir, eis que a própria Lei dos Portos estabelece que o Contrato de Adesão será o meio pelo qual a autorização se aperfeiçoará e que este instrumento conterá cláusula essencial dispondo sobre o período em que vigerá a outorga, consoante previsto no assinalado art. 6º.

Trata-se, sem dúvida de posicionamento com relação ao tipo de exploração exercida pelos antes chamados de TUPM, principalmente porque envolvia políticas de governo e possibilidade de captação de vultosos investimentos no setor. É um misto de política, de fomento, atração de capital e significado da preservação constitucional de certos serviços, tidos como de atribuição direta e indireta da União. Está claro que quanto mais instável as relações jurídicas e legais, menor o volume de investimentos privados, e consequentemente, maiores o teor de recursos a ser injetado pelo Governo no setor.

Conforme seja o entendimento da precariedade, se é ou não serviço público, havia mais ou menos flexibilização nas outorgas de TUPM, principalmente no trato que eles tem de carga de terceiros. Entenda-se a antiga disputa entre TUPM e terminais portuários de uso público (arrendatários), como pertencente ao segmento de cargas em contêineres, cujo valor agregado é muito mais significativo do que a movimentação de outras *commodities*. Vale lembrar que a Agência Reguladora do setor – ANTAQ – somente efetivou outorgas de autorização para os TUPM antes da edição do Decreto 6.620/93. Após este Decreto, não houve mais autorização para a movimentação de contêineres por parte de TUPs.



Com a MP nº 595/12, torna-se matéria sem pauta a discussão sobre carga de terceiros e própria. A decisão política de capacitação de recursos para investimentos provenientes de particulares faz com que a Nova Lei dos Portos elimine qualquer restrição de operação por parte de TUPs.

Além das outorgas de autorização para TUPM, a Agência do setor aquaviário emite também outorgas para as chamadas Companhias Brasileiras de Navegação, seja na navegação de longo curso, seja na de percurso interior. Nestas, aplica-se com certeza o caráter mais tradicional dado aos conceitos de autorização, principalmente no entendimento de que ela é precária (Lei nº 9.432/97). Há que se reconhecer, entretanto, que não se pode considerar um Contrato de Adesão, que visa autorizar a exploração de empreendimentos portuários - que por vezes envolvem cifras da ordem de bilhões de reais - como sendo de caráter precário, o que estaria por afrontar o consagrado princípio da razoabilidade, mormente se considerarmos que se deve tutelar a segurança jurídica dos investimentos em infraestrutura do setor regulado.

A Lei dos Portos buscou transferir à iniciativa privada as atividades de operação portuária realizadas no âmbito dos portos públicos valendo-se, para tanto, dos assim chamados contratos de arrendamento, permitindo igualmente, que empreendedores construíssem em áreas sob sua titularidade os denominados terminais portuários de uso privativo, mediante prévia autorização do Poder Público, por meio de contratos de adesão.

É de se observar, ainda, que a Lei dos Portos não fixou limites para a movimentação de cargas próprias e de terceiros por parte dos Terminais de Uso Privativo – TUP. Ao contrário, ante o caráter predominantemente privatizante que permeava o cenário socioeconômico nacional à época da sua edição, é de se presumir que o legislador pretendeu efetivamente **atrair o investimento privado** para a atividade portuária, seja no âmbito do porto público por meio de arrendamentos, seja em área privado por meio dos TUPM.

Ocorre que, ao longo do tempo, desde a sua instituição, onde não existiam quaisquer limites à movimentação de cargas de terceiros, a exploração de terminais portuários privativos de uso misto – TUPM – vinha sofrendo restrições de cunho regulatório, promovidas primeiramente pela edição da Resolução nº 517-ANTAQ, de 2005, e, posteriormente, por meio do Decreto Presidencial nº 6.620, de 2008.

Subsequentemente, as regras que permitiam tal exploração foram sendo alteradas, partindo-se de uma simples constatação fática de existência de cargas próprias e de terceiros (regra de 1993 - 1º momento), vindo a se exigir volumes de carga própria que

justificassem a implantação do empreendimento (regra de 2005 - 2º momento), para culminar com a necessidade de movimentação/existência de carga própria preponderante, consoante o disposto no citado decreto (regra de 2008 - 3º momento).

Com a edição da norma aprovada pela Resolução nº 517-ANTAQ, de 18 de outubro de 2005, estabeleceu-se exigências acerca de questões envolvendo a outorga de TUPM em função das cargas a serem movimentadas. Ainda assim, a restrição estava diretamente focada no âmbito das cargas próprias, que deveriam ser movimentadas em volume suficiente a justificar a instalação do empreendimento. A norma traduziu esta limitação da seguinte forma, *in verbis*:

Art. 5º A interessada na autorização de que trata esta Norma deverá dirigir requerimento à ANTAQ, instruído com a seguinte documentação:

[...]

II - Habilitação Técnica:

[...]

c) declaração da requerente especificando as cargas próprias que serão movimentadas no terminal, com movimentação anual mínima estimada que justifique, por si só, de conformidade com estudo técnico especializado, a sua implantação, e, com relação às cargas de terceiros, se houver, a natureza destas;

[...]

É de se observar, portanto, que no intervalo de tempo entre a edição da Lei dos Portos, em 1993, e a publicação da norma aprovada pela Resolução nº 517-ANTAQ, em 2005, não havia qualquer restrição à outorga de TUPM relativamente às cargas a serem por eles movimentadas. Sendo, conseqüentemente, neste intervalo de tempo, plenamente livre a movimentação de cargas de terceiros em qualquer proporção com relação às cargas próprias. No entanto, não havia a dispensa da existência de carga própria. Tal entendimento é questionado subsequentemente pelo Tribunal de Contas da União (TCU), que no processo nº 015.916/2009-0, com relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, ainda em tramitação, atua na linha de que os terminais autorizados na vigência anterior à Resolução nº 517/05 deveriam se adaptar às novas regras do então Decreto 6.620/08. Posteriormente, far-se-á considerações sobre as questões envolvidas com este processo, principalmente porque se coadunam com os enfoques aqui tratados em relação à carga própria e de terceiros e precariedade da outorga de autorização.

Precisa-se frisar que o legislador, ao editar a lei nº 8.630/93 não inibiu investimentos para TUPM. Pelo contrário, a Lei assegurava aos interessados a oportunidade

de movimentar cargas de terceiros sem limitações. Contudo, sendo um TUPM também considerado uma espécie de porto, e, por conseguinte, de atribuição da União, a norma da ANTAQ nº 517/05 tratou de restringir a movimentação de carga de terceiros, na medida em que a carga própria deveria justificar, por si só, os investimentos pretendidos. Está aqui retratado o caráter verticalizado pelo qual se atribuía a razão de ser destes terminais privativos. Por esse pensamento, a atividade desenvolvida por um TUPM estaria sempre associada a uma cadeia industrial, pela qual o terminal seria apenas um centro de custo. Dessa forma, não poderia ser a movimentação de cargas de terceiros sua maior razão de ser, deixando então de concorrer diretamente com os terminais arrendados localizados dentro de Porto Organizado.

Tal alteração do perfil legal da regulação foi em muito motivada pela natural pressão que os terminais arrendados, através de suas associações, fizeram no mercado, na justificativa de que havia assimetria concorrencial entre os dois modelos de exploração. Para estes terminais, a participação em processo licitatório, no qual a escolha do vencedor sempre se dava através de maior lance, bem como todos os demais encargos de manutenção deste tipo de terminal (inclusive a obrigação de contratação de mão de obra do OGMO, art. 26 e 27 da Lei dos Portos), apontava no mercado um favorecimento concorrencial para os TUPs.

A partir da edição do Decreto nº 6.620, de 29 de outubro de 2008, efetivamente se implantou um novo marco regulatório para a concessão de outorga de TUPM marítimos, tendo por base o perfil das cargas a serem movimentadas, sejam elas próprias ou de terceiros, uma vez que passaram a ser introduzidos os critérios de preponderância, eventualidade e subsidiariedade. No contraponto, os TUPs tinham que investir mais intensamente em infraestrutura, já que tratam-se de investimentos nomeados de “*greenfields*”<sup>5</sup>.

Complementando o Decreto, a ANTAQ editou a norma aprovada pela Resolução nº 1.660-ANTAQ, de 8 de abril de 2010, passando a contemplar as inovações trazidas no escopo do citado decreto, vigendo no ordenamento anterior à MP 595/12 e estabelecendo uma abstinência de outorgas de autorização para terminais de contêineres deste então. No entanto, na Nova Lei dos Portos não há mais a aplicação de limites, já que o Decreto 6.620/08 foi explicitamente revogado com a revogação da Lei dos Portos.

---

<sup>5</sup> Greenfield é investimento no qual o proprietário tem que realizar toda implantação dos recursos físicos, logísticos e legais referentes às condições operacionais do projeto. Em TUPs, por exemplo, o particular deve dragar e manter dragado o canal de acesso ao seu terminal.

## 2 – A OUTORGA DE AUTORIZAÇÃO EM SETORES CRÍTICOS

O título de “precária” que a maioria dos doutrinadores estabelece para autorizações não pode ser usado como argumento para que ela não se sujeite às regras que regulam a estabilidade das relações jurídicas. A doutrina não é estanque, sendo nela encontradas posições caracterizadoras de uma nova autorização, justamente esta em que, segundo Sundfeld (2006, p. 394), se enquadram investimentos de aportes elevadíssimos, sobre os quais se refletem arranjos da infraestrutura brasileira.

A evolução da descentralização da administração pública, juntamente com a observância das regras constitucionais, e a necessidade de quebra de monopólios faz com que se estabeleçam novas formas de exploração e atribuição de serviços considerados como de interesse geral. Para Aragão (2007, p. 220):

A limitação conceitual das autorizações a atos discricionários seria, assim, meio inadequado ao alcance dos objetivos do marco regulatório da maior parte dos setores da economia em que é utilizada, qual seja, a atração de capitais, para o que é imprescindível um nível satisfatório de **segurança jurídica**, ainda mais se considerarmos os elevados investimentos que esses setores demandam. (Grifos meus).

Especial exemplo dessa afirmação encontra destaque na chamada Lei Geral das Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/97). A atuação do Poder Público na forma de um “Estado Regulador” exige novas formas de captação de investimentos, no qual o financiamento dos objetivos traçados pelo Governo possa ser compartilhado com a iniciativa privada. Não cabe nesse modelo a observação estrita de doutrinas que se perpetuaram ao longo de épocas passadas, nas quais os investimentos eram todos canalizados e aplicados pelo Estado. Assim, permeando o Estado intervencionista – tipicamente caracterizado pelas autorizações tradicionais – e o Estado liberal, situa-se o Estado Regulador. Nele, a atratividade de políticas favoráveis ao desenvolvimento da Nação passa inevitavelmente pela vinculação do capital ao risco existente em investimentos nos setores de infraestrutura. Portanto, políticas novas não podem se apegar a formas anteriormente adequadas ao Estado intervencionista.

A LGT torna a autorização um ato vinculado (art. 131, §1º), *in verbis*:

Art. 131. A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias.

§ 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de

telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias.

§ 2º A Agência definirá os casos que independem de autorização.

§ 3º A prestadora de serviço que independa de autorização comunicará previamente à Agência o início de suas atividades, salvo nos casos previstos nas normas correspondentes.

§ 4º A eficácia da autorização dependerá da publicação de extrato no Diário Oficial da União.

Na verdade, o setor de telecomunicações, assim como o aquaviário, possui dois tipos de outorgas: serviços prestados em regime público; e aqueles prestados em regime privado. No primeiro caso, dá-se outorgas através da permissão ou concessão, isto é, com concorrência via procedimento licitatório. Possuem impacto no âmbito do interesse coletivo, sendo definidos pelo Poder Executivo e regulados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. A via normal de outorga para estes serviços é a concessão, constituindo-se a permissão apenas em caráter transitório, em situações emergenciais, até que esta cesse, quando a outorga deixará de valer (art. 43, §2º, Regulamento dos Serviços de Telecomunicações – RST –, alterado pelas Resoluções ANATEL nos. 234/90 e 343/90). Já as concessões são tidas como mais estáveis, porém, da mesma forma que no setor aquaviário, sujeitas a tempo determinado (art. 43, §1º). Aplica-se ao regime público as mesmas características doutrinárias sobre serviços públicos, tais como universalidade, modicidade de tarifas, serviço adequado.

Os serviços explorados como regime privado estão regulados nos arts. 52 a 57 do RST. Visam o lado da exploração econômica tipificadas nos serviços descritos pela Constituição Federal de 1988 como a Ordem Econômica (art. 52). Na mesma linha dos serviços aquaviários outorgados por autorização, também o RST submete os investimentos a serem feitos pelo setor privado ao fluxo e refluxo de novas leis e normas infralegais. É o que diz o art. 55, quando considera a hipótese de que a prestadora de serviço não terá direito adquirido à permanência às condições vigentes no ato da outorga. Mais uma vez, faz a aplicação doutrinária da chamada precariedade da outorga de autorização, mesmo que no seu parágrafo único, seja referendado prazo para que a outorgada se adapte às novas leis e normas.

A LGT submete-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), no que diz respeito à utilização concomitante dos regimes público e privado para exploração dos serviços por ela disciplinados, dentre outros dispositivos questionados pelo Partido Comunista do Brasil (PCB), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Democrático Trabalhista (PDT). Na

ADI nº 1.668, com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski – o Ministro Nelson Jobim, votou pelo total reconhecimento da constitucionalidade da LGT. No seu voto, Jobim assegura que:

Não há inconstitucionalidade alguma no fato de cada modalidade de serviço estar destinada à prestação exclusivamente no regime público, no regime privado ou, concomitantemente, em ambos os regimes, sem qualquer exclusão. A Agência poderá definir, e, em alguns casos concretos, há o interesse público no sentido de que um serviço possa ser, ao mesmo tempo, privado – forma pela qual poderá ser financiado – e aberto ao público [...]. Não vejo inconstitucionalidade alguma em relação à concomitância.

Corroborando ainda mais o sentido concreto do instituto da autorização, Aragão (2007, p. 235) afirma que:

[...] é, então, a letra da Constituição (em referência à autorização definida em seu art. 21. **Observação nossa**), somada à sua necessária evolução e aos paradigmas da hermenêutica constitucional, que nos leva a afirmar haver serviços de telecomunicações e outros enumerados nos incisos XI e XII do art. 21 (incluam-se portos/terminais portuários. **Observação nossa**), que podem, observado o Princípio da Proporcionalidade, em seus aspectos omissivo e comissivo, ser despublicizados, tornando-se atividades econômicas privadas de interesse público.

Portanto, em paralelo ao que a LGT acentua, também no setor de infraestrutura aquaviária, a autorização ganha aspectos de maior estabilidade, justamente porque admite a relação contratual (Contrato de Adesão), temporal (válida por 25 com prorrogação de mais 25 anos), e, sobretudo, porque há pré-requisitos e posteriores submissões à ANTAQ, cuja aceitação é condição *sine qua non* para a validade da outorga de autorização. Estas características fundamentais na espécie “outorga de autorização” para TUPs foi mantida pela Medida Provisória vigente.

