



UnB

**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

ANNA ISABEL LEAL CORRÊA

**OS CONTORNOS DO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
NO SETOR PORTUÁRIO**

The outlines of the administrative authorization applied in the port sector

Brasília
2018

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**OS CONTORNOS DO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA
NO SETOR PORTUÁRIO**

Autora: Anna Isabel Leal Corrêa

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Brasília, 5 de julho de 2018.

FOLHA DE APROVAÇÃO

ANNA ISABEL LEAL CORRÊA

Os Contornos do Instituto da Autorização Administrativa no Setor Portuário

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa de *Transformações da Ordem Social e Econômica e Regulação*.

Aprovada em: 5 de julho de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Gustavo Braga
(Membro)

Dr. Mário Povia
(Membro)

Dr. João Paulo Coelho
(Suplente)

Meu imenso agradecimento aos meus pais, aos meus amigos e ao meu namorado pelo grande apoio, estímulo e compreensão em toda essa minha jornada. Meu agradecimento também aos meus colegas de serviço e aos meus mestres professores por não se furtarem a me ajudar nessa busca por conhecimento. Por fim, agradeço a Deus por sempre zelar por mim e por permitir que eu tenha a felicidade de estar nessa Universidade maravilhosa, ao lado de pessoas fabulosas e estudando o que gosto.

Sumário

INTRODUÇÃO	1
1 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 21, INCISO XII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	3
1.1 O “Serviço Público” na Constituição Federal de 1988.....	3
1.1.1 Breve justificativa sobre o motivo de se falar em serviço público e sobre o método de análise	3
1.1.2 Uma pequena análise dedutiva sobre serviço público para os fins do estudo.	4
1.1.3 O serviço público na Constituição Federal de 1988.....	5
1.1.4 Conclusões do tópico 1.1	10
1.2 A natureza jurídica da autorização nos serviços de infraestrutura	10
1.2.1 A autorização expressa no art. 21, XI e XII, da Constituição, na doutrina brasileira.....	11
1.2.1.1 Autorização como serviço público: atividades autênticas e atividades emergenciais	12
1.2.1.2 Autorização fora do conceito de serviço público: interesse exclusivo do autorizado e atividade econômica em sentido estrito	14
1.2.1.3 Autorização fora do conceito de serviço público: atividade econômica em sentido estrito	15
1.2.1.4 Autorização fora do conceito de serviço público: atividade econômica tertium genus.....	16
1.2.2 Características da autorização do art. 21, inciso XII, da Constituição Federal	17
1.2.2.1 A diferença entre direito público e direito privado	17
1.2.2.2 Remoção de proibição geral	20
1.2.2.3 Ato administrativo negocial	22
1.2.2.4 Autorização vinculada.....	27
1.2.2.5 Inexistência de precariedade	30
1.2.2.6 Natureza constitutiva.....	30
1.2.3 Conclusão parcial do tópico 1.2.....	31
2 O REGIME JURÍDICO DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO SETOR PORTUÁRIO	32
2.1 Tendências regulatórias e histórico de exploração portuária.....	32
2.1.1 Tendências regulatórias no Brasil	32
2.1.2 Breve histórico dos regimes jurídicos de exploração portuária na experiência brasileiro até a Lei nº 12.815, de 2013.....	35
2.1.2.1 Regime jurídico pré-constituição de 1988.....	35
2.1.2.2 Regime jurídico de exploração pós-constituição de 1998.....	37
2.1.3 Conclusão parcial	41

2.2	O atual regime jurídico de exploração dos portos por autorização	42
2.2.1	Inovações trazidas pela Lei nº 12.815, de 2013, na modalidade de exploração por autorização	42
2.2.1.1	Reinvenção do instituto da autorização para exploração de portos	42
2.2.1.2	Conceito de terminal de uso privado e título habilitante	43
2.2.1.3	Assimetria regulatória	45
2.2.1.4	Características gerais da exploração dos Terminais de Uso Privado.....	47
2.2.1.4.1	Procedimento para obtenção de outorga	51
2.2.1.4.2	Apresentação de garantias e adaptação dos contratos	54
2.2.2	Conclusão parcial do tópico 2.2.....	56
	CONCLUSÃO	58
	Referências	61

Resumo

O presente estudo analisa o instituto da autorização administrativa aplicada ao setor de portos. Quanto à natureza da autorização a autorização administrativa é uma delegação ao agente privado, por contrato, de atividade de titularidade material do Estado e não uma delegação de serviço público. No histórico de exploração dos portos, houve uma evolução regulatória de Estado Descentralizado, Centralizado e Regulador, representando maior ou menor intervenção estatal em cada momento. Com o advento da constituição de 1988, a Lei nº 8.630, de 1993, nomeada como Lei de Modernização dos Portos, possibilitou a exploração por meio de autorização daqueles que comprovassem movimentar preponderantemente carga própria, ao lado dos terminais arrendados, que poderiam movimentar qualquer tipo de carga. Essa autorização de características precária e discricionária, paulatinamente, dentro deste regime, passou a ganhar contornos de maior estabilidade. Essa Lei foi modificada pela Lei nº 12.815, de 2013, que extinguiu a distinção de carga própria e de terceiros, possibilitando a ampla oferta de serviços por esses autorizatários. Esse regime jurídico, assim, passou a distinguir o operador autorizado do arrendatário pelo conceito de “porto organizado”. Esse fato acentuou a assimetria regulatória já existente e trouxe inovações com relação a prazo de exploração e necessidade de submissão a anúncio público. Regulamentando esta lei veio o Decreto nº 8.033, de 2013, alterado pelo Decreto nº 9.048, de 2017 e regulado pela Resolução Normativa nº 20 da Agência Nacional de Transportes Aquaviários, que dentre suas grandes modificações extinguiu a exigência de apresentação de garantias pelo autorizatário.

Palavras-chaves: infraestrutura; regulação de portos; autorização; terminal de uso privado; natureza jurídica; regime jurídico; Lei nº 12.815, de 2013; Decreto nº 8.033, de 2013; Decreto nº 9.048, de 2017; Resolução Normativa nº 20, de 2018, da ANTAQ.

Abstract

The following study evaluates the administrative authorization to port terminals. Regarding the legal definition, the administrative authorization is the delegation to a private entity, by contract, of an activity that is originally attributed to the Union, not a delegation of a public service, considering the constitutional rules applicable to the matter. In the port industry history, the national regulatory standards faced different levels of State intervention, having evolved from a decentralized State to a centralized one, and then to a regulatory State. After the 1988 Constitution, national legislators passed Law no. 8.630/1993, named as “Ports Modernization Bill”, allowed port terminal operations through administrative authorization conditioned to a preponderant handling of cargo owned by the port operator, alongside with public port lease contracts, whose lessees could handle all types of cargo. The administrative authorization, initially with precarious and discretionary attributes, gradually unfolded to a regime of greater stability. Law no. 12.815/2013, which replaced the Ports Modernization Bill, ended the legal distinction between operator-owned and third-party-owned cargo, enabling the expansion of the services rendered by port operators which were previously authorized to preponderantly handle self-cargo. The new legal framework, while ended the initial distinction between operator-owned cargo and third-party-owned cargo, currently discriminates authorized port operators from lessee port operators through the concept of “organized port”. This fact increased the regulatory asymmetry between authorized and lessee port operators and brought innovations regarding authorization and lease contracts deadlines and created the need to submission to a “public announcement” procedure for granting port authorizations. Law no 12.815/2013 was implemented by Presidential Decrees no. 8.033/2013 and 9.048/2017 and the National Water Transportation Agency Resolution no. 20, which, among other major issues, abolished the need of authorized port operators to provided contract collaterals.

Keywords: infrastructure; regulation of ports; authorization; terminal for private use; definition; legal structure; Law no. 12,815, of 2013; Decree no. 8.033, of 2013; Decree no. 9.048 of 2017; Normative Resolution no. 20, of 2018, of ANTAQ.

Lista de Figuras

Figura 1 - Acepções da Autorização Administrativa na Doutrina brasileira 12

Lista de Tabelas

Tabela 2 – modificações nas características essenciais dos autorizatários	19
Tabela 3 - diferença entre a Lei nº 12.815, de 2013 e a Lei nº 8.630, de 1993	50
Tabela 4 - Dispensa de apresentação de novo contrato de adesão.....	53

INTRODUÇÃO

Um dos grandes marcos no setor de portos, notoriamente, foi a Lei nº 12.815/2013. Isso porque, embora a exploração de terminal por meio de autorização já fosse prevista em normas anteriores, a Nova Lei extinguiu a distinção “carga própria” e “carga de terceiros” (FARRANHA, 2015, p. 94), o que possibilitou um grande crescimento dos Terminais de Uso Privado (TUP). Em menos de 5 (cinco) anos que a Lei entrou em vigor, os terminais autorizados possuem 66% das movimentações do mercado (Anuário, 2018).

Essa expressiva mudança de cenário no setor levanta questionamento sobre o regime jurídico e a natureza jurídica das explorações por meio de autorização (ARANHA, 2015), não apenas no setor portuário, mas em todo setor de infraestrutura (MENEGAT, 2015). Isto se dá pois vislumbram-se atividades que, no passado, foram exploradas diretamente pelo Estado (FREITAS, 2015) e, com a nova roupagem constitucional dentro de um paradigma de Estado Regulador (ARANHA, 2015), passaram a ser exercidas pela iniciativa privada.

Esse crescimento, por outro lado, entra em confronto com teorias amplas (ARAGÃO, 2013) que enxergam as atividades de exploração portuária como “Serviço Público”, uma vez prevista no art. 21, inciso XII, alínea “d” da CF/88. Somam-se a isso, também teorias que entendem ser a autorização oriunda do poder de polícia, dotada de precariedade e discricionariedade, características tidas como incompatíveis com atual forma de exploração portuária por TUPs.

Assim, a relevância do tema é evidenciada ao conciliar: a) o crescimento expressivo da fatia explorada por meio da autorização em portos e; b) as diversas nuances dadas pela doutrina sobre o conceito de serviço público e, avançando, sobre o conceito de autorização administrativa específica para a exploração de infraestrutura (ARAGÃO e BARROS, 2014; MENEGAT, 2015), que será tratado, neste estudo, no setor de portos.

O presente estudo busca, nessa medida, responder qual seria a natureza jurídica e o regime jurídico do instituto da autorização administrativa no setor de portos. Uma hipótese seria a de que a autorização administrativa mencionada no art. 21 da Constituição se difere daquela originalmente conhecida como poder de polícia, possuindo natureza e regimes jurídicos distintos do conceito tradicional de autorização adotado pela doutrina (MENEGAT, 2015).

Registra-se que será dada ênfase em conteúdos produzidos posteriormente à Lei 12.845/2013, especificamente no que tange a assuntos relacionados ao instituto da autorização

administrativa. De mais a mais, o estudo não abordará experiências internacionais no que tange ao conceito de autorização ou sobre a forma de exploração portuária.

Por fim, o trabalho será estruturado em dois capítulos. No primeiro capítulo será abordado: a) a confrontação entre a autorização e serviço público com base na Constituição de 1988; e b) a natureza jurídica do instituto da autorização administrativa prevista no art. 21. Depois de delimitados tais conceitos, será dado espaço à análise desses temas de forma mais aprofundada no setor portuário, contendo: a) um breve histórico do setor portuário; b) uma análise das inovações trazidas pela Lei nº 12.815/2013; e, por fim c) a conclusão sobre o a natureza e regime jurídico do instituto da autorização administrativa no setor de portos.

1 CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA PREVISTA NO ART. 21, INCISO XII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1 O “Serviço Público” na Constituição Federal de 1988

1.1.1 Breve justificativa sobre o motivo de se falar em serviço público e sobre o método de análise

Como bem descreveu MEGEGAT (2015, p. 51-54), para se entender as autorizações no setor de infraestrutura é necessária uma abordagem sobre a natureza dos serviços públicos. Por esse motivo, o presente estudo não estaria completo se não tratasse do tema, mesmo não sendo este assunto o problema da pesquisa enfrentando.

Ao se falar de setor portuário, se ingressa em um campo que historicamente foi desenvolvido com forte intervenção estatal (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015) e vinculado a uma noção ampla de serviço público (ARAGÃO, 2013). Contudo, o Estado, que anteriormente era burocrático, passou a ser regulador (ARANHA, 2015) e a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170 deixou clara a subsidiariedade do Estado.

Considerando esse embate, justifica-se a necessidade e pertinência de um tópico a respeito de serviço público. Adianta-se que a hipótese do estudo é que a autorização administrativa do art. 21, XII, da Constituição não seria uma autorização de serviço público. Essa conclusão gera consequências práticas no entendimento da natureza e regime jurídicos da autorização.

Por ser o conceito de serviço público vital ao desenvolvimento do trabalho, não se pode apenas adotar o conceito de serviço público como pressuposto. Essa metodologia não seria honesta e tornaria frágil as respostas do estudo. Dito isso, é importante registrar que a autorização do setor portuário só terá a natureza ‘x’ se entendermos serviço público de forma ‘y’.

Portanto, é importante esclarecer o método que levou à conclusão do estudo. Infelizmente, o estudo não comporta uma grande digressão sobre o melhor método, mas será destacada uma forma de interpretação para se chegar àqueles resultados. Nesse contexto, a justificativa sobre o porquê de se falar sobre serviço público é tão relevante quanto elucidar o método em que se chegou a determinada resposta.

É nesse sentido em que se fazem pertinentes as constatações de ARAGÃO (2013, p. 115-124) sobre a metodologia utilizada. Para o autor, a “operacionalidade” e “atendimento aos objetivos metodológicos” são os nortes para determinar qualquer classificação (idem, ibidem). Com base nisso, tanto ARAGÃO (2013) como LOUREIRO (2009) seguem uma linha de análise a partir da Constituição. Essa parece ser a melhor forma de compreender as mutações operadas no instituto da autorização administrativa: partindo do próprio ordenamento jurídico (LOUREIRO, 2009, p. 131-135).

Feitas as referidas ressalvas, este tópico irá abordar a problemática da noção de serviço público tendo em vista as mutações tidas no Direito Econômico¹, tomando como premissas os dispositivos constitucionais sobre o assunto. Como conclusão, não se busca chegar ao “conceito” de serviço público, mas apenas entender sua natureza atual face às autorizações administrativas.

1.1.2 Uma pequena análise dedutiva sobre serviço público para os fins do estudo

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a consagrar o princípio da livre iniciativa ao nível de fundamento constitucional (SCHIMIDT, 2015). O título da ordem econômica da CF/88 expressa a livre iniciativa e a subsidiariedade da atuação direta do Estado na atividade econômica, que acontece em casos específicos definidos em lei². Neste mesmo título a Constituição atribuiu ao Poder Público o regime jurídico de prestação de serviços públicos, qual seja: regime de concessão e permissão, sempre através de licitação³.

No que tange especificamente ao setor portuário, a Constituição estabeleceu a titularidade material de explorar portos marítimos, fluviais e lacustres por meio de autorização,

¹ Algo parecido foi feito na dissertação de MENEGAT (2015, p. 51-124)

² Vide texto constitucional: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

³ Art. 175 da Constituição diz que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

concessão ou permissão, bem como a titularidade formal privativa da União de legislar sobre o regime dos portos⁴.

Portanto, têm-se tais premissas: a) estamos diante de uma ordem capitalista pautado na livre iniciativa; b) a atuação direta do estado se dá de forma subsidiária, apenas quando configuradas situações específicas; c) os serviços públicos serão prestados sob regime concessão e permissão; d) compete a União por meio de lei, definir o regime jurídico dos portos; e e) os portos são de titularidade da União e podem ser explorados por meio de autorização, concessão e permissão.

Tem-se como conclusão que: a) o Estado atuará diretamente na economia de maneira subsidiária pois a ordem constitucional possui codificada a livre iniciativa; b) em nenhum momento a Constituição trabalhou como sinônimos “titularidade material” e “serviço público”; c) os serviços públicos devem ser prestados por meio de concessão e permissão, logo, se os portos podem ser explorados por meio de autorização, concessão e permissão, ao menos quando se tratar de autorização não estamos diante de serviço público; d) a lei disporá sobre o regime de exploração dos portos.

O resultado da análise das premissas, para fins deste trabalho, pode ser resumido da seguinte forma: de acordo com a Constituição de 1988, os portos, quando explorados por meio de autorização, não são serviços públicos e a lei disporá sobre o regime de exploração.

Esta conclusão é suficiente para o objeto deste estudo. Contudo, como a natureza jurídica do serviço público possui vários entendimentos na sua história e, até hoje, na doutrina brasileira, não se tem um consenso, será abordado no próximo tópico a forma como a doutrina tem adotado esse conceito com enfoque na problemática que gira em torno da autorização. Ao final da análise, será adotada uma teoria de referência. Só assim poder-se-á analisar os pormenores do instituto autorização.

1.1.3 O serviço público na Constituição Federal de 1988

Segundo ARAGÃO (2013), as correntes que buscam elucidar o conceito de serviço público podem ser classificadas em amplíssima, ampla, restrita e restritíssima. O autor discorre

⁴ Art. 21. Compete à União: f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;

que a teoria amplíssima tem como percussor DUGUIT “equivalendo o serviço público a todas as atividades exercidas pelo Estado, ou, quando menos, a um sinônimo da própria Administração Pública” (2013, p. 138-139).

ARAGÃO segue analisando a concepção ampla de serviço público que, segundo ele seriam aquelas atividades onde o Estado exerceria funções “para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado” (idem, ibidem, p. 140). Estariam, assim, abrangidos os serviços públicos econômicos, sociais e universais⁵ (idem, ibidem).

Outra concepção, na linha do autor, seria a restrita, que excluiria da concepção anterior os serviços universais. Por fim, a concepção restritíssima abrangeria apenas os serviços passíveis de remuneração por taxa e de titularidade exclusiva do Estado. Esse último conceito não contemplaria os serviços sociais como o anterior (ARAGÃO, 2013, p. 142). A conclusão do autor vai na linha restrita de serviço público, ou seja:

Serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade. (2013, p. 151).

Outra forma de se compreender a concepção de serviços públicos seria por sua nuance subjetiva, objetiva e formal (FURTADO, 2016, p. 616-638). Na classificação subjetiva, seria serviço público aquele de titularidade do Estado, e na objetiva, aqueles de comprovada essencialidade e interesse da coletividade. Seu liame formal seria sobre quem teria a competência legal para dispor sobre o assunto (idem, ibidem, pp. 616-618).

Por fim, o autor chega à conclusão que serviço público é “atividade de satisfação das necessidades da população, desenvolvida pelo Estado ou por particulares, por meio da qual são postas utilidades ou comodidades à disposição da coletividade” (FURTADO, 2016, p. 625)

⁵ Segundo ARAGÃO, seriam aqueles serviços “inespecífico e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão” (ARAGÃO, 2013)

JUSTEN FILHO, conceitua serviço público por meio de seus liames subjetivo, objetivo e formal, sendo seu marco distintivo a inviabilidade daquela atividade ser prestada por meio da livre iniciativa, ou seja:

atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais e ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob o regime de direito público. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 727)

Já DI PIETRO adota uma concepção ampla de serviço público, ao entender que se trata de:

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (DI PIETRO, 2010, p. 102)

Não se pretende neste tópico analisar como toda doutrina brasileira conceitua serviço público, mas apenas dar um panorama sobre como o assunto é tratado no país. Como visto acima, há várias formas de classificar e entender o conceito de serviço público. É clara, por exemplo, a diferença conceitual entre JUSTEN FILHO (2014) e DI PIETRO (2010), de concepções restrita e ampla, respectivamente: a subsidiariedade do Estado.

A subsidiariedade do Estado é um dos pressupostos da atual fase de regulação do Brasil em que não se está mais diante de um Estado Concentrado, mas sim diante de um Estado Regulador (ARANHA, 2015). Segundo ARANHA, o Estado Subsidiário é entendido como “uma opção societária sobre o nível de interferência estatal na esfera privada” na qual “o governo deve fazer pelos cidadãos somente aquilo que eles não puderem fazer por si próprios” (2015, p. 22).

É essencial a compreensão dessa nova roupagem constitucional dada à ordem econômica e alocação de tal modificação nos diversos conceitos da administração, dentre eles, o de serviço público (TORRES, 2015). Portanto, a livre iniciativa não só é um conceito da ordem econômica, mas também um fundamento constitucional (SCHIMIDT, 2015).

TORRES (2015) demonstra a existência de um Estado Subsidiário e Gerencial no ordenamento jurídico brasileiro no qual não se pode valer do conceito de serviço público para justificar uma demasiada intervenção do estado na economia. Por esse motivo é que, segundo a autora, a classificação de serviço público deve contemplar: “a) a motivação que justifica que tais atividades ainda tenham de ser afetadas à órbita de prestação estatal e; b) o porquê de a liberalização daquelas à esfera privada representar algum grau de comprometimento do interesse público” (TORRES, 2015).

MENEGAT, conforme já foi dito, não dissocia a análise de serviço público e direito econômico (2015). Seu estudo, voltado para o setor de infraestrutura, conclui que o art. 21, XII, da Constituição, não trata de serviços públicos, mas apenas de atividades que podem ser qualificadas como tal. Essa é, no entender desse estudo, a análise correta.

Outro estudo importante foi feito no livro “Constituição, Energia e Setor Elétrico” (LOUREIRO, 2009). Ao se analisar o art. 21, XII, da Constituição Federal, LOUREIRO concluiu que dizer “compete à União explorar” não significa o mesmo de “serviço público”. Nesse contexto, em análise dos artigos que regem a ordem econômica, sua conclusão é a de que cabe ao legislador a tarefa de decidir quais serviços serão ou não públicos (LOUREIRO, 2009). Isso porque, para ele, não necessariamente as concessões ou as permissões serão serviços públicos, a lógica constitucional seria outra: sempre que serviços públicos, serão concessões ou permissões.