Há, mesmo com a nova redação dada pela MP 595/12, dois tipos de terminais de uso público: os que exploram cargas exclusivamente suas, e os que operam cargas próprias e de terceiros. Ambos, sob a égide da nova lei são considerados como Terminais de Uso Privado (TUP), mas suas outorgas, sob o ponto de vista da autorização podem ter dimensões diferentes. Em uma comparação com o setor de telecomunicações, dá-se, por exemplo, ao operador de Radioamador uma outorga de autorização como forma de privatização da atividade prevista na CF como pública. Da mesma forma, autoriza-se ao particular o direito de explorar TUP para seu uso próprio. Neste caso, a estabilidade é clara, já que a verticalização da atividade comercial do operador dita suas próprias normas, e as eventuais mudanças em leis não lhes afetarão a capacidade de movimentação de cargas, já que elas estão totalmente

sob seu controle. Já os autorizatários dos TUPs que movimentam cargas próprias e de terceiros podem se sujeitar às mudanças no arcabouço legal, pelo entendimento de que na mutação da lei deverá haver mutação na autorização. Basta uma ingerência em qualquer dimensão regulada sobre carga de terceiros que haverá reflexos imediatos nas condições operacionais desses TUPs.

O sentimento de maior ou menor segurança regulará a quantidade de recursos financeiros a serem ejetados pela iniciativa privada em negócios portuários. Sendo assim, quando o Governo necessita de entrada de capital em empreendimentos estruturantes, poderá haver conjunto de normas com maior segurança jurídica, mas, ao contrário senso, no caso de proteção do mercado setorial, há regras que podem privilegiar os detentores de terminais arrendados.

A questão ganha relevância diante da dualidade existente na exploração de terminais portuários, cuja distribuição hoje, por lei, é feita nas relações existentes entre Autoridade Portuárias de Portos Públicos e arrendatários, e, no lado oposto, nos títulos de autorização, dados pela ANTAQ aos particulares com domínio útil ou proprietários de terra.

Trata-se, sobretudo, da observância do que estava escrito na Lei 8.630/93 – Lei dos Portos e que foi ratificado, com pequenas alterações, pela MP dos Portos. Por elas, estas duas formas de exploração de instalações portuárias são plenamente prescritas (Lei 8.630/93, art. 4º, I e II; e MP 595, art. 2º, incisos I a XII), tal qual se faz na LGT. Portanto, arrendar um terminal ou autorizar ao particular sua exploração é uma questão de oportunidade e interesse público, retratadas na necessidade com que o País exige maiores capacidades de escoamento de sua produção e capacidade de receber cargas externas (movimentos de exportação e importação). Alie-se a isto, a vocação muito maior de fomento financeiro que está disponível no setor privado e tem-se condição adequada para incentivar a exploração de novas instalações portuárias.

Não se espera que se deixe de investir em infraestrutura porque o Governo não tem capital para isso. A tendência de crescimento do setor nos últimos anos é constatação fática. Tipifica-se, no caso de se querer investimentos privados, a percepção do mercado em questões tais como estabilidade legal, respaldo jurídico e normas reguladoras favoráveis. Para tornar atrativa tal captação não se pode cercar o empreendedor de incertezas legais, com submissões genéricas ao sabor das mudanças legais. Muito menos, levar às instâncias de controle questões sobre precariedade da lei, quando na verdade, o capital privado é desejável

para fomento de atividades em infraestrutura.

Nesse sentido, a autorização para exploração de terminal portuário de uso privado (MP nº 595/12, art. 2º e seus incisos) não é mero fato casual, ou mesmo uma discricionariedade absoluta da agência reguladora do setor, mas sim a confirmação de que há oportunidades de desenvolvimento refletidas na construção e exploração desses grandes empreendimentos. Em outras palavras, as políticas do Governo há de ditar a intensidade do grau discricionário das Agências nas suas capacidades de outorga por autorização.

Corroborando a necessidade de maior estabilidade, requerida pelo instituto da autorização aplicada ao caso de outorga para construção e exploração de TUP, está explícito no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – abaixo reproduzido – que o ato jurídico perfeito e o direito adquirido devem ser respeitados.

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957).

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

Diante disso, conclui-se que a autorização administrativa para construção e exploração de terminais portuários de uso privado possui previsão Constitucional e legal. Sob a ótica constitucional não há nenhum dispositivo que negue ao particular a exploração desses empreendimentos, desde que atenda aos requisitos estipulados pelo órgão regulador, se sujeitem a seus atos fiscalizatórios e prestem serviços adequados. Do ponto de vista legal, a Medida Provisória, ainda carente de Decreto regulamentador, e as Resoluções da ANTAQ regem e disciplinam o instituto. Além disso, possui, sob a égide da Resolução nº 1.660/10-ANTAQ, contrato de adesão e tempo de resolução de até 50 anos. Destaque-se aqui que todas as Resoluções da Agência Reguladora devem sofrer revisões para adequação à MP e ao futuro Decreto. No entanto, os ditames de que o Estado está disposto a captar novos investimentos privados está explícito na nova lei e deverá ser plenamente favorecido por estas resoluções.



## 2.1 - Previsão constitucional da outorga de autorização (art. 21, XII, f)

O art. 21, inciso XII, alínea “f” caracteriza como de competência da União a operação de Portos. Inclua-se nisso os Terminais Portuários, que em menor escala, equivalem-se a portos. Logo, dá-se aos Terminais Portuários o cunho de prestação de serviço público, não caracterizado como serviço público próprio, mas no exercício de interesse geral de grande relevância. Trata-se sem dúvida da atribuição da prestação de serviço público, sob o regime jurídico de direito privado.

Em uma análise mais técnica sobre o setor portuário, sob a ótica exclusiva de um Porto Organizado, como já visto, o Brasil adota o modelo “Landlord”, ou seja, há claramente o caráter misto na gestão portuária. Em uma instância mais abstrata pode-se pensar em um quádruplo arranjo que rege a organização portuária brasileira: políticas governamentais, administrador portuário, operador portuário e agência reguladora. Em outras palavras, respectivamente, o Estado dita o tom das normas, o braço público encontra-se com as Autoridades Administrativas dos portos, o ente privado age como operador de cargas e descargas, e, por fim, a ANTAQ exerce as funções que estabelecem de forma continuada a ação do Estado sobre seus entes regulados.

Para os Terminais de Uso Privado, no entanto, tal modelo não se aplica, visto que o particular administra e opera sua própria instalação portuária. Contudo, sujeita-se, da mesma forma que um terminal arrendado, ao braço regulatório do Estado, expresso na observância das leis próprias e nas ações regulatórias da Agência Reguladora. Com a recente liberação de movimentação de cargas de terceiros, admite-se o reconhecimento de que um TUP faz parte das políticas públicas, pelas quais se dá o caráter necessário desses investimentos no atendimento das necessidades comuns da sociedade, ou seja, na fluidez das cargas de importação, exportação e das outras formas internas de comércio marítimo-fluvial.

No art. 21, há expressa previsão do instituto da autorização, sendo assim uma forma de atribuição da exploração de instalação portuária por particular sob delegação de atribuição de competência da União.

Sob a ótica da prestação de serviços públicos, alguns doutrinadores mais tradicionais reconhecem, na exploração de TUP, os requisitos de serviços públicos, muito embora não seja serviço público no sentido jurídico. É o caso de Di Pietro (2011, p. 228), *in verbis*:

Os chamados serviços públicos autorizados, previstos no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do poder público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas com prestação a terceiros (casos de concessão e permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também interesse público.

O exercício de serviços autorizados por particulares em terminais do tipo TUP é visto por Di Pietro (2001, p. 113, apud CRETELA JUNIOR, 1980, p. 50), como prestação de serviço público impróprio, cujo texto original é abaixo transcrito para melhor compreensão:

[...], serviços públicos **próprios** são aqueles que, atendendo a necessidades coletivas, o Estado assume como seus e os executa **diretamente** (por meio de seus agentes) ou **indiretamente** (por meio de concessionários e permissionários). E serviços públicos **impróprios** são os que, embora atendendo também a necessidades coletivas, como os anteriores, não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele **autorizados, regulamentados e fiscalizados**; eles correspondem a atividades privadas e recebem **impropriamente** o nome de **serviços públicos**, porque atendem a necessidades de interesse geral; vale dizer que, por serem atividades privadas, são exercidas por particulares, mas, por atenderem a necessidades coletivas, dependem de autorização do Poder Público, sendo por ele regulamentadas e fiscalizadas; ou seja, estão sujeitas a maior ingerência do poder de polícia do Estado.

No parágrafo seguinte, Di Pietro (2011, p. 113-114) ressalta ainda mais a descaracterização de que a prestação de serviço por parte de TUP enquadra-se como serviço público em sentido jurídico (no regime jurídico de direito público). Em suas palavras:

Na realidade, essa categoria de atividade denominada de serviço público impróprio **não é serviço público** em sentido jurídico, porque a lei não a atribui ao Estado como incumbência sua, pelo menos, não a atribui com exclusividade; deixou-a nas mãos do particular, apenas submetendo-a a regime especial jurídico, tendo em conta a sua relevância.

São considerados como impróprios porque são exercidos diretamente por particulares, mediante autorização formal, sofrendo regulação e fiscalização do Estado. Portanto, a relação entre a prestação de serviços por um TUP é considerada como particular, apenas se relacionando com o conceito jurídico de serviço público no que atende a interesse geral.

A partir deste conceito, permeado por um sentido evolutivo do Direito Administrativo Brasileiro, também se infere o caráter já observado nas relações estabelecidas entre TUP e Agência Reguladora do setor. A ANTAQ não apenas dá a outorga de autorização, mas, exige, na forma da lei, que o prestador de serviços satisfaça condições pré-estabelecidas

(DAS OBRIGAÇÕES DA AUTORIZADA: art. 14 da Resolução 1.660/10, ainda sujeita às revisões em função da nova MP), bem como continue a exercer suas atividades dentro de padrões descritos no Contrato de Adesão, exercendo dessa forma, o que Di Pietro (2011, p. 113) denomina de regulamentados e fiscalizados.

Portanto, não se trata de mera autorização, mas de relação jurídica, pela qual se exige a satisfação de condições operacionais e se exerce o poder público subsequente através de atos regulatórios e fiscalizatórios da Agência, cuja tradução é estipulada nas infrações e penalidades a que se sujeitam os TUP. Há vinculação estabelecida pelos pré-requisitos necessários à outorga, que habilita ao investidor privado o direito de explorar atividade de movimentação e armazenagem de carga em terminal privado.

Em síntese, a atividade desempenhada por um terminal portuário privado caracteriza-se pela outorga de autorização, plenamente inserida na Constituição Federal, não tendo cunho precário, exercida no interesse público, classificando-se como prestação de serviço público impróprio, com preços livres (sob o regime de direito privado), tendo como elemento interveniente do Estado a Agência reguladora setorial – ANTAQ –, que atua no setor com atos de regulação e fiscalização.

## **2.2 - Previsão infraconstitucional da outorga de autorização**

A autorização para a exploração de uma instalação portuária por ente privado encontra respaldo na lei, em decretos e nas resoluções da agência reguladora do setor.

Todos estes institutos estabelecem caráter mais formal a este tipo de outorga, reforçando a sensação de que não se trata de ato com viés de precariedade. No estabelecimento da autorização, o Poder Concedente procede a ato discricionário vinculado à satisfação de requisitos técnicos e logísticos. O resultado de todo o processo é a assinatura de contrato de adesão que o ente privado faz com a União.

Com a edição da Nova Lei, espera-se a emissão de novo Decreto regulamentar, bem como completas revisões nas Resoluções da ANTAQ. Hoje, a MP ainda encontra-se no Congresso Nacional, sujeita às eventuais Emendas, cujos reflexos serão motivo de futuras adaptações nos atores do mercado portuário.

O Quadro 1, a seguir, relaciona uma coletânea de normas cujos teores lidam

com a outorga de autorização, em atualização contemporânea a esta monografia.

**Quadro 1 – Legislação relativa às outorgas de autorização para TUPM.**

Onde	Destques
MP 595/12	<p>Art. 4º, Caput. Assegura a forma contratual para as concessões e arrendamentos, que são as formas de exploração sob o modelo de Porto Organizado. No caso de Porto Organizado, prevê-se a concessão privada, mas mantêm-se o modelo “<i>Landlord</i>”.</p> <p>Art. 4º, §2º. Atribui competências à ANTAQ para o procedimento licitatório, mas garante a relação contratual com o chamado “Poder Concedente”, que neste momento passa a ser a Secretaria de Portos (SEP).</p> <p>Art. 8º caput. Determina a outorga de autorização a particular, estabelece o chamamento público em eventual processo seletivo e proíbe novas instalações privadas do tipo TUP dentro do Porto Organizado.</p> <p>Art. 8º, §1º. Formalização da outorga de autorização pelo Contrato de Adesão.</p> <p>Art. 8º, §2º. Dá o mesmo prazo para a validade da outorga de autorização que o do arrendamento, isto é, 25 anos. Há aqui o diferencial da renovação deste prazo, que neste caso será por períodos sucessivos, ao passo que no arrendamento renova-se, a critério do Poder Concedente, por mais 25 anos apenas.</p>
já revogado, mas deixado aqui como forma de entendimento da contextualização anterior	<p>art. 6º – caráter complexo da autorização para construção e exploração de TUP Misto</p> <p>art. 26 – ato complexo</p> <p>art. 36 – estabelece a análise técnica para a autorização em função da legislação existente. No §1º há manifestação da SEP quanto às políticas e diretrizes de portos, isto é, há a liberação do terminal em função de seu planejamento para operar cargas próprias e de terceiros.</p> <p>art. 37 – estabelece a formalização da autorização através de contrato: <b>o contrato de adesão.</b></p> <p>art. 38 – exigências para a outorga e afirmação do caráter privado nas relações entre autorizatário e seus clientes (cargas de terceiros).</p> <p>art. 35, II – define-se preponderância de carga própria nas movimentações dos TUP Mistos.</p> <p><b>Art. 53.</b> As disposições deste Decreto não alcançam os atos legais praticados anteriormente a sua edição. → O Decreto 6.620/08, cuja matéria mais polêmica envolve a chamada predominância de carga própria, exclui textualmente a aplicação destes conceitos aos terminais portuários de uso privativo misto já autorizados anteriormente a este Decreto. Há na outorga de autorização formalização por contrato de adesão e obrigações, infrações, penalidades, dentre outras exigências.</p>
Resolução nº 517/05-ANTAQ	<p>Foi substituída pela Resolução nº 1.660/10-ANTAQ, de 8 de abril de 2010.</p> <p>art. 2º, I – considera a outorga de autorização um ato administrativo unilateral.</p> <p>art. 2º, §1º. A outorga será válida pelo prazo em que a empresa privada ou entidade pública autorizada permanecer na atividade industrial ou comercial que justificou o pedido de autorização, conforme disposto nesta norma.</p> <p>art. 5º, I – Da habilitação jurídica e regularidade fiscal. Enumera os requisitos exigidos da empresa no contexto do inciso.</p> <p>art. 5º, II – Habilitação técnica. Enumeração dos requisitos técnicos, com destaque para o memorial descritivo das instalações do terminal</p> <p>art. 8º – TUPM dentro da poligonal do porto organizado necessitam de manifestação da Autoridade Portuária (ato administrativo complexo)</p> <p>art. 9º – análise concorrencial. Caso haja indícios, caberá à ANTAQ o encaminhamento da questão para a SDE, SEAE e CADE.</p> <p>art. 12 – caracterização das obrigações dos TUPM, que sujeitam estes terminais à regulação da Agência, existindo infrações, penalidades e multas.</p> <p>art. 17 – o titular do terminal portuário de uso privativo, autorizado mediante contrato de adesão celebrado anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 10.233, de 2001, observará, <b>no que não conflitar com os termos do referido contrato de adesão</b>, o estabelecido nesta norma. (Grifos nossos). → Esta é a interpretação da aplicação da lei e norma no tempo: a consideração ao que foi estabelecido em contrato de adesão.</p>