LOUREIRO (2009) ainda ressalva que não ser serviço público não dá ao particular amplo e irrestrito direito ao serviço, ou seja, não denota ser o serviço de todo entregue à livre iniciativa pois ele ainda guarda um “conteúdo mínimo estatal”, qual seja, a competência da União para exploração. Deste modo, tem-se de concordar que as conclusões do autor são aquelas que mais se enquadram com as premissas adotadas: não é a “essencialidade” ou a “titularidade” que torna o serviço público, mas a opção legislativa.

A opção de adotar a linha de LOUREIRO (2009) no presente estudo é simples: análise foi feita tendo como premissas pura e simplesmente a Constituição. Contudo, falta no autor um estudo sobre quais os pressupostos que o legislador deve ter em consideração para

declarar um serviço como público⁶. Para isso, deve ser tomada as premissas de direito administrativo e de direito econômico⁷.

Com esse intuito e com base nas teorias acima explicadas, este estudo adota as seguintes premissas: a) só pode ser serviço público se for de titularidade estatal tendo em vista que, caso contrário, tais atividades não podem ser passíveis de delegação por meio de concessão ou permissão⁸; b) só pode ser serviço público se justificado que tais serviços não podem ser prestados pela iniciativa privada, por força da subsidiariedade. Abandona-se a ideia de essencialidade.

Vale a crítica feita por FURTADO de que:

A maior dificuldade enfrentada por essa concepção [objetiva] está no fato de a expressão serviço essencial inserir-se no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados. Ela varia em função do lugar, da concepção ideológica e da política adotada, e ainda em razão do nível de desenvolvimento social, econômico e tecnológico de cada sociedade (2016, p. 618).

Ocupa o espaço da “essencialidade” a necessária motivação de uma escolha política de maior intervenção em Estado que contempla a livre iniciativa como fundamento. Em síntese, justificar o porquê a iniciativa privada não prestaria de forma adequada os serviços que

⁶ Embora o autor não defina balizar para a definição de “serviço público”, elenca as “balizas para o legislador ordinário definir quais são os serviços de instalação de energia elétrica”. A preocupação de LOUREIRO é oriunda da interpretação que dá aos dispositivos constitucionais pois antes mesmo de se analisar o que são serviços públicos, deve-se saber o que são serviços de competência do poder público (vide art. 21 da Constituição Federal). Nesse sentido, a visão daquilo que compete à União explorar materialmente é definido em pormenores pelo legislador que deve considerar a) a garantia do “exercício pleno e completo da competência” e “evitar o sacrifício desnecessário do princípio da liberdade de iniciativa no âmbito econômico” (2009, p. 96). Essa análise é prévia àquela sobre serviço público, em outras palavras, primeiro se define o que é competência material da União e depois se analisa se sua exploração será por meio de serviço público ou não.

⁷ Sobre o que se deve levar em consideração para classificar um serviço público e um serviço que será prestado em concorrência material a esse serviço público, como é, no caso, as autorizações, SCHIRATO adota a linha de que deve ser feita uma ponderação e razoabilidade na escolha do modo de exploração. Assim ensina o autor: “parece-nos evidente que não há como se pretender encontrar fórmula geral que determine qual o grau de restrição ao direito fundamental da livre iniciativa que será cabível quando se estiver diante de uma atividade econômica materialmente concorrente de um serviço público. Em qualquer caso, será necessária uma análise ponderativa específica para cada setor e para cada serviço público para que se possa aferir qual o conflito existente e qual o grau de restrição da livre iniciativa.” (SCHIRATO, 2011, p. 271). Contudo, conforme se verá a seguir, discorda-se do autor na medida em que o estudo pretende adotar requisitos específicos a serem seguidos pelo legislador na escolha pela forma de exploração.

⁸ Salvo as ressalvas prevista na própria Constituição que prevê o dever do estado em garantir materialmente o serviço com a participação da iniciativa privada. Tais serviços são entendidos, por ARAGÃO (2013) como espécies de serviços públicos denominados como serviços sociais. Como serviço público não é o objeto central deste estudo, a análise minuciosa dos serviços sociais não foi feita.

passarem a ser entendidos como públicos. Contudo, não será por meio de autorização que serão prestados serviços públicos pois o regime de exploração de serviços públicos é através de concessão e permissão, precedida de licitação (art. 175 da CF).

É importante mais uma vez frisar que o presente estudo não busca conceituar “serviço público”, mas apenas delimitar suas características tendo em vista que, ao se falar em setor portuário, estamos em uma esfera historicamente de grande interferência estatal⁹. O que se buscou nesse tópico foi apenas dar um panorama de como esse assunto é tratado na doutrina brasileira e apresentada uma sugestão de análise do tema “serviço público”.

1.1.4 Conclusões do tópico 1.1

Por isso, a conclusão parcial deste capítulo é a de que: a) tendo como premissa os dispositivos constitucionais, não se trata de serviço público quando diante de serviço autorizado; b) essa conclusão já seria suficiente para prosseguir com o estudo, contudo, é relevante entender como a doutrina brasileira cuida do assunto; c) rechaça-se a concepção ampla de serviço público, pois ela não leva minimamente em consideração o Estado Subsidiário, pressuposto teórico do Estado Regulador; d) a abordagem de LOUREIRO (2009) é a que mais se enquadra nas premissas propostas pois entende que a competência material não é sinônimo de serviço público mas gera um conteúdo mínimo estatal; e) o autor ainda sustenta que caberia ao legislador definir quais atividades serão ou não serviços públicos; f) a análise de LOUREIRO está incompleta pois não descreve quais os critérios para o legislador definir o que pode ou não ser qualificado como serviço público; g) propõe-se que se leve em consideração a titularidade material e subsidiariedade da atividade Estatal e; h) feita essa digressão, volta-se à conclusão “a”: em nenhum momento será possível classificar autorização administrativa como serviço público.

1.2 A natureza jurídica da autorização nos serviços de infraestrutura

⁹ Esse assunto será tratado no Capítulo 2 deste estudo.

O objeto deste estudo é compreender os contornos da autorização administrativa na exploração de terminais portuários privados. Para isso, no tópico anterior, esclareceu-se que a autorização do art. 21, XII, não se trata de autorização de serviço público. Partindo desta conclusão, o presente tópico busca elucidar, então, qual seria a natureza jurídica da autorização para depois se analisar como se opera esse instituto no setor de portos.

A natureza jurídica¹⁰ é a busca dos elementos essenciais de um instituto e classificação (DELGADO, 2011), ou seja, é a sua:

precisa definição – como declaração de sua essência e composição – seguida de sua classificação, como fenômeno passível de enquadramento em um conjunto próximo de fenômenos correlatos. Definição (busca da essência) e classificação (busca do posicionamento comparativo), eis a equação compreensiva básica da ideia de natureza (DELGADO, 2011).

Portanto, o que se busca nesse tópico é definir a natureza jurídica da autorização prevista no art. 21, XI e XII, da Constituição Federal para que, posteriormente, nos tópicos seguintes, possamos avançar no atual regime jurídico dos autorizatários no setor de portos. Para isso, será abordado, em primeiro lugar, como a doutrina brasileira trata da autorização do art. 21, XI e XII, da Constituição e depois será analisado cada elemento que forma a natureza da autorização. Só assim se poderá avançar para a forma de exploração dos portos por meio da autorização.

1.2.1 A autorização expressa no art. 21, XI e XII, da Constituição, na doutrina brasileira

Tradicionalmente, a autorização é vista como um ato de declaração unilateral, precário e discricionário (DI PIETRO, 2010; FURTADO, 2016) em que, dada a autorização, remove-se proibição geral para exercício de certa atividade (POMPEU, 2010, p. 63-71) que será exercida no interesse exclusivo do particular¹¹. Nesse sentido, é imprescindível que se

¹⁰ A ressalva se faz importante na medida em que o trabalho também se prestará a analisar, mais à frente, o regime jurídico de exploração por meio de autorização do setor portuário.

¹¹ Ao levantar o posicionamento tradicional da doutrina, SCHIRATO (2011, p. 272) descreve que “de início, desde há muito, foi firmado o entendimento no direito administrativo brasileiro de que as autorizações se constituem em atos administrativos precários, unilaterais e discricionários, outorgados pela administração pública a particulares para que eles possam exercer atividades em alguma medida reguladas em seu exclusivo interesse”.

analise cada ponto acima elencado com base no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição de modo a definirmos a natureza jurídica da autorização em que se insere a exploração de portos.

O objeto deste tópico é elencar como os autores descrevem a autorização administrativa do art. 21, XII cujas características, muitas vezes, estão em desacordo com os atributos que são tradicionalmente da autorização, quais sejam o “ato”, a “discricionariedade”, a “precariedade” e a “unilateralidade”.

Para isso, MENEGAT (2015, p. 137-177) classificou os posicionamentos em 5 vertentes, que são: a) a autorização para atividades econômicas em sentido estrito, prestadas no interesse exclusivo ou proveito próprio do particular; b) autorização para serviços públicos autênticos; c) autorização para serviços públicos emergenciais; d) autorização para atividades econômicas em sentido estrito, passíveis de prestação à coletividade em regime de concorrência e; e) autorização de atividade que compõe um *tertium genus*. Com base no estudo do autor, pode-se ter o seguinte esquema sobre as acepções da doutrina brasileira sobre a autorização, que serão analisados individualmente nos subtópicos seguintes:

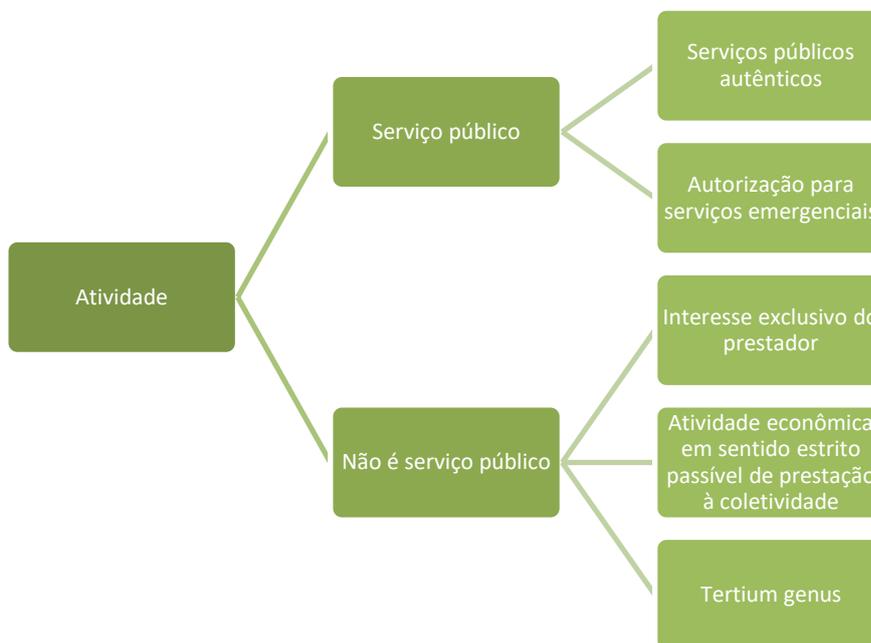


Figura 1 - Acepções da Autorização Administrativa na Doutrina brasileira

1.2.1.1 Autorização como serviço público: atividades autênticas e atividades emergenciais

Na linha que qualifica a autorização como serviço público para atividade em caráter emergencial, Celso Antônio Bandeira de Mello exprime que há serviços públicos por

determinação constitucional, no qual se enquadrariam, por exemplo, os portos. A autorização ali prevista apenas seria para casos em que houvesse apenas: a) interesse privado do explorador; e b) “abrange[sse] casos em que efetivamente está em pasta um serviço público, mas se trata de resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão” (MELLO, 2009).

Portanto, na locução do autor, os serviços descritos no art. 21 são públicos e a autorização seria de caráter excepcional onde uma das hipóteses se constitui quando configurada situação de emergência. Outros adeptos a essa linha seriam Hely Lopes MEIRELLES, Lúcia Valle FIGUEIREDO, Carlos Pinto Coelho MOTTA, Edmir Netto de ARAÚJO, Carmen Lúcia Antunes ROCHA, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (MENEGAT, 2015, p. 150-151).

Já FURTADO (2016) alega que a autorização é advinda do poder de polícia, mas que assume outra acepção, servindo-se para “transferir ao particular serviços públicos” (FURTADO, 2016, p. 553-526). Ainda segundo o autor, os serviços autorizados serão prestados em regime de direito privado e sua principal função é gerar competição entre os atores e reduzir as tarifas praticadas nesses setores onde há competição.

A crítica que se faz a ambos os posicionamentos foi expressa no primeiro tópico deste estudo: pela dicção constitucional não existe autorização de serviços públicos. Embora o estudo concorde com as conclusões de FURTADO acima descritas, diverge-se do autor na medida em que há uma imprecisão lógica, pois é inconstitucional ter uma autorização para serviço público¹². Ademais, a crítica que se faz quanto ao posicionamento de que a autorização serviria apenas para serviços emergenciais está na atual experiência dos setores de infraestrutura¹³ e da própria reinvenção do instituto da autorização no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição não diz que “compete à União” é sinônimo de “serviço público”, e não menciona que apenas em caráter emergencial pode ser explorada a atividade por autorização. Ainda mais grave fica a situação ao se analisar as leis, de telecomunicações e portos, por exemplo, que introduzem a autorização para prestação de serviços à comunidade.

¹² Vale repetir o art. 175 da Constituição: Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹³ Chama-se atenção, principalmente, aos setores de portos, telecomunicações e energia.

Ou seja: a lei e a Constituição não limitam o instituto às situações de emergência¹⁴. Do mesmo modo não deve fazer a doutrina, se o parâmetro for positivo e não ontológico.

1.2.1.2 Autorização fora do conceito de serviço público: interesse exclusivo do autorizado e atividade econômica em sentido estrito

Como visto, MELLO (2009) elenca o interesse exclusivo como uma das hipóteses de autorização do art. 21 da Constituição. Essa abordagem também é adotada por PIETRO¹⁵ (2017). Segundo a autora, a concessão e permissão serão delegações de “atividade que vai atender a necessidades coletivas, definida pela lei como serviço público”, ao passo que a autorização serviria apenas para “o interesse exclusivo do particular”. Tendo essas premissas, a autora conclui pela inconstitucionalidade da lei de telecomunicações (Lei nº 9.472), pois esse regramento teria desvirtuado a real aplicação da autorização, a se operar no interesse restrito do particular (PIETRO, 2017, p. 178).

A crítica que se faz a esse posicionamento é a mesma feita no tópico anterior: não há no texto constitucional limitação da autorização para interesse do particular. Entende-se que essa orientação é advinda de uma concepção de caracterização de serviço público pelo interesse, no qual seria serviço público se do interesse público. Contudo, conforme abordado no tópico 1.1.3 desse estudo, entende-se que o interesse não é elemento (ou apenas ele, na maioria das doutrinas) que caracteriza serviço público.

Deste modo, cabe ao legislador escolher o regime de exploração e não há nenhuma vedação constitucional para o exercício de atividades, de interesse coletivo, por autorizatários.

¹⁴ Vale mencionar a ressalva feita por MENEGAT: “Todavia, destaque-se que se trata de apenas uma disposição legal, referente a uma das atividades descritas no art. 21 da Constituição (transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros). Nessa medida, se as autorizações possuem essa natureza e destinação no setor de transporte interestadual de passageiros, é porque o legislador infraconstitucional que dispôs sobre a matéria assim o quis no que toca ao setor de transportes – e apenas este. Isso não significa, de modo algum, que todos os setores e atividades descritos no art. 21 da Constituição tenham de se submeter ao mesmo regramento simplesmente porque, no setor de transportes, as autorizações foram previstas com o caráter emergencial. Aliás, conforme se enfrentará a seguir, a legislação dos outros setores é bastante diversa: no setor elétrico, de telecomunicações e de portos, por exemplo, não há qualquer disposição nesse sentido.” (2015, p. 175)

¹⁵ É importante esclarecer que MENEGAT (2015, p. 214-215), ao analisar a doutrina de PIETRO, entende que, por mais que a autora utilize do termo “autorização de serviço público”, ao classificar a exploração como de interesse próprio do particular está, na verdade, concluindo que se trata de autorização como atividade econômica do particular.

Mais uma vez, reprisa-se que a experiência de setores de infraestrutura diz o oposto desta abordagem. Por isso, é importante o alerta de MENEGAT:

A doutrina administrativista não pode ter a pretensão de espancar a realidade fático-normativa vigente e já estabilizada há anos. Seu papel é descrever essa realidade e a partir dela construir com vistas à evolução técnico-científica, para a qual de nada contribui a desconstrução feita com olhos no passado e com a misoneísta intenção de fazer sobreviver descrições e elementos tradicionais, muitas vezes baseados em paradigmas teóricos superados, assim impedindo que novas compreensões e novas doutrinas surjam (MENEGAT, 2015, p. 135-136).

1.2.1.3 Autorização fora do conceito de serviço público: atividade econômica em sentido estrito

Os grandes expoentes dessa acepção analisados nesse estudo são SCHIRATO e ARAGÃO (MENEGAT, 2015). Para SCHIRATO, tais atividades seriam econômicas em sentido estrito, muitas vezes prestadas em regime de concorrência material com os serviços públicos. ARAGÃO, por sua via, dispõe que:

A Constituição Federal deu, então, certa margem de discricionariedade ao Legislador em relação às atividades enumeradas nos incisos X a XII do art. 21 para que, diante das evoluções tecnológicas propiciadoras da concorrência e do Princípio da Proporcionalidade na sua expressão de subsidiariedade enquadre-as como serviços públicos ou como atividades privadas de interesse público sujeitas a uma regulação de natureza autorizativo-operacional (ARAGÃO, 2013, p. 216).

Contudo, também essa acepção não parece ser a mais satisfatória. Isso porque, conforme será melhor abordado no tópico 1.2.2.2, a diferença entre as atividades reside na titularidade: as atividades do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição, são de titularidade estatal ao passo que as atividades econômicas em sentido estrito são de titularidade dos particulares. A autorização, nesse sentido, não retira uma proibição geral, mas insere uma nova atividade que antes não era da esfera de atuação do particular.

1.2.1.4 Autorização fora do conceito de serviço público: atividade econômica tertium genus

O presente estudo se alinha ao posicionamento de LOUREIRO, MENEGAT e MOREIRA na medida em que não considera serem as atividades elencadas no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição, serviços públicos ou atividades econômicas em sentido estrito, de titularidade privada.

LOUREIRO (2009), como já adiantado, entende que a expressão do art. 21, incisos XI e XII, não diz respeito a serviços públicos, mas atividades de titularidade material da União. Também na linha de diferenciação pela titularidade, MENEGAT (2015) dispõe que o art. 21 trata de atividades qualificáveis como serviços públicos e, ao se diferir das classificações acima, entende ser tais atividades uma terceira classe: de titularidade estatal e não prestadas sob o prisma de serviço público. No mesmo sentido, segue MOREIRA¹⁶ (2010).

No entendimento deste estudo, a autorização do art. 21, incisos XI e XII, trata de atividades de titularidade estatal outorgadas aos particulares por meio de contrato para serem prestados em regime jurídico específico definido em lei, observando sempre o princípio da livre iniciativa. Portanto, o estudo não se alinha às classificações de autorização como serviço público ou como atividade econômica em sentido estrito.

Contudo, se diverge de MENEGAT e MOREIRA quanto à necessidade de se ter uma terceira classificação. Isso porque, ao ver do estudo, existem várias nuances que podem classificar uma atividade¹⁷, e uma delas é a titularidade. Uma atividade pode ser de titularidade privada ou de titularidade estatal. Nesse turno, a atividades de titularidade estatal podem ser

¹⁶ Assim afirma o autor: “A rigor, a autorização tornou-se um tertium genus: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tampouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se da autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União, que não se submetem restritivamente ao regime das concessões e permissões de serviços públicos (MOREIRA, 2010, p. 6).

¹⁷ Foi abordado no tópico 1.1, por exemplo, os critérios objetivos e subjetivos. Outra classificação interessante é a de Eros Roberto GRAU. Ao analisar o posicionamento do autor, SCHIRATO afirma que GRAU “defende a presença de um grupo de atividades econômicas em sentido amplo, que incluiriam os serviços públicos, e um outro de atividades econômicas em sentido estrito, do qual os serviços públicos estariam excluídos. Nessa visão, parcela das atividades econômicas em sentido amplo, representada pelos serviços públicos, seria pertencente ao Estado, estando em absoluto, subtraída do alcance e do acesso pelos agentes privados, exceto quando dotados de títulos legitimadores conferidos pelo Estado. De outro bordo, as atividades econômicas em sentido estrito seriam típicas dos agentes privados, sendo sua exploração pelo Estado um caso de intervenção direta no domínio econômico, em convívio e concorrência com os agentes privados” (2011, p. 95).

prestadas por meio do regime de serviços públicos ou não. Quem decidirá será a legislação sobre o assunto. Não é necessário criar uma terceira classificação para essas atividades.

O próximo tópico visa analisar as características da autorização do art. 21, incisos XI e XII. Já adiantando o posicionamento, o presente estudo alinha-se, em parte, ao posicionamento de MENEGAT (2015) e SCHIRATO (2011) na medida em que classificam a autorização de serviços de infraestrutura como diferente daquela tradicionalmente adotada. Porém, discorda-se de que seja uma espécie do gênero autorização, alinhando-se, nesse ponto, ao proposto por LOUREIRO (2009), em que o instituto discutido pertence ao gênero delegação de atividade titularizada pela União.

1.2.2 Características da autorização do art. 21, inciso XII, da Constituição Federal

1.2.2.1 A diferença entre direito público e direito privado

Conforme diversas vezes adiantado, a autorização administrativa do artigo 21 é, na verdade, uma autorização delegação de atividade de competência da União, que possui um conteúdo estatal mínimo (LOUREIRO, 2009). Com base nisso, é importante distinguir o que são regras de Direito Público e regras de Direito Privado de modo a determinar a esfera de atuação de cada área.