Resolução 1.660/10-ANTAQ	<p>art. 1º, § 1º. A outorga de autorização para construção e exploração de terminal portuário de uso privativo será formalizada mediante Contrato de Adesão, conforme Anexo “G”, ficando o início da operação do terminal portuário de uso privativo condicionado à emissão de Termo de Liberação de Operação.</p> <p>§ 2º O Contrato de Adesão de que trata esta norma observará o disposto no §1º, do art. 6º, e demais disposições pertinentes da Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993; no inciso III, do art. 14, da Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001; e no Decreto no 6.620, de 29 de outubro de 2008.</p>
	<p>Art. 2º Para os efeitos desta norma considera-se:</p> <p>I - outorga de autorização: ato administrativo, formalizado mediante Contrato de Adesão, celebrado entre a ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários e a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no país, que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos, autorizando-a a construir, explorar e ampliar terminal portuário de uso privativo, por sua conta e risco.</p> <p>→ Nota-se o caráter mais formal, inclusive com a retirada da caracterização de “ato unilateral”.</p>
	<p>art. 3º, I – Habilitação jurídica e regularidade fiscal</p> <p>art. 3º, II – Habilitação técnica</p>
	<p>Art. 13. O início da operação de terminal portuário de uso privativo fica condicionado à emissão, pela ANTAQ, de Termo de Liberação de Operação, após o cumprimento das seguintes etapas: [...]</p> <p>→ Além do contrato de adesão, das habilitações exigidas, a operação somente poderá ter início com o cumprimento de várias exigências feitas pela ANTAQ.</p> <p>→ vê-se que a Resolução 1.660/10-ANTAQ dá um caráter ainda mais formal à outorga de autorização para construção e exploração de TUPM.</p>
	<p>art. 14. São obrigações da autorizada – DAS OBRIGAÇÕES DA AUTORIZADA</p> <p>→ Destaque-se o inciso XXI, cujo teor exhibe características de serviços públicos, tais como padrões de eficiência, segurança, conforto, pontualidade e modicidade nos preços privados, prestação de serviços de <b>forma isonômica e não discriminatória</b>.</p>
	<p>Arts. 15 a 23 – DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES</p>
	<p>Art. 27. Os pedidos de autorização para construção, ampliação e exploração de terminal de uso privativo em tramitação na ANTAQ deverão se adequar ao disposto nesta Norma.</p> <p>→ Respeito às outorgas já concedidas, pois somente haverá adaptação para os atos administrativos ainda não concluídos dentro da Agência.</p>
	<p>Art. 31. A ANTAQ poderá determinar à Autorizada a contratação compulsória de mão-de-obra junto ao OGMO quando identificar a existência de precarização de mão-de-obra, de conflito de âmbito concorrencial – ou a sua potencialidade –, entre o terminal de uso privativo misto e a zona de influência do Porto Organizado.</p> <p>→ Vê-se neste artigo o caráter de controle exercido pela Agência, caracterizado por artigo expresso em Lei.</p>
<p>Art. 32. Os titulares de outorga para construção e exploração de terminal portuário de uso privativo, mediante Contrato de Adesão ou Termo de Autorização celebrado antes da entrada em vigor do Decreto no 6.620, de 29 de outubro de 2008, observarão, no que não conflitar com os termos das outorgas conferidas, o estabelecido nesta norma.</p> <p>→ Observação da anterioridade da lei, aplicando aos já outorgados apenas o “que não conflitar” com a lei nova.</p>	
Lei 10.233/01	<p>Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre:</p> <p>I – descentralizar as ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a outras entidades públicas, mediante convênios de delegação, <b>ou a empresas públicas ou privadas, mediante outorgas de autorização</b>, concessão ou permissão, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal.</p>
	<p>art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:</p> <p>XXII - autorizar a construção e a exploração de terminais portuários de uso privativo, conforme previsto na Lei no 8.630, de 1993; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001). Este artigo foi alterado pela MP 595/12, com a seguinte redação para o inciso XXII:</p> <p>art. 27, XXII. Fiscalizar a execução dos Contratos de Adesão das autorizações de instalação portuária de que trata o art. 8º da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.</p>

<p>Art. 43. A autorização aplica-se segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características:  I – independe de licitação;  II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;  III – não prevê prazo de vigência ou termo final, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação.  → É assim que a lei estabelece o padrão do instituto da outorga de autorização. Dá a ele um caráter mais estável, sujeito aos atos administrativos da Agência Reguladora competente.  Este artigo sofreu alteração dada pela MP nº 595/12, tendo seu Caput a seguinte nova redação:  Art. 43. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será outorgada segundo as diretrizes estabelecidas nos arts. 13 e 14 e apresenta as seguintes características.</p>
<p>Art. 47. A empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação.  → Este artigo deve ser interpretado com a visão já existente na verdadeira medida de seu propósito:  (a) Tanto o Decreto 6.620/08 quanto as Resoluções da ANTAQ sempre preservaram o direito adquirido das condições contratuais firmadas;  (b) Tanto o Decreto 6.620/08 quanto as Resoluções da ANTAQ excepcionaram da não retroatividade aquilo que puder ser aplicado. Isto significa que havendo regra nova que possa e deva ser aplicada aos TUP, haverá sua observação por parte deles, desde que não conflite com cláusulas estabelecidas em contrato de adesão, respeitados os interesses públicos;  (c) Das adaptações possíveis não pode constar uma mudança significativa nos volumes movimentados de cargas próprias e de terceiros. Um terminal planejado para operar dentro de uma proporção estabelecida para carga própria e de terceiros não consegue mudar seu volume de negócios em função de norma que exija isso. O dimensionamento de um terminal é feito com estudos econômico-financeiros, que projetam em universos de até 50 anos o retorno financeiro dos investimentos feitos. Ora, como fazer as relações contratuais estabelecidas pelos terminais e seus clientes tornarem-se sem efeito ao toque de uma adaptação forçada? Não parece lógico, diante de um mercado que não é eventual, mudar as características operacionais de um terminal que foi concebido e opera diante de uma autorização administrativa que se respalda em contrato de adesão. Fazê-los “adaptarem-se” a uma nova norma, no caso em questão na predominância de carga própria sobre a de terceiros, é condená-los ao fechamento, pois não há garantia nenhuma de que uma operação como esta será possível. Disso se conclui que há grande risco de desestabilização do setor com a adoção de medidas que não consideram as autorizações já dadas como instrumento não precário. Tanto é compreensível o grau de segurança que investidores privados requerem, que o Governo com a MP nº 595/12 extingue a distinção entre carga própria e de terceiros para o tratamento em TUPs.  (d) Em conclusão, a autorização administrativa representada pela outorga de autorização, dada a um terminal portuário de uso privado, não é precária. É ato administrativo bilateral, que trata de negócio jurídico estabelecido sobre um arcabouço legal consistente, em cuja base o investidor planejou e executou seu negócio. Em investimentos desse porte, diante da necessidade que tem o País em implementar formas de escoamento de sua produção e no recebimento de cargas externas, a autorização retratada pelo contrato de adesão deve ser considerada sob a ótica da lei que vigorava na ocasião da outorga. Na existência de nova lei, estes terminais terão que se adequar às indicações novas que não conflitem com cláusulas contratuais, ressalvados os casos em que o interesse público seja de maior grau.</p>

Fonte: ANTAQ

### 2.3 - Terminais Portuários

Pelo art. 4º, §2º da Lei nº 8.630/93, era possível explorar instalações portuárias de duas formas. A primeira delas eram os chamados Terminais Portuários de Uso Privativo (TUP), enquanto a segunda trata-se dos Terminais Portuários de Uso Público (PP).

Na classificação da Lei dos Portos, os terminais de uso privativo possuíam a seguinte classificação

1. Exclusivo, para movimentação de carga própria;
2. Misto, para movimentação de carga própria e de terceiros;
3. Turismo, para movimentação de passageiros; e
4. Estação de Transbordo de Cargas.

No caso em questão, ou seja, na lei recém revogada, apenas eram importantes as relações que regiam a outorga de autorização para TUP Misto, cuja possibilidade de movimentação de carga de terceiros era possível.

Um TUP Misto pressupunha a posse ou propriedade da terra na qual seria construído o terminal. A Lei previa que ele poderia se localizar dentro ou fora da área do porto organizado (Lei 8.630/93, art. 4º, II). Contudo, a MP que hoje substitui a Lei dos Portos, muda significativamente esta divisão, passando a ter a redação dada a seguir:

Art. 8º. Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada e processo seletivo públicos, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:

- I – terminal de uso privado;
- II – estação de transbordo de carga;
- III – instalação portuária pública de pequeno porte;
- IV – instalação portuária de turismo.

Com a extinção da possibilidade de exploração de TUP dentro do Porto Organizado, resta apenas ao particular a comprovação do domínio útil da área em questão, ou da sua propriedade (ou domínio útil, pois em sua grande maioria são terrenos de marinha). O fato é que por ser de propriedade privada, não se pode, *a priori*, efetivar-se procedimento licitatório para conceder outorga através do chamado contrato de arrendamento. Logo, a solução legal disponível aplicável é a outorga de autorização, que constitui ato legal, devidamente comprovado pelos argumentos aqui expostos.

Poder-se-ia também pensar em solução com outorga por permissão. Neste caso, far-se-ia a licitação do serviço portuário e não da propriedade da terra. Esta opção poderia trazer mais segurança nas relações entre o poder outorgante e o particular. Contudo, tal instituto não entrou na pauta da Medida Provisória nº 595/12, talvez por acrescentar mais complexidade ao ato de outorga a particular e sujeita-lo aos ditames de um certame licitatório.

Uma das atribuições legais da agência reguladora do setor aquaviário é a de promover a concorrência interporto e intraporto. Para tal, dispõe de ações sobre a autoridade portuária, que é quem promove os contratos de arrendamento, bem como do instrumento da autorização para os casos de empreendimentos de TUP.

Dessa dupla possibilidade de exploração de instalação portuária, observa-se o acirramento concorrencial entre os terminais arrendados e os autorizados. Resta saber se há cabimento ou não para tal contestação à entrada de capital privado, em quantidade significativa para o desenvolvimento portuário e do País, ou se apenas se trata do exercício legítimo do direito de buscar ganhos maiores com a diminuição da concorrência.

O fato é que algumas consequências concretas já foram estabelecidas a partir da entrada dos TUP que movimenta também carga de terceiros, notadamente:

1. Melhor aparelhamento dos terminais arrendados, frente ao melhor fator operacional dos TUPs;
2. Crescimento do número de empregados do setor, com absorção de mão de obra tanto do OGMO como na forma CLT por parte dos TUPs;
3. Maior atratividade de investimentos com origem interna ou externa para os TUPs;
4. Melhoria do desempenho operacional das operações de movimentação e armazenagem de cargas;
5. Maior capacidade de escoamento de cargas (importação e exportação), colaborando para a expansão da corrente de comércio brasileira;
6. Melhor aparelhamento dos terminais arrendados frente a maior concorrência do mercado pela entrada de novos atores.

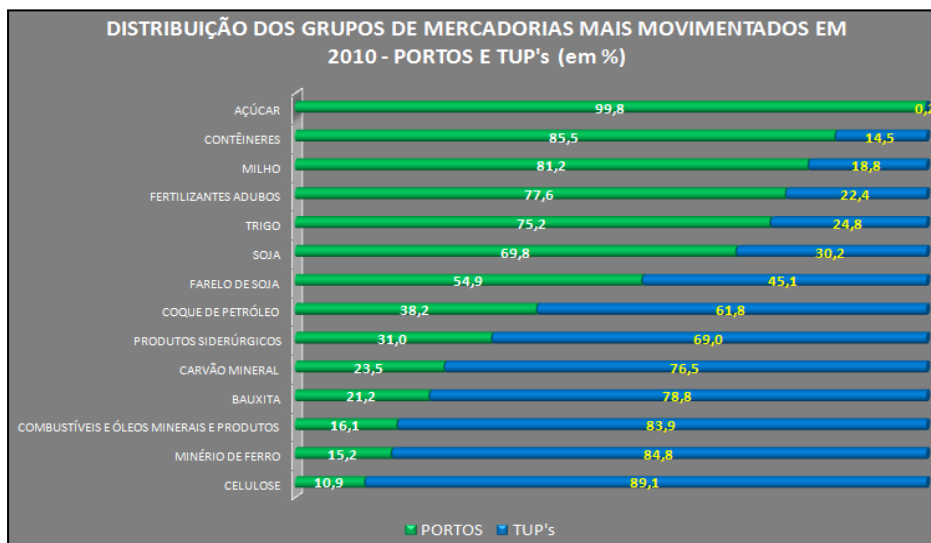
Vários outros fatores poderiam ainda ser elencados, mas, o mais importante é a noção de que a concorrência em mercados antes monopolistas deve ser vista como fator positivo para o desenvolvimento social e econômico do País. A entrada dos TUPs mexeu com a inércia antes observada em alguns terminais arrendados, fazendo com que se tornassem mais competitivos. Dessa constatação é que se pode apreciar os números crescentes, tanto em ganho operacional, como na redução de custos. Além do mais, o Brasil está se modernizando e se preparando para patamares mais altos de movimentação de carga.

Ressalte-se que a discussão acirrada que hoje é feita entre TUPs e Terminal Arrendado acontece na movimentação de contêineres, não existindo quando se leva em



consideração outro tipo de carga. Compreende-se rapidamente esta tipicidade, visto que cada vez mais o contêiner é usado como meio de carga, representando nesta última coleta de dados (2012) feita pela ANTAQ cerca de 66% do movimento total das chamadas cargas gerais<sup>6</sup>.

A **figura 3**, abaixo, retrata de forma incontestável a fatia de mercado destinada a cada um dos tipos de terminais portuários, na qual se vê que apenas 14,5% do mercado de contêineres é associado aos TUP Mistos.



**Figura 3** – Mercado e concorrência entre PP e TUP.  
Fonte: ANTAQ – Anuário Estatístico 2010.

Outra característica que acirra a competição é a de que a carga containerizada possui maior valor agregado que outras, representando um mercado lucrativo, com tendência de crescimento contínuo. Dessa forma, nada mais natural do que manter o *status quo* atual, onde as barreiras de entrada em portos públicos é elevada, restando apenas a concorrência possível de ser feita pelos terminais privados.

A conjuntura concorrencial é estabelecida na exata medida em que de um lado crescem as perspectivas de novos investimentos em terminais privados, representados por investimentos de particulares, cujo capital está disponível para aplicação em infraestrutura portuária, a despeito do risco de mercado e regulatório. Por outro lado, não se pode pensar concretamente em argumentos que tentam estabelecer uma concorrência imperfeita entre os dois modelos de terminais. Não há nada definitivo que ateste esta tese, ainda mais quando se

<sup>6</sup> Fonte: Anuário Estatístico da ANTAQ de 2012, constituindo-se na relação entre a movimentação de contêineres sobre a movimentação total de carga geral, com valores em toneladas.

tem Acórdão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – não reconhecendo este fato.