De plano, duas informações são importantes: a autorização do art. 21 não é serviço público (LOUREIRO, 2009; ARAGÃO, 2013; MENEGAT, 2015) e, também, estamos tratando de uma delegação de atividade de competência do poder público passada ao particular por meio de um contrato (LOUREIRO, 2009). Nesse contexto, se insere a discussão da diferença entre Direito Público e Privado e em que medida cada uma das regras se incidirá na exploração delegada.

A diferenciação entre público e privado pode ser vista de várias formas. Segundo PINTO (2005) a melhor forma de distinguir o ramo de Direito Público e Privado é pelo critério de existência, ou não de poder soberano na relação. Não é, assim, o interesse público ou supremacia e subordinação que distinguem as esferas, mas sim os sujeitos: será Direito Público quando diante de uma relação de império, dentro da função soberana do Estado (PINTO, 2005, p. 40).

Partindo desse conceito, resta claro que a relação, diga-se de passagem, contratual, entre o poder público e o particular é de Direito Público na medida em que o Estado outorga¹⁸ ao particular a exploração de determinada atividade. Contudo, não estamos diante de um serviço público e disso advém que o serviço prestado pelo particular aos usuários, as aquisições necessárias para o exercício da atividade delegada, dentre outras, será regida pelo Direito Privado, salvo restrições previstas em lei. Esse é, o ponto de vista adotado no estudo como qualificação o conteúdo mínimo estatal que trata LOUREIRO (2009).

O Estado, por força de seu *ius imperium* firma com o particular contrato de autorização, delegando atividade atribuída como sua competência¹⁹, ou seja, o contrato será firmado conforme regras de Direito Público. Essa atividade será exercida, por outro lado, por conta e risco do particular²⁰ conforme as regras do Direito Privado. As limitações do particular estarão previstas em contrato que será firmado de acordo com o regime jurídico escolhido pelo legislador.

Nesse ponto é importante esclarecer que não se está diante de um serviço público e, por isso, não devem as prerrogativas e limitações inerentes a esse regime serem atribuídas ao autorizatário como se concessionário fosse²¹. A atividade é prestada segundo as normas de Direito Privado pois as prerrogativas e garantias inerentes ao serviço público se aplicam àqueles que prestam tal serviço, apenas.²²

O legislador ordinário, por outro lado, definirá o regime jurídico e, conseqüentemente, o grau de ingerência do Estado na prestação dessa atividade que, mais uma vez, possui natureza pública na delegação, e privada no que tange a exploração²³. Nesse

¹⁸ Aqui utiliza-se a palavra outorga como delegação de atividade pelo poder público, independentemente de ser serviço público ou não na medida em que a Lei de Portos também faz uso desse termo. A ressalva é pertinente pois, como disse FARRANHA, o termo outorga é utilizado para descrever delegação de um serviço público (2015).

¹⁹ Esse é teor do texto constitucional: Art. 21. Compete à União: (...) XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...).

²⁰ Já que não se está diante de um serviço público que possui as prerrogativas previstas na Lei nº 8987/1995.

²¹ Essa é uma ressalva de (FREITAS, 2015) ao criticar a inclusão de apresentação de garantias pelo autorizatário em um regime no qual esse outorgado presta serviço por sua conta e risco. Atualmente, as modificações trazidas pelo Decreto n 9.048/2017 requer a apresentação de garantia de execução apenas em caso de processo seletivo público, ou seja, apenas quando houver mais de um interessado em explorar atividade naquela área e haja inviabilidade locacional (art. 32, §4º do Decreto nº 8.033/2013).

²² Tomando, mais uma vez, como exemplo o setor de portos, podemos ver que o autorizatário paga pela cessão da área utilizada pela exploração pertencente à União (conforme disciplinado na Portaria nº 404, DE 2012, da SPU)

²³ Um bom exemplo disso é, ao invés de se falar em modicidade tarifária para autorizatário, se falar em preservação da concorrência, conforme dispõe o art. 170 da Constituição. Nesse contexto, SCHIRATO (2011) ao tratar da livre iniciativa nos serviços públicos, informa que uma forma de se garantir a modicidade é a existência de concorrência no mercado.

contexto, especificamente sobre portos, três artigos semelhantes previstos na Lei de criação da Antaq (Lei nº 10.233/2001), Lei de Portos (Lei nº 12.815/2013) e Decreto de Portos (Decreto nº 8.033/2013) tratam da liberdade de preço e serviço dos autorizatários:

LEI Nº 10.233/2001	LEI Nº 12.815/2013	DECRETO Nº 8.033/2013
<p>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: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)</p> <p>(...)</p> <p>II – é exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição;</p>	<p>Art. 30. A operação portuária em instalações localizadas fora da área do porto organizado será disciplinada pelo titular da respectiva autorização, observadas as normas estabelecidas pelas autoridades marítima, aduaneira, sanitária, de saúde e de polícia marítima.</p>	<p>Art. 35-A O contrato de adesão conterá cláusulas que preservem:</p> <p>I - a liberdade de preços das atividades, nos termos do art. 45 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; e</p> <p>II - a prerrogativa do autorizatário para disciplinar a operação portuária, nos termos do art. 30 da Lei nº 12.815, de 2013, sem prejuízo das competências da Antaq. (Redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017)</p>

Tabela 1 – modificações nas características essenciais dos autorizatários

Não se quer dizer que se está diante de uma atividade totalmente privada (caso contrário, não seria por delegação de serviço de competência do Estado), mas sim delegação que possui conteúdo estatal mínimo (LOUREIRO, 2009), de acordo com regime jurídico escolhido pelo legislador e postas no contrato de outorga, o poder público se coloca em posição de império, o que atrai normas de Direito Público. A prestação da atividade, por outro lado, será por regime de direito privado.

Portanto, por meio da distinção entre Direito Público e Direito Privado foi possível entender qual a natureza jurídica da autorização. Se trata de uma atividade outorgada pelo Poder Público, aquele que possui a competência material de exploração da atividade e por isso, dotada

de conteúdo estatal mínimo no qual incidem regras de Direito Público, mas a exploração pelo particular será feita nos moldes das regras de Direito Privado.

Outro ponto importante é a adoção dos termos “regulação especial” por MENEGAT (2015) e SCHIRATO (2011) e “conteúdo estatal mínimo” por LOUREIRO (2009). A distinção entre as perspectivas das literaturas citadas diz respeito especificamente à classificação da autorização do art. 21, inciso XII, da Constituição. Essas divergências serão abordadas no próximo tópico no qual se chegará à conclusão de que a expressão “conteúdo estatal mínimo” é mais adequada ao atual ordenamento jurídico constitucional.

1.2.2.2 Remoção de proibição geral

Um importante ponto de distinção entre as tradicionais autorizações e a autorização para exploração de atividade é a ideia de remoção geral de proibição. A remoção geral de proibição significa que a autorização tradicional “não cria novo direito, mas coloca em vigor o já existente, cujo exercício estava suspenso em razão da proibição geral” (POMPEU, 2010, p. 64).

Ou seja, dentro da esfera da atividade privada²⁴ o poder público pode estabelecer certas limitações. A autorização removeria proibição para exercício de um direito de sua esfera de atuação. Nesse sentido, a Constituição estabelece, no art. 170, parágrafo único, que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Por outro lado, art. 21 da Constituição e seu XII do art. 21 dispõe que é de competência da União “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão” os serviços ali listados. Assim, a diferença entre esses dois institutos é que: a autorização tradicional busca retirar obstáculo para exercício de atividade que é da esfera de atuação de particular ao passo que a autorização do artigo 21, inciso XII, outorga ao particular a atividade que é de esfera de atuação pública.

Ao tratar do assunto, MENEGAT (2015, p. 40) dispõe que:

²⁴ Consagrada pelo princípio constitucional da livre iniciativa.

Também no Brasil a autorização administrativa foi tradicionalmente definida como ato administrativo unilateral de cunho declaratório mediante o qual a Administração Pública remove óbice inicialmente existente ao exercício de uma atividade privada.

A diferença entre MENEGAT (2015) e SCHIRATO (2011) é a de que, conforme visto, enquanto SCHIRATO entende serem as autorizações regulatórias imersas na esfera de competência privada, MENEGAT, assim como MOREIRA (2010), entendem que se trata de uma categoria à parte de competência material estatal. Assim também é o posicionamento de LOUREIRO (2009).

Mesmo alinhadas tais premissas, as conclusões tidas são diferentes. Isso porque MENEGAT dispõe que a autorização é gênero e a autorização tradicional e a autorização regulatória são espécies de modo que a interferência estatal seria substanciada em uma forma de regulação especial (MENEGAT, 2015).²⁵ No mesmo sentido endossa SCHIRATO (2011), ao entender ser a autorização regulatória uma atividade econômica privada que demanda “um grau maior de regulação estatal” (2011, p. 277):

As atividades sujeitas a uma autorização nos termos do artigo 21 da Constituição Federal, assim, são atividades econômicas privadas que demandam um grau maior de regulação estatal, em razão da estrutura de mercado na qual se inserem. Referido grau maior de regulação será decorrente de possíveis limitações de agentes no mercado devido a barreiras de entrada, ou à existência de falhas de mercado, cujas características impedem a uma coexistência dos agentes no mercado sem uma ação estatal que garanta a normalidade de funcionamento, como ocorre no caso preciso dos setores em que a entrada de agentes depende do compartilhamento de instalações que se constituem monopólios naturais.

Contudo, discorda-se do posicionamento dos dois autores pelo já exposto no início do tópico. Não se trata de uma atividade inerente à esfera privada de atuação, mas sim uma

²⁵ Nas palavras do autor: Destarte, como conclusão parcial ao cabo dessa segunda parte, demonstra-se a necessidade de se considerar a noção de autorização administrativa (principalmente no Brasil) enquanto gênero, e não mais enquanto espécie, haja vista a convivência, tanto na realidade fática quanto normativa nacional, de no mínimo duas espécies de autorizações: as clássicas autorizações voltadas à concreção do poder de polícia, ainda que atualmente passem por reformulações, e as mais recentes autorizações regulatórias, surgidas no bojo de um processo de mutação dos serviços públicos que, no Brasil, operou-se a partir da década de 90 do século XX. (MENEGAT, 2015, p. 135)

competência material do Estado na exploração. Por isso, a consequência é de que não se trata de atividade privada especialmente regulada, mas sim de atividade de competência material estatal outorgada ao particular. Disso não decorre, *a priori*, de uma forma especial de regulação, mas sim uma relação jurídica autorizativa que possui um mínimo de conteúdo estatal (LOUREIRO, 2009). Portanto, a autorização que trata o artigo 21, XI e XII da Constituição diz respeito a uma outorga de atividade cujo exercício é de competência material da União²⁶.

Em linhas gerais, a linha argumentativa é a seguinte: a) há atividades inerentes à esfera privada e aquelas em que a Constituição atribui competência material ao Estado; b) a necessidade de autorização para exercício de determinada atividade privada é oriunda do poder de polícia; c) a autorização de atividade de competência material do estado não visa a retirada de proibição para exercício de serviço que é da esfera privada, pelo contrário, essa atividade está fora da sua esfera de atuação e o título lhe outorga possibilidade de exploração; d) nesse sentido, autorizações mencionadas possuem caráter totalmente distintos o que lhes impossibilitam de ser espécies do gênero “autorização”.

Resta saber, agora, o que seria esse mínimo estatal mencionado. Para isso, primeiro, é necessário analisar a natureza do ato.

1.2.2.3 Ato administrativo negocial

Já foi abordado que a autorização do art. 21, incisos XI e XII se trata de atividade: a) que possui caráter de direito público mínimo; b) de competência material da União que outorgará ao particular direito a exploração. Dessas conclusões pode ser extraída uma outra: a forma de outorga possui natureza jurídica contratual e não de ato *stricto sensu*. Para isso, fazem-se necessárias algumas ponderações sobre a teoria do fato jurídico²⁷.

Em linhas gerais, se está diante de um fato jurídico em sentido amplo pois, notoriamente, o fato em questão possui respaldo em norma jurídica que regulamenta. Além disso, é um ato jurídico *lato sensu* pois decorre de vontade humana. É lícito por ser aceito no ordenamento jurídico (NADER, 2014). O que se coloca em questão, agora, é saber se diz respeito a um ato jurídico em sentido estrito ou um negócio jurídico.

²⁶ Vale frisar que disso não decorre ser a atividade um serviço público, conforme já foi explorado nos tópicos anteriores.

²⁷ O aprofundamento é de extrema importância para se entender a natureza do instituto analisado.

Uma excelente abordagem sobre o assunto foi proposta por (ALVES, 1996) que, abarcando todo o histórico do surgimento da teoria do fato jurídico, divide os atos jurídicos em: a) atos não-negociais, que se dividem em a.i) atos-fatos jurídicos e a.ii) os atos jurídicos em sentido estrito; b) e atos jurídicos negociais, sendo os atos negociais e não-negociais espécies do gênero ato jurídico.

A distinção entre atos negociais e não negociais não estaria na necessidade, ou não, de manifestação de vontade. Para ambos, haveria o caráter volitivo humano. Ao revés, a diferença se pauta na aptidão da vontade para atribuir efeitos jurídicos:

Ao nosso ver, o critério distintivo que mais se ajusta à essência do negócio jurídico é o de que, enquanto os atos jurídicos que não são negócios jurídicos só produzem os efeitos estritamente legais – e, portanto, efeitos necessários –, os negócios jurídicos permitem ao sujeito que escolha ou predetermine os seus efeitos. (...) o que se traduz com as expressões *efeitos ex lege* e *efeitos ex voluntate* é que, no primeiro caso, o ato se restringe a ser a causa fática da produção dos efeitos já integralmente predeterminados pela ordem jurídica e insusceptíveis de variações, ao passo que, no segundo, o ato não se reduz à passividade de ser causa fática de efeitos rigidamente predeterminados pela ordem jurídica, mas pode interferir neles, estabelecendo um programa de feitos que a ordem jurídica não impõe, mas, dentro dos limites do lícito, permite (ALVES, 1996, p. 180-181).

A questão, por outro lado, fica mais complexa na medida em que um dos princípios basilares do Direito Administrativo é a legalidade²⁸, no qual a Administração deve atuar conforme manda a Lei, o que, a princípio, poderia gerar uma certa incongruência com o princípio da legalidade e, muitas vezes, o da supremacia do interesse público, passível de se gerar uma série de deveres e prerrogativas à administração pública.

Voltando-se às autorizações do artigo, 21, XI e XII, da Constituição Federal, vê-se que pelo caráter de delegação de atividade de competência material do Estado não é passada mediante mero ato de simples declaração unilateral de vontade da Administração. Na

²⁸ Conforme art. 37 da Constituição: a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

autorização, há, na medida do possível dentro do Direito Administrativo, prevalência no acordo de vontade firmado entre as partes.

No setor de portos, por exemplo, há acordo no a) prazo de exploração, b) perfil de carga movimentado, c) que se firmam mediante de um contrato de adesão, que demonstram a ordem constitucional de que a autorização é repassada aos particulares mediante contrato. Não há um simples ato unilateral de vontade da administração em outorgar a exploração de atividade. O caráter de delegação, principalmente ao se tratar de grandes investimentos, são incompatíveis com a característica de mero ato.

Isso significa um abandono da ideia autoritária da administração pública que atua por meio de atos unilaterais, passando a adotar uma ideia de administração consensual. (MENEGAT, 2015). Para MENEGAT, o ato, a que se refere o autor, seria revestido de multilateralidade, concluindo ser um ato administrativo consensual e de eficácia multilateral²⁹. Porém, afirma ainda que não perderia o caráter de ato para se tornar contrato³⁰.

Nesse contexto, seja adotando a teoria de ato ou contrato, é certo que a autorização possui grande natureza negocial. Ao tratar das autorizações do art. 21, incisos XI e XII, MOREIRA³¹ (2010) informa que podem se tratar de atos ou contratos administrativos tendo em vista sua natureza contratual, ao dispor que:

A autorização para a exploração de certos serviços sob o regime de Direito Privado Administrativo será vinculada ou discricionária (respeitante dos princípios da isonomia e razoabilidade), como leciona A. do Couto e Silva. A depender do caso concreto, ou terá a natureza

²⁹ Assim dispõe MENEGAT: Não se descuidar que as autorizações tradicionais, mesmo sendo espécies de atos administrativos (e, portanto, inseridas na dimensão da unilateralidade) já perceberam alguma atenção da doutrina clássica ao ponto de serem consideradas como “atos receptícios” ou “atos negociais”, ou seja, como atos dependentes da manifestação de vontade de um terceiro (o particular interessado em obter a autorização) para se concretizarem.⁷⁵⁷ Ocorre que esse apontamento difere em muito do aqui pugnado: da expressão “atos negociais” a doutrina tradicional não extraía maiores consequências senão essa – a de que a autorização dependia de manifestação de vontade/interesse do particular para produzir seus efeitos. O ato, ainda que negocial, continuava sendo estritamente unilateral.⁷⁵⁸ Eram raros os posicionamentos, como o de Marcel WALINE, que atribuíam ao caráter negocial da autorização a possibilidade de engendrar um ato de outorga de índole contratual.⁷⁵⁹ Atualmente, o caráter negocial das autorizações regulatórias pode ser aproveitado para alcançar patamares mais notáveis: em destaque, a possibilidade de esta negociabilidade contribuir para atenuar o caráter estritamente unilateral do ato autorizativo, viabilizando que particular e Administração Pública efetivamente negociem cláusulas que farão parte do termo de autorização. (2015, p. 238-239)

³⁰ Entende-se que essa conclusão do autor é oriunda da ideia de autorização regulatória como espécie do gênero autorização que abarca as autorizações tradicionais.

³¹ Faz-se apenas uma ressalva à terminologia do autor ao tratar a autorização como “autorização de serviço público”

de ato administrativo contratual ou de contrato administrativo de adesão. Porém, e reitere-se, nas duas alternativas, este ato/contrato autorizará o exercício da atividade em regime de Direito Privado Administrativo em sua execução, no relacionamento do autorizado com a Administração autorizadora, com os concorrentes na prestação do serviço e os respectivos usuários.

Uma excelente análise do tema foi feita em monografia por FERNANDES (2009, p. 53-69) ao tratar da autorização no setor de telecomunicações. O autor começa fazendo uma diferenciação entre ato e negócio jurídico, e seu tratamento na doutrina brasileira até se chegar à conclusão que a autorização, no setor de telecomunicações, se trata de contrato, forma que dá segurança jurídica à exploração.

O autor critica as acepções em disposições em contrário na medida em que o entendimento da autorização como ato traria uma série de inconsistências, o que ele chama de um paradoxo insuperável ao afirmar que “a autorização é ontologicamente ato decorrente de poder de polícia é incapaz de ser conciliada com a prestação concomitante de um serviço mediante concessão e autorização” (FERNANDES, 2009, p. 68).

Isso porque tratar como uma autorização do poder de polícia, no qual o Estado autoriza por meio de ato, tira da esfera de titularidade estatal uma atividade sua. Essa conclusão, conforme visto, é equivocada na medida em que ao autorizar o particular a executar uma das atividades do art. 21, incisos XI e XII, a titularidade material de exploração não é transferida ao particular, apenas a exploração.

MOREIRA conclui de que a autorização do art. 21, incisos XI e XII podem ser atos ou contratos, a depender da conformação fática do setor (2010)³². Por isso, concorda-se com a conclusão de FERNANDES de que tais autorizações possuem natureza contratual e não de ato. Nesse sentido também é a orientação de LOUREIRO. A crítica que se faz a MENEGAT (2015),

³² Segundo o autor, “a rigor, a autorização tornou-se um tertium genus: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tampouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se da autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União, que não se submetem restritivamente ao regime das concessões e permissões de serviços públicos” (MOREIRA, 2010, p. 7) e “A autorização para a exploração de certos serviços sob o regime de Direito Privado Administrativo será vinculada ou discricionária (respeitante dos princípios da isonomia e razoabilidade), como leciona A. do Couto e Silva. A depender do caso concreto, ou terá a natureza de ato administrativo contratual ou de contrato administrativo de adesão. Porém, e reitere-se, nas duas alternativas, este ato/contrato autorizará o exercício da atividade em regime de Direito Privado Administrativo em sua execução, no relacionamento do autorizado com a Administração autorizadora, com os concorrentes na prestação do serviço e os respectivos usuários. (MOREIRA, 2010, p. 7). A ressalva que se faz aqui é a de que o autor entende ser autorização de serviço público.

nesse ponto, é que o autor elencou todos os pressupostos para caracterização contratual da relação entre o autorizatório e o Estado mas não considerou como contrato pois entende ser a autorização do art. 21, XI e XII, espécie do gênero autorização.

Contudo, essa conclusão, ao ver do estudo, não é a mais adequada pois a autorização de polícia se difere da autorização para exploração prevista no art. 21 da Constituição o que impede a classificação desses institutos como gênero e espécie: a) a autorização tradicional é afeta à esfera de atividade privada já a autorização do art. 21, incisos XI e XII, diz respeito a atividade de competência material da União; e b) é necessária consensualidade, muito similar a um contrato, para aquela mencionada no art. 21 e a autorização tradicional é discricionária, precária.

LOUREIRO (2009), porém, não avança na determinação do que seria esse conteúdo mínimo estatal dos contratos para autorização. Por isso, o presente estudo aproveita a interpretação dada por FERNANDES (2009) à tese de Gaspar Ariño ORTIZ, por entender que o desfecho encontrado se alinha ao disposto constitucionalmente sobre a natureza das autorizações do art. 21:

A afirmação de ORTIZ deve ser entendida de outro modo. Custará mais ao Estado, em termos de credibilidade e atratividade de investimentos, a modificação demasiada das normas de um setor regulado, a insegurança regulatória. Muito mais proveitosa seria a manutenção de uma relação de confiança em que as modificações vindouras possam ser discutidas e, se possível efetuadas de comum acordo. Trata-se, então, de minimizar o risco regulatório, pautando-se a Administração por decisões concertadas, ao menos no que se refere às obrigações relacionadas à prestação do serviço. Esse seria, enfim, o grande mérito de reconhecer-se a existência de uma relação contratual e da necessidade de uma atuação cada vez receptiva e consensual por parte do Estado (FERNANDES, 2009, p. 66).