#### **2.4 - Considerações sobre a Resolução 1.660/10-ANTAQ**

A Resolução 1.660/10-ANTAQ substitui sua predecessora, Resolução 517/05-ANTAQ, e estabelece as relações entre a Agência Reguladora e seus regulados quando a matéria é a outorga de autorização para exploração de terminal de uso privativo.

Nota-se que a mais antiga foi editada anteriormente ao Decreto nº 6.620/08, Tal fato tem importância como delimitador de tempo, já que foi tal decreto que estabeleceu o conceito de carga própria e de terceiro, que sem dúvida era o ponto controverso do setor.

O problema surge quando os órgãos de controle externo, tais como o TCU, passam, sob a visão de que a autorização é precária, a direcionar as outorgas já consolidadas a se adequarem às novas leis. Incluem-se nisso até mesmo às regras estabelecidas por resoluções das autarquias reguladoras, tais como a ANTAQ.

Assim, a Resolução 517 da ANTAQ não tratava de maneira explícita das questões sobre preponderância de carga própria sobre a de terceiros. Isso era óbvio, já que no seu tempo, não havia o Decreto 6.620, que somente surgiu em 2008. Dessa forma, os terminais que foram neste interregno outorgados, sob a forma de contrato de adesão, não foram “olhados” sob os ditames da preponderância da carga própria.

Acontece, que a partir do Decreto 6.620/08, surgem ações civis públicas, bem como denúncias ao TCU, de que tais terminais estariam operando ilegalmente, já que sob a ótica de tal Decreto, a carga própria deveria preponderar. É o que se depreende do seu art. 35, III, a seguir reproduzido.

Art. 35. As instalações portuárias de uso privativo destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias:

I - movimentação de carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo;

II - **movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto. (Grifos meus).**

Portanto, as pressões do mercado, em especial dos representantes de terminais públicos, o entendimento da doutrina de que o instituto da autorização tem caráter precário, bem como aspectos de políticas públicas defensivas dos portos organizados, levaram a um

regime de instabilidade na atração de capital privado em terminais privados.

Assim, em atualização de sua Resolução 517, a ANTAQ lança mão da Resolução 1.660/10, cujo escopo era o de suprir, sob a ótica da regulação, os aspectos direcionadores do Decreto 6.620/08. Não resta dúvida de que a nova norma reguladora, estabelece limites claros ao que pode ser característico na movimentação de cargas de terceiros por parte dos então chamados TUP mistos.

Assim é que a Resolução 1.660/10, expressa claramente o significado de carga própria, carga de terceiros e os padrões para outorga de terminal de uso privativo misto. Tais dispositivos são a seguir expressos, para melhor clareza.

Art. 2º. Para os efeitos dessa norma, considera-se:

[...]

IV - carga própria: é a carga pertencente à autorizada, à sua controladora, à sua controlada, ao mesmo grupo econômico ou às empresas consorciadas no empreendimento, cuja movimentação, por si só, justifique, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária objeto da outorga;

V - carga de terceiros: aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, conforme §1º deste artigo, e cuja operação seja eventual e subsidiária;

[...]

Art. 3º. A interessada em construir ou explorar terminal de uso privativo deverá apresentar requerimento à ANTAQ acompanhado de resumo das características do empreendimento, conforme modelo constante do Anexo “A”, instruído com a seguinte documentação:

[...]

#### II - **Habilitação Técnica:**

a) licença ambiental cabível emitida pelo órgão competente;

b) parecer favorável da autoridade marítima quanto ao cumprimento dos termos da NORMAM-11/DPC, que trata da realização de obras sob, sobre e às margens das águas jurisdicionais brasileiras, no que concerne ao ordenamento do espaço aquaviário e à segurança da navegação nas áreas de responsabilidade do terminal, quando couber;

**c) declaração da requerente, elaborada conforme modelo constante do Anexo “D”, especificando a carga própria que será movimentada no terminal e a respectiva movimentação anual estimada, devidamente acompanhada da comprovação da sua origem e de estudo técnico e econômico que justifique a construção e a operação do terminal com base exclusivamente na carga própria;**

**d) declaração da requerente, elaborada conforme modelo constante do Anexo “H”, cientificando que movimentará preponderantemente carga própria e eventual e subsidiariamente cargas de terceiros, sempre em obediência às normas e resoluções da ANTAQ.**

[...]

(Grifos meus).

Estabelece a Resolução 1.660/10, diferentemente da sua antecessora – Res. 517/05 – a condição da outorga de autorização à existência de predominância de carga própria em TUP, bem como cria mecanismos mais rígidos para a declaração e controle dessa carga. Verifica-se, então, após a edição do Decreto 6.620/08 e da Resolução 1.660/10 a inexistência de outorgas de autorização para terminais do tipo TUP misto.

Outro aspecto da norma anterior dizia respeito à consulta que a Agência Reguladora deveria fazer à Autoridade Portuária, nas ocasiões em que a outorga requerida pelo privado envolvesse terminais localizados dentro da poligonal do Porto Organizado. Nestes casos, teria a Administração Portuária a prerrogativa de bloquear sua implantação, já que seria sempre ouvida antes da outorga.

Tal medida, mais uma vez, tinha o condão de proteção do porto organizado, mesmo que o particular detivesse o domínio útil do terreno, que neste caso estaria inserido dentro do porto público.

A Medida Provisória 595/12 resolve de vez tal questão ao estabelecer que um Terminal Privado somente poderá ser autorizado fora da área do porto organizado. Contudo, em disciplina democrática e preservadora das relações contratuais anteriores, mantém em funcionamento aqueles anteriormente outorgados. O trecho da MP que trata desse ponto é o que segue.

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

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

II - área do porto organizado - área delimitada por ato do Poder Executivo, que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado;

III - instalação portuária - instalação localizada dentro ou fora da área do porto organizado, utilizada em movimentação de passageiros, em movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário;

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

[...] (Grifos meus).

Finalmente, a nova norma de regulação de TUPs da ANTAQ vai mais além na tentativa de preservar as relações contratuais já estabelecidas nas outorgas anteriores ao Decreto 6.620/08, pois estabelece em seu art. 32, que:

Art. 32. Os titulares de outorga para construção e exploração de terminal portuário de uso privativo, mediante Contrato de Adesão ou Termo de Autorização celebrado antes da entrada em vigor do Decreto no 6.620, de 29 de outubro de 2008, observarão, no que não conflitar com os termos das outorgas conferidas, o estabelecido nesta norma.

Está perfeitamente coadunado com os princípios constitucionais da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido o dispositivo supracitado. Contudo, as pressões do mercado não observaram tal ditame, e, como já citado, ocorrem várias ações questionadoras daquelas autorizações nos órgãos judiciais, de controle e mesmo dentro da Agência Reguladora do setor aquaviário – ANTAQ.

Está claro que a quebra desses contratos estabelecidos entre o representante, na época, do Poder Concedente – A ANTAQ – e o particular, não pactuava em nada com o princípio constitucional da estabilidade jurídica. Portanto, por muito tempo o mercado ficou sem atratividade para privados, resultando em prejuízo das então executadas políticas públicas. Com isso, obrigou-se ao governo a distribuição mais intensa de recursos orçamentários, seja na manutenção das Companhias Docas, seja na injeção direta nas obras estruturantes de acesso marítimo e terrestre.

O **Quadro 2**, a seguir, retrata os principais pontos abordados pela Resolução 1.660/10. Nele se faz comentários sobre a visão anterior e atual dada pela MP 595/12. Contudo, o alcance dedutivo ainda está limitado pela ausência de um Decreto regulamentar que substitua o então Decreto 6.620/08. Mesmo assim, faz-se tais inferências, já que própria MP está repleta de indicativos do que virá a ser o futuro decreto regulamentar a ser editado.

**Quadro 2.** Resolução nº 1.660/10-ANTAQ e carga própria e de terceiros.

Item	Comentário
Art. 1º, §1º	LA: Formaliza o <b>Contrato de Adesão</b> e o Termo de Liberação de Operação.
	LN: Reforça-se o Contrato de Adesão.
Art. 2º, I	LA: Define o significado da outorga de autorização dando a ela o caráter diferenciado motivado pelas exigências dos requisitos considerados na outorga.
	LN: Deverá sofrer alteração para direcionar ao Poder Concedente a assinatura do Contrato de Adesão, no caso será a Secretaria de Portos que assumirá a função de Poder Concedente.
Art. 2º, IV	LA: Define o significado de <b>carga própria</b> : “cuja movimentação, por si só, justifique, técnica e economicamente, a implantação e operação da instalação portuária objeto da outorga.”
	LN: Não há necessidade desta definição, visto que a MP nº 595/12 não admite mais esta distinção.

Art. 2º, V	<p>LA: Define o significado de <b>carga de terceiros</b>: “[...] compatível com as características técnicas da infraestrutura e superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, a mesma natureza da carga própria autorizada [...], e cuja operação seja eventual e subsidiária.”</p> <p>LN: Não há necessidade desta definição, apesar de que poderá continuar a existir na norma para diferenciar os tipos de carga própria e de terceiros.</p>
Art. 2º, VI	<p>LA: Define operação eventual como “de forma acessória”.</p> <p>LN: Não mais há necessidade desta definição.</p>
Art. 2º, VII	<p>LA: Define operação subsidiária como “em regime de complementariedade da carga própria declarada”.</p> <p>LN: Não há mais necessidade desta definição.</p>
Art. 3º, I	Requisitos de habilitação jurídica e regularidade fiscal.
Art. 3º, II	Requisitos de habilitação técnica.
Art. 13	Exigências para entrada em operação do TUP Misto: I – aprovação da ANTAQ (vistoria técnica); II – licença de operação emitida por órgão ambiental competente; III – licença de funcionamento emitida pelo Poder Público Municipal; IV – autorização da ANP, se for o caso; V – certificação do Corpo de Bombeiros; e VI – ISPS Code, se for o caso.
Art. 14	Obrigações da autorizada.
Art. 15	Das Infrações e penalidades. Previsão da resolução do Contrato por cassação.
Art. 21	Expressa diretamente as condições pelas quais será feita a cassação de um TUP Misto. Estabelece, portanto, regra específica para a resolução dos contratos de adesão – cláusulas resolutivas.
Art. 23	No interesse público, a ANTAQ poderá exigir do TUP Misto a movimentação e armazenagem de carga, em caráter compulsório, em determinadas situações.
Art. 30	Destaque que a ANTAQ, na presença de indícios que configure ou possa configurar infração à ordem econômica, deverá fazer a comunicação dos fatos ao CADE, à SDE/MJ e a SEAE/MF.
Art. 31	A ANTAQ poderá obrigar que a autorizada use mão de obra do OGMO.
Art. 32	Declaração de que não deverá haver conflitos entre esta norma e as anteriores, sob as quais haja terminais com Termo de Autorização ou Contrato de Adesão já firmado. Isto significa que o teor da Resolução 1.660/10-ANTAQ somente se aplica aos casos em que a norma nova não conflitar com o acertado sob a ótica da lei anterior.

Fonte: ANTAQ.

Legenda: LA = Lei Anterior; LN = Lei Nova.

### 3 – O INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO

As questões principais, que merecem o enfrentamento e a abertura da dimensão dada por doutrinadores tradicionais (quem?), dizem respeito a como entender os institutos relacionados com a exploração de instalações portuárias (IP) por particulares.

Na linha conservadora, uma IP nada mais seria do que o exercício de atividade econômica por particulares, sob a modalidade de autorização, isto é, com os atributos inerentes a esta outorga. A consequência deste pensamento leva às já conhecidas definições sobre a precariedade da outorga de autorização em contraponto com as de concessão e permissão. Há até mesmo a classificação desta precariedade, estabelecendo-se uma escala, do maior para o menor, a concessão, permissão e autorização.

O art. 21, XII, “F”, da Constituição Federal, permite que a União autorize particular para explorar IP. Já o art. 175, da CF/88, conforme a seguir transcrito, estabelece que os serviços públicos sejam apenas prestados pelos institutos da concessão e permissão.

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

À primeira vista, deduz-se pela contraposição do art. 21 com o art. 175 da CF/88, que a exploração de IP por particulares, no regime autorizatário, não corresponde à prestação de serviço público. No entanto, tal dedução não se faz tão simples quando se explora todos os cenários que envolvem o ambiente de sistemas infraestruturantes. Além do mais, há que se considerar a evolução do próprio Direito Administrativo, que incorpora a cada momento novos conceitos, fazendo com que definições tradicionais sejam vistas sob nova ótica.

Assim, há algumas linhas a serem seguidas a partir da análise mais detalhada desses dois artigos constitucionais. Para Carvalho (2007, p. 9), as atividades econômicas podem ser classificadas como “serviços públicos”, mesmo que no sentido estrito possam ser reservadas para atividades privadas. Desde já, nota-se a ênfase dada a este fato pelo autor, que coloca entre parênteses tal afirmação, dando o devido reforço ao sentido que aqui se estabelece para o serviço público. Mais adiante, ele amplia sua concepção sobre a prestação de serviço público na prática de atividades econômicas, notadamente nas IP, *in verbis*:

Trata de setores de infraestrutura que envolvem áreas de grande sensibilidade social: transporte, energia, saneamento básico, telefonia. Todas a exigir presença estatal, como reconhecem as sociedades contemporâneas.

A relação lógica que se estabelece entre o art. 21 e o art. 175 da CF/88 é a de que seriam reservados para os particulares, ao exercerem o direito à autorização, apenas o exercício de atividades econômicas, voltadas para interesses próprios. Aos demais, cuja exploração de atividade extrapola o interesse individual e permeia o interesse comum, no sentido da definição do serviço público, reservam-se os institutos delimitados pelo art. 175 da CF/88. Em outras palavras, aplica-se o art. 21 para o instituto da autorização e toma-se a prestação de serviço destes autorizatários como voltada para seus próprios interesses, descaracterizando-as do que vem a ser serviço público, e, ao mesmo tempo, reserva-se o art. 175 da CF/88 para os concessionários ou permissionários, que, por sua vez, praticam os mandamentos do serviço público.

Trazendo-se para o caso em pauta, os TUPs prestariam serviços voltados para seus próprios interesses (como na verticalização de atividades de uma empresa), sob o instituto da autorização, enquanto que os terminais arrendados atuam em nome do Estado na prestação de serviço público. Solução simples, que acomoda em suas baias o sentido dos artigos constitucionais. No entanto, como sempre ocorre em sistemas complexos, há fatores que dificultam tal análise e a acomodam apenas como teoria conceitual.

Ainda na linha de Carvalho (2007, p. 9), é de grande relevância o que diz sobre as formas de prestação do serviço público:

A realização desses tipos de atividade econômica pelo Estado pode ser feita **diretamente por órgãos que integram sua estrutura administrativa ou de forma indireta**. Na via indireta, a depender da **opção política adotada**, o Estado **pode utilizar empresas sob seu controle ou delegar a execução dessas atividades a agentes privados**. Neste caso, desponta, de forma mais visível, o exercício da atividade regulatória, que assegura o cumprimento de objetivos de interesse público previamente definidos. (**Grifos meus**).

Da análise do texto extraído do autor supracitado, conclui-se que a realização de atividade econômica, de forma indireta pode ser exercida por particular, sob o regime regulatório exercido por Agência do setor regulado. Importante salientar-se o peso da opção política adotada, ou seja, do movimento favorável à entrada de investimentos privados na exploração de IP, ou na contração da captação desse capital em favor da proteção dos permissionários e concessionários (ou mesmo no caso dos subarrendatários de terminais arrendados). Ora, tal raciocínio leva ao extremo de se pensar que a caracterização do que vem a ser serviço público no setor portuário está diretamente vinculada a uma política de Governo, sendo temporal então tal classificação.



Assim, sob a ótica da nova MP, o particular que injetar seu capital na exploração de serviço de movimentação de cargas em terminais privados estaria praticando, em nome do Estado, a prestação de serviço público, mesmo que no denominado serviço público impróprio, mesmo que sob o instituto da autorização. Tal raciocínio ainda permite a indução de que sob o regime do Decreto nº 6.620/08 não havia forma de se praticar o serviço público quando se explorava TUP Exclusivo. Sob tal visão, a exploração de TUP Misto (na concepção daquele Decreto) poderia ser considerada como prestação de serviço público, pois havia o trato com cargas de terceiros e, por conseguinte, o interesse coletivo poderia estar representado. Apenas para melhor entendimento, o que separa um TUP Exclusivo do TUP Misto é exatamente a possibilidade que este último tem de movimentar carga de terceiros.

O significado dos mercados contemporâneos, onde as relações econômico-financeiras, os graus de interferência do Estado, a disponibilidade de ambientes estáveis internacionais, bem como aspectos sociais, ditam ações que aproximam ou afastam os chamados “serviços públicos” amplos do jugo público ou privado. No entanto, não se pode generalizar e afirmar-se que toda atividade econômica não representa prestação de serviço público. É o que retrata Carvalho (2007, p.4) quando afirma que “Contudo, atividades econômicas em sentido amplo qualificadas como ‘serviços públicos’ merecem tratamento constitucional diferenciado”.

O elemento vital que afastaria as relações entre o público e o privado, para este autor, nada mais é do que o teor do “livre empreendimento”, que no caso de se enquadrar dentro da alcunha de “serviço público” estaria comprometido na sua capacidade de iniciativa, condicionando-se aos ditames do Poder Público. Isto implicaria em submissão, por exemplo, às leis da licitação (Lei nº 8.666/93), e a aceitação de algumas inércias inerentes ao trato de questões públicas.

Por sua vez, ao disciplinar o que é do Estado e do particular, a Constituição Federal deixa, sabiamente, brechas para que o Poder Público lance mão de delegações para que entes privados possam também praticá-los no bem de toda a sociedade. Assim, o Estado, pobre de recursos financeiros, poderá suprir suas deficiências com a flexibilização de atuação de particulares, que ao praticarem serviços por outorga, atendem a interesses maiores da Nação. Este é o caso dos TUPs, cuja movimentação de cargas de terceiros, no regime amplo de serviço público, atende aos anseios do crescimento econômico do Brasil. Tal modelagem enquadra-se perfeitamente nos planos de expansão setorial, pois do contrário haveria o engessamento do setor, que sob atuação de um “serviço público estrito” perderia a flexibilidade e capacidade de adaptação rápida dos entes privados.

Dá-se ao particular a prestação do “serviço público”, mas, ao mesmo tempo, coloca-o sob os limites estabelecidos pela agência reguladora setorial. Este é o modelo neoliberal, no qual o Estado descentraliza, mas mantém controle do que lhe é vital. Neste caso, portos são essenciais para a estabilização e crescimento da economia nacional, visto que seus fluxos de mercadorias representam quase que a totalidade dos negócios de importação e exportação. Ainda mais, quando se pensa em aspectos político-sociais, um porto também pode transportar passageiros, levar alimentos à regiões isoladas e desenvolvimento naquelas áridas por recursos. A mão do Estado centralizador aplica no setor seu viés descentralizador, dando e retirando poder para quem explora instalações portuárias no regime de TUP.

Dentro da contextualização aqui aplicada, a autorização administrativa atua como válvula de escape para que o Estado liberalize suas funções constitucionais, flexibilizando a atuação de particulares no desenvolvimento de serviços públicos amplos (ou impróprios). Está claro que a conceituação do que vem a ser autorização, no sentido amplo e estrito, é fundamental para que não se incorra em determinismos delimitados por doutrinas que tratam dela como mera licença para funcionamento, tal como as prefeituras de cada município fazem para bancas de jornal. Neste sentido, a doutrina italiana dominante, citada por Pompeu (2010, p. 38, apud PACELLI, p. 303), afirma que a autorização volta-se para a remoção de obstáculos para o exercício de direito preexistente.

No entender que se dá ao dispositivo do art. 175 da CF/88 o obstáculo poderia ser a classificação de que a exploração de TUP corresponde ou não a um serviço público. Ora, se não é serviço público, deixando-se de lado os valores de investimento envolvidos, poder-se-ia admitir a precariedade do instituto e deixa-lo flutuar ao sabor das mudanças legislativas. Mas, se por outro lado, dá-se o cunho de serviço público a tal prestação, há, sem dúvida, maior caracterização de que tal instituto não é precário como querem os classificadores de definições apenas conceituais.

Mais ainda, como peso para desmistificar a autorização para setores de infraestrutura, o Estado também a concede para entes públicos, como no caso do Porto de Suape (<http://www.suape.pe.gov.br/home/index.php>), em Pernambuco, cujo papel atual no contexto portuário é de suma importância para a região e para o País. Isto implica no uso da outorga de autorização como instrumento que permite a rápida ação do Governo para estimular e contemplar investimentos desejáveis, que sob a forma de licitação poderiam ser perdidos, ou mesmo terem um tempo de maturação considerado elevado para as expectativas de médio ou curto prazos.

Indo-se mais a fundo na questão da autorização dada ao Porto de Suape-PE, vê-se

pela transcrição da ação ordinária originalmente movida pelo COMPLEXO INDUSTRIAL PORTUÁRIO GOVERNADOR ERALDO GUEIROS – SUAPE em face da AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS – ANTAQ, que as questões envolvendo o que é porto organizado e TUP possuem consequências legais diversas. Neste caso, SUAPE propõe ação para mudar a forma jurídica pela qual o Porto de Suape atua, transformando-o de Porto Organizado para Terminal de Uso Privado (no dizer da nova MP). Vê-se que o Governo do Estado de Pernambuco não pretende a mudança do regime de SUAPE sem motivação mais específica. No caso, a previsão da atuação como ente privado, sob as formas legais e normativas do setor, trariam pouca mudança na prática dos serviços atualmente prestados pelo porto, sob a forma de Porto Organizado, e, em última palavras, como serviço público *stricto sensu*. A intenção de SUAPE nada mais é a de “fugir” das obrigações relacionadas a um Porto Organizado, dentre elas a reversão dos bens, que no caso específico foram investimentos feitos pelo Governo Federal.

No contexto do caso em questão (no qual o instituto da autorização é usado como outorga a um Ente Federativo – PERNAMBUCO), cita-se, a seguir, para melhor compreensão, o trecho da decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na forma de despacho do Ministro Joaquim Barbosa, relator do processo, para onde a ação foi levada devido à conflito federativo entre os dois entes de polo passivo e ativo na ação (respectivamente, ANTAQ e SUAPE).

Na petição em que requereu o ingresso na lide na qualidade de assistente das rés, a CONTTMAF argumentou que a alteração do status do porto de Suape de porto organizado para terminal de uso privativo teria o condão de afetar a relação jurídica entre os trabalhadores e os operadores naquele porto.

Com efeito, verifico, da leitura da Lei 8.630/1930, que aquele diploma legal contém previsão expressa no sentido de que o trabalho portuário, em portos organizados, será realizado por trabalhadores com vínculo empregatício e trabalhadores avulsos (art. 26). Tal dispositivo legal parece constituir um critério importante para a distinção entre portos organizados e terminais de uso privativo, uma vez que, quanto a estes, não existe previsão similar em relação ao regime legal de contratação de trabalhadores.

Nesse sentido, considerando a existência de interesse no feito, admito a CONTTMAF como assistente simples das rés.

Conforme anotei na Pet 3.782, a decisão que antecipou a tutela nestes autos foi proferida por juiz que veio a ser considerado incompetente para o presente feito. Portanto, a decisão de fls. 534-536 não mais subsiste, razão pela qual passo a apreciar o pedido de tutela antecipada.

Depois de uma leitura atenta das provas juntadas aos autos e da legislação federal que rege a matéria, entendo que não estão presentes os requisitos que autorizariam a antecipação da tutela.

A documentação trazida pelos autores não constitui prova inequívoca do direito alegado. **Tratando-se de execução de serviço público de titularidade da União, o fato é que não está cabalmente demonstrada a possibilidade de reenquadramento do porto de Suape como terminal de uso privativo, em**

**especial porque se trata de providência que exige a análise de uma série de aspectos relacionados à prestação do serviço. Encontra-se, isto sim, nitidamente evidenciada a profunda divergência de entendimento entre as partes, visto que, a julgar das manifestações nestes autos, não há qualquer forma de consenso acerca do regime legal sob o qual opera o porto de Suape.**

Tampouco me convenço, neste momento, a respeito da verossimilhança das alegações dos autores. É que não encontro, nas leis por eles indicadas, qualquer dispositivo legal que assegure às pessoas jurídicas que exploram portos no país, o direito de se verem reenquadradas como portos privativos, apenas por uma exigência do contexto econômico ou em razão da concorrência oferecida por outros grupos econômicos.

Quanto ao perigo de dano irreversível, creio que o contexto histórico descrito na inicial não autoriza a se falar da presença do requisito do periculum in mora. O que se tem, no caso concreto, é que o porto vem operando de maneira regular desde a sua implantação, sendo possível afirmar, neste momento, que o fato de não ter se tornado um terminal de uso privativo não pode ser apontado como fator determinante para a suposta perda de competitividade. A permanência do atual estado de prestação de serviços, pelo menos até o julgamento final da presente ação, não parece representar um risco relevante para os autores.

Ainda sobre o tema do dano, assiste razão as rés quando afirmam a presença de perigo de dano inverso. Exige-se, para o deferimento da tutela antecipada, que o provimento judicial seja reversível, isto é, que possa ser desfeito a qualquer tempo, sem a imposição de danos maiores daqueles que resultariam da sua denegação. No caso concreto, a qualificação de Suape como terminal privativo teria como resultado imediato a possível alteração das condições de prestação do trabalho portuário, que poderia, em tese, passar a dispensar os trabalhadores contratados sob tempo indeterminado e, também, sobre o regime dos bens utilizados nas operações portuárias, uma vez que, reconhecida a ausência de contrato de concessão, os autores poderiam, novamente em tese, desfazer-se dos referidos bens, considerando que sobre estes não mais incidiria qualquer dever relacionado à reversão ao final do período de concessão. (**Grifos meus**).

Constata-se que, mesmo de forma indireta, o Ministro Joaquim Barbosa também admite a complexidade do regime de autorização e da sua relação com os chamados “serviços públicos”. De fato, reconhece que a prestação de serviços de exploração de instalações portuárias é realmente um serviço público. Ora, diante disso, como separar, já na visão da nova MP, o que é “serviço público” prestado por portos organizados e pelas demais instalações portuárias (incluindo-se nesse rol os TUPs)? Não há como se enquadrar limites, como se houvessem barreiras separando a mesma forma operacional de atuação dos terminais arrendados com relação aos TUPs. Se o preço é livre para os terminais de uso privado, também o é para os arrendados. Dessa forma, as diferenças entre a forma operacional de um Terminal arrendado e um TUP resumem-se a pequenos detalhes, principalmente na obrigatoriedade de contratação do OGMO e dos pagamentos feitos às autoridades portuárias sobre o uso do patrimônio (infraestrutura) do porto. Este tema tem sido muito discutido em esferas judiciais, técnicas e em estudos patrocinados por entidades do setor, bem como pela ANTAQ. Em termos concretos, não está demonstrado que haja qualquer desequilíbrio concorrencial que indique vantagem competitiva para os TUP frete aos terminais arrendados.

### 3.1 – Definições da autorização

Para Pompeu (2010, p. 57), “o sentido comum do vocábulo autorização tem-lhe condicionado a designação de atos que, na técnica do direito administrativo, são conhecidos com diferentes denominações”. Tal grau de mutação desse termo tem gerado a incompreensão da outorga a ela associada, não sendo pacíficos os entendimentos tanto em aspectos jurídicos quanto regulatórios e políticos.

Não há no Brasil estudos mais específicos que levem em conta a utilização correta do vocábulo, fato este já observado por Pompeu (2010 apud CAIO TÁCITO, p. 58), segundo o qual “o conceito de autorização que tanto se esmeram o direito italiano e o alemão, não têm merecido, entre nós, estudos aprofundados”. Sendo assim, em grande parte da doutrina, não há considerações sobre as diversas formas que a autorização pode ser usada como instrumento de outorga pelo Poder Público.

Para Pompeu (2010, p. 59), a “palavra autorização, na linguagem corrente, (...) designa sempre ideia positiva – um sim -, uma anuência, que irradia do sujeito ativo, detentor de certos poderes, e é recebida pelo sujeito passivo, que solicita o *placet*. Para este autor, há uma transmissão inerente ao instituto de poder detido pelo autorizante ao autorizatário, mediante certos condicionantes, que permitem a este o exercício que sem este instituto seria considerado como “suscetível de reparos”. Assim, pode-se pensar que a autorização é um misto de ato vinculado e discricionário, já que reflete a passagem de certos poderes próprios do Estado para entes privados, sob a forma de outorga direta.

Por fim, Pompeu (2010, p. 61) define autorização como “outorga que o agente público, nas esferas de sua competência, faz a outro agente público, à entidade da Administração, ou a particular, para o desempenho de ato ou atividade material que a lei declara, salvo essa anuência, proibida”. Mais ainda, diz que a autorização é a “outorga removedora de óbice que, por motivos de ordem pública, a lei impõe ao livre desenvolvimento de atividade individual”.

Vê-se que há clara vinculação das definições anteriores com a existência de previsão legal, seja ela Constitucional ou mesmo em lei infraconstitucional. Dessa forma, tais conceitos se coadunam com os requisitos tidos neste trabalho como essenciais para a diferenciação entre mera autorização e a autorização focada em áreas de infraestrutura do País. Além do mais, a passagem do poder reservado ao Estado para o particular amplia mais ainda o conceito da transmissão de um serviço público no sentido mais amplo.

No sentido de remoção de proibição geral, a concepção de Pompeu (2010, p.64)

permite deduzir que o direito ao exercício de certa atividade existe, mas apenas estará disponível para o particular após a remoção dos obstáculos que a lei impõe. Sendo assim, o Poder Público tem o condão de outorgar ou não a prestação de serviço de exploração de instalação portuário de uso privado, apenas com a remoção dos obstáculos de proibição legal. No entanto, tal remoção somente se aplica àqueles particulares que solicitarem a outorga e que preencherem os requisitos legais, de regulação e ambientais, por exemplo. Como direito já existente, nesta linha de pensamento, pode-se pensar que o art. 21 da CF/88 atua como estabelecedor do direito “em suspensão”, que paira sobre todos, mas que somente se aplicará nos casos em que a Administração, por ato formal de autorização (Contratos de Adesão, por exemplo) dá ao particular o poder de exercer atividade antes restrita à mera expectativa de direito.