Essa relação contratual firmada pode prever uma regulação especial, ou não; pode prever a possibilidade de modificação do regime jurídico de acordo com mudanças no ordenamento jurídico; pode prever direitos e deveres consubstanciados em maior ou menor intervenção estatal, por exemplo. Mas deve sempre ser mínimo pois a atividade será prestada pelo particular de forma preponderantemente privada, na medida em que o propósito da autorização é, justamente, aumentar a concorrência e potencializar a economia do setor.

Nesse turno, a conclusão tirada no tópico 1.1 deste estudo se faz válida: a livre iniciativa, como princípio, deve ser aplicada aos regimes de exploração por meio de autorização. O conteúdo mínimo Estatal, advindo da titularidade do Estado das atividades elencadas no art. 21, incisos XI e XII, não retira o caráter concorrencial como forma típica de exploração pelos particulares³³. Por isso, pontual é o esclarecimento de SCHIRATO:

Em decorrência desse raciocínio, tem-se que a aplicação do dever de proporcionalidade na aferição da legitimidade das restrições impostas ao princípio da livre iniciativa encontra barreira mais clara o que se refere às atividades sujeitas a autorizações, uma vez que a restrição imposta a referido princípio nessa hipótese não pode ser tão intensa a ponto de excluir seu caráter de atividade privada. É evidente que há um interesse coletivo subjacente à atuação dos agentes autorizatários. Entretanto, tal interesse não pode conduzir à transformação de atividade não sujeita ao regime jurídico de serviço público em atividade sujeita a tal regime jurídico. (SCHIRATO, 2011, p. 278-279)

Conclui-se que os atos não-negociais se diferem dos atos negociais na medida em que a lei atribui relevância na demonstração de vontade das partes. Essa conclusão é aproveitada ao Direito Administrativo na medida em que as autorizações do art. 21, incisos XI e XII demonstram a importância da consensualidade, e importam na negativa de unilateralidade para o instituto, seja adotando a espécie “ato” ou “contrato”.

1.2.2.4 Autorização vinculada

Embora o estudo considere que a autorização do art. 21 seja contrato, e não ato, faz-se necessário mencionar que o escopo de estudo se dá em grande medida nos setores de telecomunicações e portos. Além disso, conforme art. 22 da Constituição, cabe ao legislativo disciplinar o regime jurídico de exploração. Por isso, conforme se verá no tópico 2.2 deste estudo, o instituto da autorização no setor de portos passou por uma reinvenção na sua natureza de exploração.

Assim, é honesto considerar que as características de consensualidade (MOREIRA NETO, 2005) e contratualização, são, acima de tudo, tendências do Direito Administrativo

³³ Vale registrar que uma das funções das autorizações é inserir concorrência na exploração das atividades do art. 21, incisos XI e XII.

atual. Por isso, mesmo que o presente estudo entenda que a autorização do art. 21, XI e XII, é uma autorização-delegação de atividade titularizada pelo Estado mediante contrato e não um ato, gênero da espécie autorização, este tópico analisará uma outra possibilidade, qual seja, a autorização como ato não negocial de natureza vinculada, não precária e constitutiva.

Ao considerar a autorização do art. 21, incisos XI e XII, como ato, deve-se, também, analisar se é um ato vinculado ou discricionário. Um ato é vinculado quando “dada determinada circunstância fática ou jurídica, a própria lei indica o objeto ou conteúdo do ato” (FURTADO, 2016, p. 230) de maneira que, se vinculado, não há juízo de conveniência e oportunidade. Por outro lado, será discricionário o ato quando a “lei confere liberdade para a Administração Pública ter reputado sua prática conveniente ou oportuna” (FURTADO, 2016, p. 230).

Em regra, a autorização tradicional é discricionária³⁴. Contudo, ao analisar a fundo a forma como é empregada a autorização expressa no artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição, chega-se à conclusão além de possuir natureza diversa da autorização tradicional, ela possui natureza vinculada, conforme pode ser visto na adoção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como nos estudos recentes e específicos sobre o tema.

No setor de telecomunicações³⁵, a Lei nº 9.472/03, em seu artigo, 131, §1º deixou expressa a vinculação do ato de outorga de autorização³⁶. Na Lei nº 12.815/2013, embora não haja a menção expressa do termo vinculação, há uma série de requisitos que devem ser cumpridos para que haja outorga sem que haja menção a um possível juízo de conveniência e oportunidade do administrador para outorga de autorização.

Ou seja, atendidos os requisitos necessários a obtenção de outorga, não há margem para escolha do juízo de conveniência e oportunidade. Isso pode ser visto na Seção II da referida lei que descreve os passos para outorga de autorização: a) os interessados na exploração deverão requerer junto à ANTAQ; b) recebido o requerimento a ANTAQ promoverá anúncio público; c) nesse momento, os interessados devem apresentar uma lista de documentos que comprovem o direito a exploração da propriedade a ser autorizada; d) havendo viabilidade locacional e de

³⁴ A acepção da autorização como vinculada é minoritária no Brasil (POMPEU, 2010, p. 125-132).

³⁵ Segundo BARBOSA, “a opção pela vinculação ocorreu no setor de telecomunicações (associada à delegação por autorização de parcelas do serviço de telecomunicações destinadas a prestação a terceiros, cuja constitucionalidade está em discussão perante o Supremo Tribunal Federal na Adin 1668), como forma de estimular e desenvolver a concorrência no setor”. (2007, p. 42).

³⁶ Conforme se extrai do 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.

acordo com as diretrizes de planejamento e das políticas do setor portuário, deverá ser outorgada a autorização³⁷.

Cabe registrar ainda que a vinculação possibilita a igualdade entre aqueles interessados a obter a outorga (MENEGAT, 2015). No mesmo sentido é a orientação de BARBOSA:

No que se refere às vantagens da vinculação do ato de autorização, a doutrina da inexistência obrigatória de discricionariedade ressalta que a vinculação é importante instrumento para observância do princípio da igualdade, visto que a autorização será necessariamente deferida ao interessado que atender aos requisitos legais para tanto ou, inexistindo viabilidade de deferimento da autorização em número ilimitado, àquele que vencer licitação. Dessa maneira, seriam evitados favorecimentos incompatíveis com as finalidades públicas. (BARBOSA, 2007, p. 38)

BARBOSA conclui que, a critério do legislador, a autorização poderá ser discricionária ou vinculada (2007). Contudo, como já adiantado, o posicionamento deste estudo é que a autorização do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição não é uma espécie do gênero autorização no qual abarca, também, as autorizações tradicionais. Por isso, não há um apego em transformar a classificação compatível com os dois institutos.

Dito isso, o posicionamento deste estudo é de que as autorizações do art. 21, incisos XI e XII são autorizações vinculadas (caso consideradas como atos). Por esse motivo, FREITAS (2015) ao tratar especificamente do setor de portos, informa que a autorização não se trata de uma atuação negativa do estado mas sim de um controle constante na forma do exercício da atividade, no qual há interesse público em sua constante adaptabilidade e vínculo permanente da administração com o administrado. Daí se concluiria que não se trata de ato discricionário, mas sim de ato vinculado.

Inegável, por outro lado, é o fato de o Legislador seguir pelo caráter vinculado dessas autorizações (SCHIRATO, 2011). Nesse contexto, mesmo que não seja vista uma total supressão da discricionariedade, quando se tratar de investimentos de grande monta e de

³⁷ Não cabe aqui argumentar que o termo “diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário” significa ser discricionário o ato pois estas diretrizes são pré-estabelecidas e não elaborada no momento de formação do ato. Ademais, as referidas diretrizes também são previstas na formulação das licitações para exploração do porto organizado (art. 6º, §3º e 16, I e II da Lei Nº 12.815/2013).

relevante interesse da administração, a ideia de discricionariedade é inconcebível. Mesmo que ainda se considere pela existência de discricionariedade, há uma clara uma atenuação ou até mesmo superação do caráter discricionário como elemento formador do ato de autorização (MENEGAT, 2015).

1.2.2.5 Inexistência de precariedade

A precariedade diz respeito ao grau de estabilidade do ato administrativo (BARBOSA, 2007). Se o ato puder ser revogado a critério da administração “são considerados precários, face à inexistência de direito subjetivo a sua manutenção” (BARBOSA, 2007, p. 34).

Tendo em vista esse conceito de precariedade, é inviável pensar na autorização do art. 21, XI e XII, da Constituição como sendo ato precário tendo em vista a monta de investimentos e a possibilidade de previsão de prazo para a exploração (SCHIRATO, 2011)³⁸. Nesse mesmo sentido, é inconcebível pensar na precariedade da autorização como possibilidade de o poder público revogar o título habilitante sem indenizar o particular pelos investimentos feitos para a exploração de que trata o art. 21, incisos XI e XII (MENEGAT, 2015).

Portanto, o estudo adota a conclusão de MENEGAT no qual nos setores de exploração de atividade de titularidade do Estado não há espaço para precariedade, e conseqüente extinção da autorização sem a necessária indenização, tendo em vista a possibilidade de se tolher as próprias propostas de investimentos e estabilidade para se gerar um real mercado competitivo (MENEGAT, 2015).

1.2.2.6 Natureza constitutiva

É de titularidade estatal a execução material das atividades elencadas no art. 21, incisos XI e XII, pela própria dicção do texto constitucional ao usar a expressão “competem à União (...) explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Nesse

³⁸Assim conclui SCHIRATO: “Diante disso, o regime jurídico específico das autorizações mencionadas no art. 21 da Constituição Federal será decorrente da legislação aplicável, de acordo com a atividade autorizada que venha a constituir o objeto da autorização. Não há como se imaginar que seja precária uma autorização cujo objeto é a construção, operação e manutenção de uma pequena central hidrelétrica, ou a exploração da atividade de navegação ou prestação de serviços de telecomunicações. Sempre que o objeto demandar altas montas de investimento e o instrumento de autorização contiver prazo, é evidente que não haverá como se falar em precariedade”. (2011, p. 276)

sentido, aproveita-se a conclusão do tópico 1.2.2.2 desse estudo, em que uma das diferenças entre a autorização tradicional e aquela do art. 21 da Constituição é a titularidade material para exploração.

Por isso, considerando a autorização desse artigo como ato não-negocial, é importante esclarecer a impossibilidade de se tratar de uma mera declaração. Em síntese, outorgar aos particulares atividades que não é primariamente de sua esfera de competência, não declara um direito preexistente, mas constitui um novo (MENEGAT, 2015).