### 3.2 – A visão dos doutrinadores sobre a autorização

Di Pietro (2012, p. 232) classifica a autorização como ato administrativo em espécie, considerando-a dentro da categoria relativa ao conteúdo do ato como sendo ato administrativo negocial. Nisso, inclui também a permissão e a concessão. A autora acentua, de forma precisa que há emprego dos vocábulos autorização, permissão e concessão “sem muita precisão conceitual, como ocorre, especialmente, com a autorização, a permissão e a licença”. Indo mais além, Di Pietro (2012, p. 232) afirma que “**a autorização nem sempre é precária**; às vezes, é outorgada com características que a aproximam das relações contratuais”. (Grifos meus). Em síntese perfeita, diz que “É do direito positivo que se tem que tirar as respectivas características em cada caso”.

Assim, as condições existentes na legislação específica atinente a cada outorga é quem ditará se é precária ou se se reveste de teor mais estável. Pode-se, no caso dos altos investimentos feitos em infraestrutura para construir, manter e operar as IPs, bem como na existência de leis, decretos e regulação da Agência do setor, afirmar-se que tais outorgas revestem-se de aspectos que lhes afastam a precariedade.

Di Pietro (2012, p. 233-235), ainda na sua análise do conceito relativo à autorização, faz uma classificação objetiva do sentido que ela assume, tendo como base acepções que o vocábulo pode assumir.

Tais classificações são preâmbulo para que Di Pietro (2012, p. 234) estabeleça a seguinte definição para o que vem a ser autorização administrativa em sentido amplo:

Ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).

Nesta definição, faz-se apenas a ressalva, tendo-se como base o texto da própria autora, quando acrescenta na definição a palavra “precária”, uma vez que em parágrafo anterior diz que nem sempre a outorga de autorização é precária.

Na recente Medida Provisória nº 595/12, nota-se elementos constitutivos de revogação da autorização, tais como o que se apresenta no seu art. 8º, §2º, que diz, *in verbis*, para melhor compreensão:

art. 8º, §2º. A autorização de instalação portuária terá prazo de até vinte e cinco anos, prorrogável por períodos sucessíveis, desde que:  
I – a atividade portuária seja mantida;  
II – o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.

Mais ainda, em seu §3º, o art. 8º dá o tom de que há imposição legal e regras de “**precariedade**” da autorização, mas, apenas para em contraposição, também lhe dar o devido grau de estabilidade, *in verbis*:

art. 8º, §3º. Cessada a qualquer tempo a atividade portuária por iniciativa ou responsabilidade do autorizatário, a área e os bens a ela vinculados reverterão, sem qualquer ônus, ao patrimônio da União, nos termos do regulamento.

Pode-se, então, admitir-se que se a lei estabelece as formas pelas quais o particular perderá sua outorga de autorização, não se pode revesti-la de precariedade, mas sim, no sentido contrário, estabelecer o compromisso de que o Estado respeitará o Contrato de Adesão, meio pelo qual a outorga é firmada (art. 8º, §1º da MP 595/12).

O tema de classificação das outorgas de autorização como serviço público, tendo como base o art. 21 da CF/88, em especial, no caso dos portos, do inciso XII, alínea “f”, é superado por Di Pietro (2012, p. 233-234), quando afirma que:

Na terceira acepção autorização é ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. (...) os chamados serviços públicos autorizados, previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionário do Poder Público; e essa decisão pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos de concessão e permissão), ou para execução no próprio benefício do

autorizatório, o que não deixa de ser também de interesse público.

Nota-se a insistência da autora no termo “precário”, que mais uma vez aparece em sua redação. No entanto, como já abordado nesta monografia, trata-se apenas de classificação, já que há regras claras na lei de cada setor regulado sobre as condições de perda da outorga.

Ainda com relação ao texto supracitado, a relação que é feita entre autorização para atendimento a necessidades coletivas, em que faz a vinculação com os institutos da concessão e permissão, no caso específico dos portos e a nova MP 595/12, se aplicam perfeitamente, visto que o TUP Exclusivo deixou de existir. Dessa forma, ao receber outorga de autorização para prestação de serviço em IP, o autorizatório pratica o sentido de serviço público para atendimento também de necessidades coletivas. Assim, o segundo sentido abordado pela autora, quando diz que o particular pratica o serviço público apenas em seu próprio benefício deixa de existir no caso de autorizações para IPs, conforme previsto na MP nº 595/12, pois revoga o Decreto nº 6.620/08 e não restringe em qualquer de seus artigos a movimentação de cargas de terceiros em TUPs.

Finalizando sua análise, Di Pietro afirma que a prestação dos serviços públicos por particulares denomina-se serviços públicos impróprios, justo porque derivam do poder do Estado em atribuí-lo a quem por origem não tinha essa atribuição, mas que, por lei, passa a desempenhar atividade de interesse do Poder Público.

Para Gasparini (2012, p. 136), autorização é “ato administrativo discricionário mediante o qual a Administração Pública outorga a alguém, que para isso se interesse, o direito de realizar certa atividade material que sem ela lhe seria vedada”. Também, este autor considera a outorga de autorização instrumento precário, mesmo que considere isto em tese. Cita o julgado do STJ, em Mandado de Segurança nº 72-DF (DJU, 7 ago. 1989) como paradigma de que ninguém pode exigir da União a outorga (no sentido da discricionariedade), bem como a RT, 655/176 como evidência de que a revogação da autorização é prerrogativa da União. Não há maiores análises do dispositivo por parte deste autor, sendo apenas relevante em sua obra o conceito de que o bem pretendido, isto é, a prestação do serviço público, é detido pelo Estado e outorgado mediante discricionariedade e precariedade.

Na visão de Coutinho (2004, apud CARVALHO, p. 92), a utilidade social da prestação de um serviço público em ambiente de mercado deve estar atrelada à regulação, de forma a prover questões inerentes ao próprio serviço público, tais como universalidade e continuidade. Dessa forma, também este autor corrobora com a admissibilidade da prestação de serviço público em atividades econômicas, no exato entender do art. 175 da CF/88.



### 3.3 – A autorização na visão dos órgãos de controle externo

As relações entre reguladoras e regulados também se sujeitam aos controles exercidos pelo Tribunal de Contas da União – TCU. Em especial, na questão que é matéria deste texto, há nesta Corte processo, de relatoria do Ministro Raimundo Carrero, que versa sobre a autorização e a adequação de certos TUPs ao regime de novas leis, especificamente, aos dizeres do Decreto nº 6.620/08. Tal Decreto estabelecia que para os TUPs Mistos, haverá preponderância da carga própria por eles movimentadas com relação às cargas de terceiros.

Acontece que no tempo destas autorizações, o Decreto 6.620/08 não existia, e não havia expresso na lei imposição desta natureza. No entanto, no entender do Tribunal, tais TUPs, ainda assim, devem se adequar à nova lei, isto é, necessitam ter em suas movimentações preponderância de carga própria. Muito embora se discuta o significado do termo “preponderância”, pois pode assumir conotações diversas, tais como preponderância em peso, ou mesmo em valor da mercadoria, o fato é que o TCU aponta para que haja algum tipo de controle sobre a carga própria e de terceiros.

Ainda hoje, sob o advento da MP nº 595/12, que revoga o Decreto nº 6.620/08, corre no TCU o processo nº 015.916/2009-0 que trata da questão aqui exposta. Neste processo há nítidos elementos que caracterizam o conceito de que a outorga de autorização é ato precário. Neste caso, entendia o TCU, em relatórios emitidos pela sua Secretaria SEFID, que a subsunção dos então TUPs Mistos à preponderância de carga própria, mesmo que tenham sido exarados na vigência de lei antiga, deve ser tal que teriam que se adaptar aos dizeres do Decreto nº 6.620/08, bem como às novas Resoluções da ANTAQ.

Dessa forma, terminais de uso privativo (no dizer da Lei nº 6.680/93) teriam que mudar sua forma de atuar, refazer todo o seu plano de negócio, em alteração de perfil de carga que fatalmente os levariam ao fechamento. Nesta visão, não se considerariam os altos investimentos já feitos nestes terminais, nem as peculiaridades do mercado de movimentação de cargas, pelas quais o contrato com terceiros é estabelecido em base de tempo mais longas, em geral por mais de um ano.

Assim, contratos já firmados entre TUPs e terceiros para a movimentação de cargas, cujo escopo envolve a prestação de serviços estariam sob imposição de encerramento por resolução, restando o motivo da força maior como justificativa, uma vez que tais terminais não teriam como se adaptarem ao mandamento da nova lei.

Com o texto da MP nº 595/12, em especial no art. 50, impõem-se a adaptação dos contratos anteriores à nova lei, pela qual não há mais distinção entre carga própria e de

terceiros. Acredita-se, com isso, que o Processo TC 015.916/2009-0 junto ao TCU perde seu objeto, como de fato o foi em recente acórdão de nº 402/2013-TCU-Plenário, de 6 de março de 2013.

A tipicidade da relação estabelecida com a abordagem do TCU mostra o movimento pendular do Estado em trazer para si a execução de serviços considerados públicos, para que depois, em movimento inverso afastá-los para longe, liberalizando as atividades antes sob sua competência.

Para Oliveira (2009, p. 12), o retorno do pêndulo na faixa de descentralização indica que “a Administração Pública burocrática necessitava de agilidade e eficiência”, de tal forma que o favorecimento do particular é questão essencial no atingimento das novas demandas da sociedade.

No caso dos portos, a aplicação de recursos financeiros elevados é mais fácil de ser encontrada na iniciativa privada do que nos escassos recursos do orçamento da União. Assim, criam-se os elementos para o compartilhamento responsável de política em que o Poder Público atua como favorecedor de infraestrutura básica, tais como acessos marítimo e terrestre ao porto, enquanto que o particular aplica seus recursos na construção e modernização do parque portuário.

Trata-se, sem dúvida, da adequação do perfil dos portos e TUPs às novas demandas de comércio exterior. Neste caso, o Estado atua como facilitador de ações que se voltam para resolver problemas de gargalos logísticos, com a consequente redução do Custo Brasil. Já o particular, explora os serviços públicos “próprios” (terminais arrendados) e “impróprios” (TUPs) trazendo novos investimentos para o setor.

A associação do Estado com o particular é caracterizada não pela abdicação da sua intervenção na área econômica, mas na imposição da regulação praticada por Agências Reguladoras, que, segundo Oliveira (2009, p. 12), ao lado das Leis regulamentam seus setores de aplicação.

Da evolução do Direito há “um crescente abrandamento da dicotomia entre o campo público e o privado, especialmente após o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e da centralidade da Constituição” (Oliveira, 2009, p. 13), significando que o respeito aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito, dentre outros princípios devem ser olhados ainda mais sob a visão constitucional.

O neoconstitucionalismo surge como nova forma de se ver o Direito. Nesta nova visão, perde a lei seu lado constritor, pelo qual valoriza sobremaneira o direito positivo e suas cláusulas sem margem para a flexibilidade necessária à velocidade das transformações.

Oliveira (2009, p. 20) afirma que “é importante lembrar que o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais é um traço fundamental do pós-positivismo”, cuja expressão maior surge nas últimas décadas do século XX.

Por essa compreensão, tais princípios passam a constar dos textos constitucionais mais modernos, sendo fator essencial no que Oliveira (2009, p. 20) chama de “reserva de justiça”. Portanto, usar a lei em desfavor dos princípios constitucionais nada mais é do que se apegar aos ditames de conceitos ultrapassados, renegando-se o texto constitucional a uma figura apenas decorativa.

Deriva-se daí, a previsão da Constituição Pluralista ou Constituição Aberta, referenciada por Oliveira (2009, p. 23), que alimenta as possibilidades jurídicas e traz para o campo das soluções discutíveis sob a luz do texto constitucional e seus princípios as opções que o mercado anseia, e que representam os grupos sociais existentes em um dado momento. Frear-se a capacidade de crescimento do País tendo-se como base apenas a lei é, sem dúvida, não usar os princípios mais amplos da Constituição, que em última análise protegem os cidadãos de atos isolados.

Assim, ampliar portos e TUPs são ações que visam o bem estar social na medida que traz progresso, gera empregos, e permite ao Brasil aumentar sua participação nos mercados internacionais. Além disso, carregam consigo princípios mais intrínsecos tais como o direito adquirido e as relações contratuais já estabelecidas, mesmo que tenham se dado via contrato de adesão por autorização.

Usar os princípios constitucionais significa a flexibilização e ampliação da interpretação, de forma a adequá-la às realidades evidenciadas, sem que se tenha que esperar por reformas demoradas no texto legal infraconstitucional. Na visão de Oliveira (2009, p. 28), tais princípios ampliam a margem de discricionariedade judicial.

O aspecto mutável dos direitos especializados é observada por Oliveira (2009, p. 32) quando afirma que tal crise se dá “pelo modelo liberal que lhe serviu de aspiração”. Ao mesmo tempo, admite que o “Direito Administrativo passa por profundas mutações, geradas pela evolução da sociedade e do próprio Estado. Em tempos de globalização, as noções e as instituições administrativas oitocentistas (**positivistas**) precisam adequar-se para corresponderem efetivamente aos anseios sociais modernos”. (**Acréscimos meus**).

Nesse sentido, o Direito Administrativo deve aproximar-se dos princípios constitucionais, e não se isolar, como preceituado na visão dada por Mayer (1923, apud OLIVEIRA, p. 32), quando em sua célebre frase dizia que “o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”.

Olhando-se sob o aspecto histórico, Mayer tão somente quis, naquela época, isolar os ditames do Direito Administrativo das manipulações que certas constituições faziam com relação às distorções políticas inseridas intencionalmente em textos tendenciosos (exemplo da chamada constituição de Weimar, que foi promulgada logo após a Alemanha perder a primeira grande guerra).

No caso dos portos, interpretar-se a outorga de autorização como precária, a ponto de sujeitar-se investimentos privados, feitos sob a égide de leis estabelecidas no tempo da outorga, às mudanças propostas por novas leis e decretos, é em si transgredir os princípios constitucionais que norteiam as relações consolidadas entre o privado e o público. Mais grave ainda é se dar interpretação de coisa precária a estes tipos especiais de autorização, tendo-se como base doutrina estabelecida em tempos extemporâneos, em que o quadro das relações entre entes nacionais e até internacionais não possuíam as dimensões de um mundo complexo como o de hoje.

Assim, o princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, dentre outros aspectos constitucionais, quando aliados à previsão constitucional da outorga de autorização em associação com leis específicas do setor compõem os insumos básicos para dar às estas outorgas o cunho de estabilidade ansiado pela sociedade. A ninguém interessa a não atração de capital privado aos investimentos necessários para a expansão dos portos.

Sem esta expansão, não há como prover o País do crescimento necessário para que haja mais distribuição de renda, para que haja mais emprego. Assim, a liberdade que os princípios constitucionais proporcionam às novas interpretações evolutivas do Direito Administrativo produz resultados profícuos nas mudanças necessárias ansiadas por grupos sociais específicos, mas que se espalham por toda a sociedade na forma de desenvolvimento e outros benefícios socioeconômicos.

Em síntese, os que se apegam aos extremismos interpretativos da lei pura (positivistas) não enxergam a verdadeira dimensão aberta que as constituições de boa vontade querem dar ao poder dos princípios. Nisso, os direitos especializados devem calcar sua mutabilidade, adequando-se e submetendo-se aos novos ditames da sociedade que se transforma em maior velocidade do que o legislativo pode alterar leis.

A amarração das ações relacionadas com atos administrativos ao que dizem leis, decretos e atos normativos, na visão de Oliveira (2009, p. 72), penaliza sobremaneira a necessária agilidade que o Poder Público deve ter perante a sociedade pluralista moderna. A nova concepção do Governo deve prover o respaldo dos interesses constitucionalmente protegidos, que se dependente do processo legislativo terá prazo de resolução incompatível

com as necessidades do mundo globalizado.

Zagrebelsky (2003, Apud OLIVEIRA, p. 72) afirma que o dizer já batido que determina que a Administração Pública só pode fazer apenas o que está previsto em lei está plenamente superado, *in verbis*:

En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio. Esta regla ya erosionada en ambas direcciones, en relación con particulares y con la Administración.

Nesse sentido, não se admite o rigor absoluto da lei, mas sim uma interpretação de sua gênese sob a ótica constitucional. Assim, o princípio da legalidade, tão difundido no Direito Administrativo, ganha uma condição mais do que necessária ao mundo transformador atual. Tal princípio, no entender de Oliveira (2009, p. 73), encontra-se incorporado a um maior: o da constitucionalidade ou da juridicidade. Como mais amplo, certamente fará com que a Administração Pública cumpra mais rapidamente com seu dever de dar respostas à sociedade que dela depende. Este é o verdadeiro sentido da constitucionalização do Direito Administrativo, na exata dimensão para a qual as constituições são projetadas, isto é, a de se voltarem para suprir ao administrador de fundamentos para que não se limite apenas aos ditames, muitas vezes falsamente direcionados, das leis e outras normas do campo jurídico.

A partir dessas inferências, quão falho são os conceitos estáticos sobre precariedade, quão limitadores de evolução são os que se apegam às doutrinas muitas vezes carcomidas pela imprecisão dos tempos passados. Assim, o processo evolutivo implica na adaptação consciente, sob a luz constitucional, mas em passo único com o desenvolvimento que um País precisa ter ao enfrentar seus problemas internos e suas demandas internacionais.

Aragão (2001, Apud OLIVEIRA, p. 84) afirma que:

O poder regulamentar da Administração decorre implicitamente do ordenamento. Se a Constituição estabelece o dever de prestação de serviços públicos (finalidade), a Administração deve possuir o poder de regulamentar a sua prestação (meio).

Considerando-se que à Administração é facultado o fornecimento da outorga de autorização a particular (art. 21, XII) – finalidade -, a ela também é dado o poder da regulamentação do autorizatário por lei específica (meio) e por ato administrativo representado por contrato de adesão. Nesse contexto, mesmo com hipóteses de intervenções nas chamadas lides judiciais, onde o particular apela ao poder judiciário para julgar embates

com a Administração, há que se supor a regra da estabilidade que não pode ser rompida por interpretações errôneas do sentido da autorização.

Portanto, sob o olhar constitucional, a Administração reveste-se de todo poder para dar o cunho de maior estabilidade a uma outorga de autorização. Diante disso, não cabe o uso de escolhas doutrinárias para criar o caos da instabilidade, que afasta a iniciativa privada e engessa o crescimento do País. Ouvir quem regula o mercado é, sem dúvida, entender melhor o sentido constitucional da garantia de direitos que a experiência em conviver com o regulado dá a estes entes no discernimento do que é melhor para o desenvolvimento de novas soluções.

### 3.4 – O Acórdão 402/2013 – TCU – Plenário

Em 6/3/2013, o TCU emitiu o Acórdão nº 402/2013 – Plenário, pondo fim a questão sobre a necessidade de carga própria nos terminais privados. É o teor deste Acórdão que se analisará sob a ótica dos conceitos abordados sobre serviços públicos, carga própria e de terceiros em TUPs.

Transcreve-se, a seguir, o supracitado Acórdão, para maior clareza do seu significado.

#### **9. Acórdão:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia, convertida posteriormente em representação, formulada pela Federação Nacional dos Portuários para apuração de supostas irregularidades envolvendo os terminais privativos de uso misto (TUPM) e a atuação da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq). ACORDAM Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de tagColegiado, em:

**9.1. Com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la improcedente.**

9.2. Determinar à SefidTrans a instauração de processo para que, no prazo de 30 (trinta) dias, ultime estudos sobre os impactos da medida provisória 595/2012 no setor portuário;

9.3. Encaminhar ao Procurador da República no Estado da Bahia, José Alfredo de Paula Silva, como também aos demais interessados, cópia deste Acórdão e do Relatório e Voto que o fundamentam;

9.4. Arquivar o presente processo.

O encaminhamento final que declara improcedente a representação feita contra os terminais de uso privado relacionados no processo do TCU denota claramente a aquiescência deste Órgão com relação à MP 595/12.

Inicialmente, a Sefid-1/TCU fez as seguintes recomendações, que seriam a base

para a decisão dos Ministros do Tribunal de Contas da União:

a) Determinar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq que:

a.1) adote as medidas que julgar necessárias e suficientes para que, nas autorizações de exploração de terminais portuários privativos, sejam observados de forma efetiva o art. 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008, que estabelece a necessidade de movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal de uso privativo misto, bem como o art. 2.º, IX, do referido Decreto e os arts. 5.º, II, “c”, e 12, XV, da Resolução Antaq n.º 517/2005, que exigem a comprovação de que a carga própria movimentada no terminal justifique, por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação da instalação portuária;

a.2) cumpra a determinação do item anterior também em relação aos atos de autorização de exploração de terminal portuário privativo que tenham ocorrido anteriormente à vigência da Resolução Antaq n.º 517/2005 e do Decreto n.º 6.620/2008, concedendo, neste caso, prazo razoável, em função de cada caso concreto, não superior a 360 (trezentos e sessenta) dias, para

que as autorizadas promovam as necessárias adaptações em suas operações, para adequação às citadas normas, conforme o disposto no art. 47 da Lei n.º 10.233/2001;

b) Recomendar à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq que estabeleça, objetivamente, no exercício de seu poder normativo (art. 27, IV, da Lei n.º 10.233/2001), para a efetividade das determinações acima:

b.1) os critérios para determinação do nível mínimo de operação com carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto que justifique, por si só, técnica e economicamente, a implantação e a operação desses terminais (art. 2.º, IX, do Decreto n.º 6.620/2008);

b.2) o que se entende por movimentação preponderante de carga própria nos terminais portuários privativos de uso misto (art. 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008), sendo certo, salvo demonstração fundamentada da Antaq em contrário, que o nível mínimo de operação com carga própria nesse tipo de terminal deve ser superior a 50% (cinquenta por cento) do total da carga movimentada, seja em termos de valor, de tonelage ou de volume, para que se atenda ao requisito de preponderância de carga própria nesse tipo de terminal;

b.3) os critérios para a definição do caráter eventual e subsidiário da movimentação de carga de terceiros nos terminais portuários privativos de uso misto (art. 2.º, X, e 35, II, do Decreto n.º 6.620/2008).

Em especial, o item (a.2) determinava que as autorizadas deveriam promover uma adaptação obrigatória nos termos do Decreto nº 6.620/08, com relação à preponderância de carga própria. Além disso, tais recomendações propuseram um percentual de 50% para a movimentação de carga própria em relação à de terceiros, em uma espécie de regulação feita pelo próprio TCU. Este percentual não foi aceito pelo Ministro Relator, que posteriormente remeteu para a Agência a incumbência de definir um critério objetivo para determinação das proporções de carga entre próprias e de terceiros.

A edição da MP 595/12 poupa o TCU de se pronunciar no sentido de condenar os terminais privados a uma adaptação impraticável, pois seria quase impossível que estes

terminais alterassem seus contratos para movimentar carga própria em predominância, como queria o parecer da Sefid-1.

A análise do documento que trata do Acórdão é significativa, pois envolve todos os conceitos enfrentados neste trabalho, inclusive as questões da precariedade da outorga de autorização. Em especial, cita-se a seguir, trecho com a visão do Professor Carlos Ari Sundfeld, citado no relatório do TCU:

#### **IV.4. Caráter não precário das autorizações tratadas**

66. De acordo com as empresas interessadas, as autorizações ora analisadas não possuem caráter precário. A Portonave esclarece **por meio do parecer do Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld que "não há que se falar em precariedade das autorizações para exploração de terminal portuário"** (fl. 30 do anexo 26). Tendo em vista que os investimentos de vulto são absolutamente incompatíveis com a fragilidade de uma outorga precária, que não confere direito algum a seus detentores (fl. 31 do anexo 26). Nesse sentido, informa que as Leis 8.630/1993 e 10.233/2001 conferem caráter não precário a essas autorizações, pois limitam as hipóteses de sua extinção àquelas situações em que a empresa autorizatária perca as condições de prestação de serviço ou transfira irregularmente a outorga (art. 48).

67. Para a Embraport, as autorizações portuárias possuem natureza constitutiva, regida por premissas contratuais fixadas unilateralmente pela autoridade competente, no caso, a Antaq (fl. 17 do anexo 27), em contratos de adesão, que permitem o exercício do empreendimento econômico e estabelecem deveres de cumprimento cogente por parte do autorizado (fl. 20 do anexo 27). Em parecer contratado pela Embraport, **Almiro do Couto e Silva afirma que o conceito constitucional de autorização é mais amplo do que o do direito administrativo nacional, por compreender tanto os atos discricionários, geralmente com título precário, quanto os vinculados, que a doutrina denomina como licença. Para o autor, a autorização portuária é um ato vinculado**, porque toda a pessoa jurídica que demonstre a capacidade para seu desempenho terá direito subjetivo a obter a autorização (fl. 21 do anexo 27).

68. Para Itapoá, **a autorização adotou o contrato de adesão com tempo determinado porque, com a evolução do direito público, o instituto da autorização vem perdendo o seu caráter precário, a fim de garantir estabilidade jurídica para assegurar a captação de recursos de investimentos próprios da iniciativa privada ou recursos de financiamento obtidos pelos empresários** (fls. 67-68 do anexo 28). **(Grifos meus)**.

Muito embora, todas as manifestações supracitadas envolvam conceitos provenientes da parte interessada, refletem o sentimento de que tal outorga não se trata de precária, mas, uma forma de autorizar o privado a exercer direitos antes pertencentes ao Estado. Sem dúvida, quando um TUP lida com cargas de terceiros, em última análise está exercendo função precípua da União, mas que, por lei e previsão constitucional também pode por ele ser exercida.

Para o TCU, a questão envolve a definição do regime jurídico que se sujeitaria um TUP no trato de cargas de terceiros. A lógica que se faz é a de que se exerce



movimentação de cargas de terceiros teria que ser o regime jurídico de serviço público. Logo, um TUP por outorga de autorização não poderia lidar com carga de terceiros, visto que não passou pelo crivo da licitação.

Acontece que a Lei dos Portos, juntamente com a previsão constitucional do art. 21, XII, “f”, permite que um TUP movimente carga de terceiros. Ainda mais, tal Lei não limitou em momento algum a quantidade de carga de terceiros a ser movimentada. Esta limitação somente veio com o Decreto nº 6.620/08. Assim, ainda no campo conceitual, e na visão do TCU, já que a outorga teria caráter precário e o TUP um TUP não poderia movimentar carga de terceiros em caráter predominante.

Ainda nesta linha da legalidade, o art. 22, X, da CF/88 prescreve que compete privativamente à União legislar sobre o regime dos portos. Mais uma vez, há a combinação dos dispositivos constitucionais com o repertório legal do setor, no sentido de afirmar como válida a outorga de autorização. Não somente válida, mas também estável, assentada nos princípios que preservam as estabilidades de relações jurídicas, principalmente daquelas pertencentes à infraestrutura.

Manifestando-se sobre a Lei nº 8.630/93, o TCU aponta no sentido aqui afirmado, isto é, o de que não havia limitações estabelecidas em lei que não permitissem que privados movimentasse cargas de terceiros, *in verbis*:

108. Verifica-se, então, que a Lei de Portos criou uma nova modalidade de exploração que permite que terminais privativos, construídos para movimentar carga própria, possam, também, movimentar cargas de terceiros, que são os terminais privativos de uso misto (TUPM). **Contudo, a Lei não estabeleceu as definições de carga própria e de terceiros e as proporções ou quantitativos permitidos de movimentação de cada um desses tipos de carga.** O diploma legal restringiu-se a informar que os titulares de tais terminais deveriam possuir a propriedade ou o domínio útil do terreno e transportar ambos os tipos de carga (própria e de terceiros). **(Grifos meus).**

Ainda na linha da Lei dos Portos e do Decreto nº 6.620/08, a Corte manifestou-se sobre o regime jurídico da exploração de terminais em portos organizados da seguinte forma:

Quanto à classificação das atividades portuárias como públicas ou privadas, registre-se, por oportuno, que a Lei não enumerou expressamente as atividades sujeitas ao regime jurídico público por se tratarem de serviços públicos típicos. No entanto, dado o teor do §2º do art. 1º da Lei 8.630/1993, que estabeleceu que a concessão do

porto organizado será regida pela lei de concessões e permissões de serviços públicos, conclui-se que o objetivo do legislador foi considerar as atividades de operação de carga realizada nos portos organizados como serviço público. Tal assertiva foi respaldada pelo art. 29, inciso IV, do Decreto 6.620/2008 quando explicita que “o procedimento administrativo de licitação para o arrendamento de instalações portuárias rege-se pela Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e pela Lei no 8.987, de 1995”.

Pelo supracitado trecho do TCU, pode-se inferir que há manifestação clara de que a prestação de serviços feitas em terminais portuários arrendados está sob o regime jurídico público. Além dessa definição, a Corte se posiciona também sobre o regime jurídico dos terminais portuários de uso privado. Assume, de forma acertada o entendimento de que também a eles cabem o enquadramento na prestação de serviço público, como se vê no trecho seguinte:

114. Resta caracterizar a movimentação de cargas de terceiros em terminais privativos. Não é razoável e cabível considerar que nessas instalações a movimentação do mesmo tipo de carga operada nos portos organizados não seja considerada serviço público apenas pelo fato de estar sendo prestada em local diferente. A atividade – movimentação de cargas de terceiros – é a mesma e requer a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, seguindo as exigências constantes do §1º do art. 6º da Lei. 8.987/1995, pois, caso contrário, estar-se-ia estabelecida uma discriminação na Lei de Portos, o que não é razoável e não pode prosperar. Sendo assim, conclui-se que **a movimentação de cargas de terceiros é o serviço público previsto na Lei 8.630/1993, independentemente do tipo de instalação em que ocorra sua prestação.**

De forma definitiva, indo mais além nesta compreensão, o TCU equaciona de vez a questão da prestação de serviço público em TUPs, como se vê a seguir:

115. Note-se que o legislador estabeleceu que os contratos de adesão, por meio dos quais são outorgadas as autorizações de terminais privativos, devem ter cláusulas relativas ao serviço adequado, o que confirma o entendimento de que movimentação de cargas de terceiros é serviço público mesmo nessas instalações. **Afinal, não faz sentido exigir que o serviço seja adequado para a movimentação de cargas de propriedade do titular do terminal que a movimenta, ou seja, estar-se-ia diante de cláusula morta na Lei, o que é inadmissível. (Grifos meus).**

Vê-se que, mesmo sob a égide da Lei nº 8.630/93, o Tribunal ainda considera a prestação de serviços por TUPs como pertencente ao regime jurídico público. No entanto, nesta parte inicial do relatório, o Tribunal não enfrenta de forma inovadora a questão do confronto do entre o dizer do art. 175, da CF/88, com a possibilidade dos serviços públicos, nestes casos específicos, serem outorgados por autorização.

Tal fato é claramente percebido quando afirma que:

116. Posto isso, resta conjugar os ditames da Lei 8.630/1993 **aos mandamentos insculpidos no art. 175 da CF/1988**. Segundo a Carta Magna, os serviços públicos devem ser delegados por meio de concessão ou permissão. **A autorização não é instrumento para outorga de serviço público**. Dada essa constatação, de forma apressada e indevida, pode-se concluir que a Lei 8.630/1993, ao permitir a movimentação de cargas de terceiros em terminais privativos, outorgados por autorização, incorreu em inconstitucionalidade. Tal interpretação não merece prosperar. É necessário encontrar a motivação do legislador para o teor do texto da Lei e realizar uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Está aí o cerne da questão tratada nesta monografia: a visão do art. 21, XII, “f”, em contraste com o art. 175, ambos da Constituição Federal de 1988, como também os conceitos da doutrina tradicional sobre a precariedade da outorga de autorização.

Não se pode negar a previsão constitucional para a exploração de serviços portuários no regime jurídico público, conforme o dizer do art. 21, XII, “f”, da CF/88, já que nele está prevista a autorização. Já o art. 175 da CF/88 restringe a prestação de serviço público no prestação de serviços relacionados com atividade econômica para os institutos da concessão ou permissão.

À primeira vista, poderia se pensar em contradição do legislador. No entanto, o conceito de serviço público transcende as restrições do art. 175. Lá, o legislador quis apenas dizer que nas atividades econômicas, nas quais o domínio originário do serviço esteja sob o poder do Estado, como é o caso dos Portos Públicos, a outorga deverá ser do tipo concessão ou permissão. No entanto, tratando-se de área de propriedade privada, como no caso dos TUPs, pode-se cumprir os ditames do art. 21.

Assim, a característica do regime jurídico público em TUPs está mantida, pelo art. 21, XII, “f”, pela existência de previsão legal (MP 595/12), pelos volumes de investimentos elevados em infraestrutura e pelos aspectos relacionados com os preceitos dos serviços públicos estabelecidos na MP 595/12 e nas Resoluções regulatórias da Agência reguladora do setor (ANTAQ).

Por fim, reproduz-se, a seguir, o inteiro teor do Acórdão do TCU, cujo resultado concreto foi o arquivamento do processo original, reconhecendo que os TUPs podem movimentar cargas de terceiros de forma não restritiva.

**9. Acórdão:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de denúncia, convertida posteriormente em representação, formulada pela Federação Nacional dos Portuários para apuração de supostas irregularidades envolvendo os terminais privativos de uso misto (TUPM) e a atuação da Agência Nacional de Transporte Aquaviário (Antaq).

ACORDAM Os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, em:

9.1. Com fundamento no art. 237, inciso VII, do Regimento Interno do TCU, conhecer da presente representação para, no mérito:

9.1.1. Considerar improcedente o pedido do autor da Representação no sentido de requerer a apuração de eventuais irregularidades, suas repercussões cíveis, penais e disciplinares, bem como seus responsáveis, inclusive, se fosse o caso, oficiar à Procuradoria-Geral da República;

9.1.2. Considerar prejudicados os demais pedidos formulados pelo autor da Representação, por perda de objeto:

9.1.2.1. Suspensão do funcionamento dos terminais de uso misto que não comprovem a preponderância de movimentação de carga própria;

9.1.2.2. Promoção da adequação das autorizações já expedidas aos termos legais;

9.1.2.3. Explicitação do conceito de carga própria, levando-se em conta o traço de verticalização, de modo que a produção e o seu escoamento via porto componham os elos de uma mesma cadeia econômica;

9.1.2.4. Exigência para a outorga das autorizações estudo de viabilidade técnica e econômica que justifique, por si só, a construção e a operação de terminais privativos de uso misto, em consonância com a Resolução - Antaq 517/2005 e o Decreto 6.620/2008;

9.2 determinar a SefidTrans que autue processo e, no prazo de trinta dias após a promulgação/sanção da MP 595/2012, ultime estudos sobre os impactos no setor portuário e nos serviços de dragagem;

9.3 encaminhar ao Procurador da República no Estado da Bahia, José Alfredo de Paula Silva, como também aos demais interessados, cópia deste Acórdão e do Relatório e Voto que o fundamentam;

9.4. Arquivar o presente processo.

10. Ata nº 7/2013 – Plenário.

11. Data da Sessão: 6/3/2013 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0402-07/13-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Augusto Nardes (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues, Aroldo Cedraz (Revisor), Raimundo Carreiro (Relator), José Jorge, José Múcio Monteiro e Ana Arraes.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.3. Ministro-Substituto com voto vencido: Augusto Sherman Cavalcanti.

13.4. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

Portanto, em síntese, o Tribunal de Contas da União se retira da questão relacionada com a movimentação de cargas de terceiros em TUPs, ensejando o arquivamento do processo relacionado a este tema. Dessa forma, devido às novas condições estabelecidas na MP 595/12, tais terminais, sob a visão do TCU, estarão adequados a operarem no regime jurídico público, no trato de cargas de terceiros.

## CONCLUSÃO

A autorização para construção e exploração de terminal portuário de uso privado é instituto reconhecido como forma de outorga à pessoa jurídica de direito privado ou de direito público. O particular, detentor de título de propriedade ou do domínio útil de terreno, que tenha plenas condições para a prática da operação de movimentação de cargas próprias e de terceiros, segundo normas e leis estabelecidas no ato da outorga, pode requerer ao Poder Concedente autorização para tal.

Trata-se de outorga devidamente reconhecida na Constituição Federal de 1988, bem como nas Leis 10.233/01, MP 595/12 e, nas Resoluções da ANTAQ que tratam deste assunto. Portanto, não se pode, mediante análise única de parte da doutrina, considerá-la como instrumento precário. Esse enfoque tornaria o investimento privado inviável, fecharia os terminais já autorizados e lançaria o futuro das movimentações portuárias ao risco de “apagões”, pois nenhum empreendedor investiria somas vultosas em ambiente com risco perene de mudança por motivo de nova lei.

A caracterização da precariedade para a outorga de autorização tem seu maior impacto quando se associa tal circunstância à sujeição dessas outorgas aos ditames da lei que poderá sobrevir ao tempo da autorização. Portanto, a estabilidade das relações empresariais, dos investimentos e das características do mercado poderiam, ao sabor de uma nova lei, alterar substancialmente o regime de exploração das cargas em movimentação no setor portuário.

Especificamente, está-se falando de movimentação de cargas gerais containerizadas, cuja tendência mundial é de crescimento e maior necessidade de capacidade de carga e descarga nos terminais portuários. Assim, criar instabilidade neste mercado pela adoção de medidas que obriguem terminais já autorizados a se adequarem à nova lei, tornaria o negócio de investimento em novos terminais um risco por demais pesado ao empreendedor. O resultado estaria, com certeza, refletido na estagnação da captação de capitais privados, resultando em menores capacidades de escoamento dos produtos brasileiros.

A Lei, ao criar o instituto da autorização para TUP, voltou-se para o que a doutrina mais nova considera como exercício de atividade econômica em ambiente de prestação de serviço relevante. O que distingue um TUP de um PP são características próprias aos atos de autorização e concessão (representada por subconcessão). Nas suas relações com

clientes finais, tanto o TUP quanto o PP praticam preços de mercado, baseando-se apenas nas condições operacionais de cada um deles, ou seja, na capacidade técnica operativa que torna uma sociedade empresária mais eficiente que outra.

Assim, os preços praticados estão sujeitos às condições de mercado e à capacidade de atender clientes que cada terminal detenha. A regulação atua apenas nas relações entre PP e Administração Portuária, na forma de aprovação das tarifas públicas praticadas pelo uso de infraestrutura aquaviária (canais de acesso, vias de acesso terrestres, cais público, balizamento, dragagem).

A regulação setorial deve se coadunar com a introdução de modelos econômicos mais eficientes no setor portuário. Isso exige aportes financeiros tempestivos e comprometidos dos agentes econômicos, o que não combina com a pretendida características de precariedade da autorização.

Este entendimento já possui contraditório na chamada nova autorização – com aspectos vinculatorios –, cujos precursores de um Direito Administrativo mais moderno fazem questão de expor em seus trabalhos. O fato é que caracterizada a natureza mais formal, que é atributo dos contratos de adesão, subordinação à regulação e fiscalização, com previsão legal em lei específica do setor, não se pode mudar regras com edição de novas leis.

Segundo Meireles (2009, p. 191):

A autorização expedida com prazo determinado perde sua natureza de ato unilateral, precário e discricionário, assumindo caráter contratual, tal como ocorre com a autorização especial para o uso da água e autorização de acesso a patrimônio genético.

Portanto, a questão se resolve com a compreensão de que a autorização de um terminal privado não é mera autorização, mas o resultado objetivo do suprimento de solução, por ente particular, capaz de realizar investimentos em setores que o Governo não consegue suprir com eficiência. Assim, não se pode criar instabilidades jurídicas com ações que afastam a iniciativa privada, quando, ao contrário, a política pública deveria se voltar à facilitação dessa entrada, de forma a equilibrar as necessidades do País com sua efetiva capacidade de atender ao mercado de importação e exportação.

A relação que se estabelece no caso concreto é a estabilidade das cláusulas negociais firmadas em contrato. Trata-se de ato administrativo, representado pela vontade ou necessidade do Estado em outorgar um TUP a movimentar e armazenar cargas, bem como na

vontade do TUP em explorar atividade comercial prevista na Constituição, Leis, Decretos e demais normas.

A outorga de autorização necessita das atribuições dadas pela segurança jurídica exigidas no desenvolvimento de atividades econômicas revestidas de investimentos de altos volumes financeiros.

Em uma visão mais ampla, observa-se a existência dos sentidos amplo e estrito que resultam na segurança jurídica material ou formal. O amplo, diz respeito a garantia, proteção e estabilidade de pessoas ou relações, dependendo do que se quer focar. Já no sentido estrito, tem-se a plena vinculação da autorização com os negócios jurídicos.

Ainda nessa linha, o entendimento sobre o direito adquirido conduz à razoabilidade de se aceitar a outorga de autorização recebida pelo privado como algo estável e duradouro. Não como se contrapor precariedade na observância desse princípio.

No mesmo sentido Gabba (1891, p. 191) aperfeiçoa o entendimento sobre o que é direito adquirido, ao exprimir o conceito a seguir citado:

É adquirido cada direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude de a lei do tempo no qual o fato se consumou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova em torno do mesmo; e que b) nos termos da lei sob cujo império ocorre o fato do qual se origina, passou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.

Tendo-se em conta o entendimento de que a autorização data a um TUP não é precária, diante dos argumentos aqui expostos, e, aplicando-se o conceito de direito adquirido e estabilidade do mercado, a adequação dos terminais já outorgados deve se dar apenas nos aspectos em que a nova lei não afetar-lhes cláusulas contratuais.

Tais cláusulas, se alteradas, fatalmente os levariam ao encerramento de suas atividades de movimentação e armazenagem de cargas, pois é fato que o perfil operacional de um terminal portuário não pode ser mudado, mesmo que lhe seja dado suficiente prazo para a chamada adequação.

O advento da MP 595/12 altera significativamente as relações existentes para os TUPs. Sem dúvida, os dispositivos inseridos ou alterados pela nova lei revoluciona a forma como os terminais de uso privado passarão a operar.

Como principal ingrediente, a MP extingue a diferença entre carga própria e de

terceiro, liberando aos TUPs a movimentação de qualquer carga. Nesse sentido, corrobora mais ainda para a noção de que os serviços desses terminais são serviços públicos, mesmo que no sentido de “**impróprios**”.

Pode-se dizer que a MP 595/12 amplia o significado da lei, dá nova interpretação constitucional ao instituto da autorização e ajuda a dissipar seu sentido de precariedade. Além disso, obriga que a ANTAQ faça as adaptações em todos os contratos anteriores à sua edição, de forma a torna-los compatíveis com as novas medidas.

Por fim, a nova outorga ganha a dimensão do que deve representar as instalações portuárias denominadas terminais de uso privado, ou seja, é instrumento colocado à disposição da Administração Pública, sob a previsão constitucional (art. 21, XII, “f”), discricionário (art. 8º, da MP 595/12), de caráter estável (art. 8º, §§1º e 2º, da MP 595/12), para permitir a exploração de **serviços públicos impróprios** por particulares, mediante respaldo constitucional, infraconstitucional e regulatório (ANTAQ).

Entende-se, a partir das discussões aqui relacionadas, que se encontra superado o caráter precário da outorga de autorização afirmado por parte da doutrina, **para fazê-lo estável e totalmente provido de regras**. Assim, faz-se a necessária distinção entre meras autorizações para ampliar-se o conceito de que há casos em que tais diplomas não podem ser tratados como fórmulas gerais doutrinárias.



## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Delegações de serviços públicos**. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 16, nov/dez/jan de 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo**. In: Revista de Direito Administrativo – RDA, nº 225, jul./set., 2001, p. 124.

\_\_\_\_\_. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 151.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Malheiros, 2009.

BESERRA, Benjamin Galloti. **Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário**. 1ª edição. Brasília: Gráfica Alpha, 2005.

COUTINHO, Luciano Galvão. **Regulação e desenvolvimento**. Valor Econômico. São Paulo, p. A15, 13 fev. 2004.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Privatizações no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público à brasileira?** Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 27, 2004, p. 209-237.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Uso privativo de bem público por particular**. Editora Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 24ª edição. Editora Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito regulatório**. Editora Fórum, 2004.

GABBA, Carlo Francesco. *Teoria della Retroattività delle Leggi*. Turim, Utet, 3ª ed., 1891, p.191.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das concessões de serviço público**. Editora Dialética, 2003, p. 30.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução Luis Afonso Heck. 14ª edição. Barueri-SP, editora Manole, 2006.

MAYER, Giovanna. **Regulação portuária brasileira: uma reflexão sob a luz da análise econômica do direito**. Dissertação (Mestrado). Curso de pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba-PR, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/21807/1/Giovanna%20Mayer%20Dissertacao%20portos..pdf>>. Acesso em: 02/04/2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª edição. Editora Malheiros, São Paulo: 2009.

OLIVEIRA, Gesner; MATTOS, César. **Defesa da concorrência nos portos**. RAE - Revista de Administração de Empresas. São Paulo: volume 38, nº 3, p 64-76, jul/set 1998.

\_\_\_\_\_. Porto de Santos: **Situação Atual e Diretrizes para Atender à Demanda Futura**. BNDES: Informe Setorial. Rio de Janeiro: AIE/DELOG, n. 2, ago. 2006.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização Administrativa**. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A regulação das telecomunicações: papel atual e tendências futuras**. REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 8, janeiro de 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-8-NOVEMBRO-2006-CARLOS%20ARI%20SUNDFELD.pdf>. Acesso em 02/04/2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Econômico**. 1ª edição. Editora Malheiros, 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Editora Trotta, 2003.