Nesse sentido, MENEGAT dispõe que:

Trata-se de uma modalidade de autorização, portanto, que, a despeito da natureza constitutiva e não mais declaratória (o particular autorizado atua em setor que não é de sua titularidade), em alguns aspectos muito se assemelha às tradicionais autorizações de polícia, já que por seu intermédio o Estado estava preocupado com elementos alheios à eficiência da atividade autorizada, que seria, afinal de contas, prestada pelo privado em seu próprio e exclusivo proveito, sem afetar a coletividade – aliás, era justamente para evitar que a atividade autorizada afetasse a coletividade que o Estado atuava, numa orientação clara do Estado Liberal (2015, p. 121).

Portanto, em que se pese a constituição de novo direito, é claro o caráter constitutivo do ato ao outorgar atividade alheia à sua esfera de atuação, possibilitando ao particular a exploração de serviço cujo direito não foi pela retirada de proibição geral, mas literalmente constituído.

1.2.3 Conclusão parcial do tópico 1.2

A conclusão deste tópico é que: a) não há uma hegemonia do tratamento da autorização do art. 21, incisos XI e XII, na doutrina brasileira; b) a forma como é tratada a autorização do art. 21 pode ser vista conforme a seguinte classificação: b.1) autorização como serviço público b.1.1) autêntico e b.1.2) emergencial; c) tais classificações, ao ver do estudo, pecam ao classificar as autorizações como serviços públicos, em desacordo com o art. 175 da Constituição Federal; d) autorização fora do conceito de serviço público como d.1) atividade de interesse exclusivo do autorizatário; d.2) atividade econômica em sentido estrito; e; d.3) autorização como *tertium genus*; e) critica-se a percepção “d.1” pela limitação imposta sem

lastro constitucional e a “d.2” por desconsiderar a principal distinção da outra modalidade de autorização, qual seja, a titularidade da atividade; f) a autorização do art. 21 é, portanto, uma espécie de terceiro gênero, de atividade titularidade pelo Estado de prestação fora do regime de serviço público; g) a autorização caracteriza-se por ter um conteúdo mínimo de Direito Público, qual seja, a titularidade Estatal, e formaliza-se por meio de contrato, conforme regime jurídico estabelecido pelo legislador, sempre se atentando ao princípio da livre iniciativa nas limitações impostas pelo Estado; h) outra forma de se ver a autorização é como “ato” e não “contrato”; i) se ato, a autorização será vinculada, desprovida de precariedade e de natureza constitutiva.

2 O REGIME JURÍDICO DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NO SETOR PORTUÁRIO

O Capítulo anterior tratou da natureza jurídica da autorização do art. 21, incisos XI e XII da Constituição. A conclusão do estudo é que a autorização do art. 21 da Constituição não se trata de serviço público. Além disso, possuiria natureza jurídica de contrato no qual o Estado transfere atividade de sua competência material ao particular. Assim, o estudo entende que não se trata de uma espécie de autorização regulatória, ao lado das autorizações tradicionais, cujo gênero é a autorização. Trata-se de autorização como uma espécie de delegação de atividade, de competência do Estado, à iniciativa privada.

Depois de descrita a natureza jurídica da autorização, este capítulo busca elucidar o regime jurídico da exploração portuária por meio de autorização. Para isso, primeiro será feito um tópico histórico sobre regulação exploração portuária no Brasil. Depois disso, será analisada a atual conjectura da exploração portuária por meio da autorização, com referência nos normativos constitucionais, legais e infralegais em vigência na data desta monografia.

2.1 Tendências regulatórias e histórico de exploração portuária

2.1.1 Tendências regulatórias no Brasil

Uma forma de se analisar a evolução da exploração de atividades, sobretudo as de infraestrutura, como é o caso do setor portuário, é pelo movimento pendular que vai do privado ao público. Tal análise foi feita por Caio Tácito (1995) em que retrata as passagens históricas

institucionais brasileira, que ora tende para maior grau de intervenção estatal, ora tende para maior liberdade privada.

Essa “dança do pêndulo” (TÁCITO, 1995, p. 10), no presente estudo, será analisada com o histórico regulatório brasileiro, no qual a regulação ganhou força com essa alternância pendular do público à participação privada advinda da Constituição de 1988. Contudo, essa mudança de interface veio, na experiência brasileira, em busca de equilíbrio entre regulação e livre iniciativa.

A primeira fase da regulação brasileira é a patrimonialista (ARANHA, 2015, p. 106), com grande centralidade na figura do monarca, de modo que “se entendia o próprio Estado como propriedade privada do soberano” (ARANHA, 2015, p. 106). Nessa fase, não há de se falar em uma experiência propriamente capitalista tendo em vista a forte ingerência do soberano nas atividades econômicas³⁹ (TÁCITO, 1995).

O pêndulo, a seu turno, passou-se para a fase da “regulação desconcentrada” (ARANHA, 2015, p. 107), que durou até a década de 1930, em voga nos ditames da livre iniciativa se configurou um movimento de desregulamentação das atividades e abertura do país ao capital estrangeiro (ARANHA, 2015). Nesse sentido, Caio Tácio afirma “que a primeira Constituição, em 1891, modela a passagem do regime monárquico para o republicano [...] e mantém a plenitude do direito de propriedade, abstendo-se de intervir na economia” (TÁCITO, 1995).

A crise de um modelo capitalista e ascensão de ideias de um estado de bem-estar social contribuíram para passagem para fase da regulação concentrada (ARANHA, 2015, p. 107-109). A esse período que se segue até a formulação de políticas de descentralização (ARANHA, 2015) foi marcado por um período centrado no Estado na persecução dos ditames da economia (MATTOS, 2006). Nessa medida, o pêndulo passa a uma esfera de maior proeminência de um Estado Interventor⁴⁰ (TÁCITO, 1995).

³⁹ Segundo Caio Tácio “O primeiro modelo de participação conjunta de capital público e privado, ainda que sem a modalidade moderna da sociedade de economia mista, se identifica, entre nós, no Alvará de 12 de outubro de 1808, com o qual D. João VI autorizou a criação do primeiro Banco do Brasil com capitais privados, a que se veio associar a Coroa em 1812. É, porém, somente na segunda metade do século XIX, que a mobilização de capitais privados para a exploração de atividades de interesse coletivo se apresenta e assume aspecto significativo. A expansão das cidades e a demanda popular reclamavam o apelo a processos de tecnologia e a recursos de capital, para o atendimento de necessidades coletivas fundamentais” (TÁCITO, 1995, p. 1)

⁴⁰ É interessante destacar que Caio Tácio atribui características diversas a de um Estado Regulador concentrado nos períodos democráticos pré ditadura militar: Vencida a etapa do Governo Provisório, oriundo da Resolução de 1930, o regime democrático que se restaura com a Constituição de 1934 contempla entre seus postulados o bem-

O próximo passo foi a migração a um Estado Regulador, focado na subsidiariedade Estatal⁴¹. Nesse novo modelo:

as posturas clássicas do Estado Mínimo (liberal) e do Estado Provedor (intervencionista) abrem espaço para o ideal contemporâneo de menor intervencionismo direto e maior intervencionismo indireto, ou, em outras palavras, regulação operacional descentralizada e regulação normativa centralizada e qualificada peça delegação de poderes entre regulador, separando-se as figuras do controlador e do prestador. (ARANHA, 2015, p. 108-109)

Assim, o novo paradigma do Estado Regulador busca harmonizar a participação pública e privada no crescimento econômico: enquanto o Estado participa do papel normativo e coordenador o particular opera as atividades econômicas de acordo com as normas implementadas. Operou-se, portanto, o plano nacional de desestatização e desburocratização, inserindo-se a competição na forma de exploração das atividades (ARANHA, 2015).

Ao tratar da evolução do setor de telecomunicações, Carlos Ari Sundfeld elucida cinco fases do direito desse setor, quais sejam, a implementação, estatização, flexibilização, privatização e pós-privatização (SUNDFELD, 2006, p. 1). Ao descrever cada fase, o autor aponta as novas perspectivas de uma fase pós-privatização, dentre elas é a atuação normatização de setores em constante mudança, de forma a gerar uma regulação dinâmica e efetiva (SUNDFELD, 2006), dentro de um sistema de autonomia e fortalecimento da agências reguladoras.

Portanto, é nesse contexto geral que serão desenvolvidos os próximos tópicos, que são específicos sobre o setor de portos. Em primeiro lugar, será feita uma análise histórica sobre

estar social econômico e veda o exercício do direito de propriedade contra o interesse geral ou coletivo. Condiciona a ordem econômica aos princípios da justiça e às necessidades de vida nacional, porém, respeitados estes limites, firma como alicerce a garantia da liberdade econômica. [...] A Constituição de 1946 é marcada, pelo retorno à prevalência dos direitos fundamentais e das liberdades políticas e, no plano da ordem econômica e social, visa à conciliação da liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. A intervenção no domínio econômico ou o monopólio de determinada indústria ou atividade, tendo como base o interesse público, poderão ser estipulados em lei especial, que, ademais, deverá reprimir os abusos do poder econômico. O uso da propriedade ficava condicionado ao bem-estar social, podendo a lei determinar-lhe a justa distribuição, com igual oportunidade para todos. O Estado é chamado a colaborar na prestação de serviços que, sem prejuízo do papel relevante da iniciativa privada, possam tomar efetivo o direito de todos à Educação e à Cultura. (TÁCITO, 1995, p. 8-9)

⁴¹ Sobre o assunto ver tópico 1.1.3 deste estudo.

a evolução da exploração dos portos para, posteriormente, se desenvolver uma análise sobre o atual regime jurídico de portos na conjectura brasileira.

2.1.2 Breve histórico dos regimes jurídicos de exploração portuária na experiência brasileiro até a Lei nº 12.815, de 2013

2.1.2.1 Regime jurídico pré-constituição de 1988

A autonomia brasileira sobre a exploração dos portos se deu com a vinda da família real portuguesa ao Brasil em 1808 (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015) por meio da carta de abertura dos portos às nações amigas. Ainda no Brasil império, a forma de exploração instituída pela Carta de Lei de 1828 é a de concessão de obra pública (RODRIGUÊS, 2012). Em 1869 o Decreto nº 1.746⁴² criou as primeiras companhias docas, cujo objetivo era “(i) permitir a melhoria dos portos já existentes, e (ii) fomentar a construção de novos portos – nos dois casos pela iniciativa privada” (RODRIGUÊS, 2012, p. 7).

Dentro do descrito anteriormente, trata-se de um primeiro paradigma liberal e um estado abstencionista na forma de intervenção (TÁCITO, 1995). Em 1886, com intuito de fomentar as atividades portuárias (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015) a Lei nº 3.314 criou os arrendamentos portuários, forma em que ficava a cargo do Estado a execução das obras e ao particular a exploração (RODRIGUÊS, 2012). No início do período republicano, RODRIGUES (2012) pontua que o Decreto nº 4.279, de 1921⁴³ foi a origem do conceito de “porto organizado”.

⁴² Esse decreto também permitia a possibilidade de exploração do porto no prazo máximo de 90 bem como a reversibilidade dos bens ao governo após o fim da exploração: “Art. 1º Fica o Governo autorizado para contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dócas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação, sob as seguintes bases: § 3º O prazo da concessão será fixado conforme as dificuldades da empresa, não podendo ser em caso nenhum maior de 90 annos. Findo o prazo ficarão pertencendo ao governo todas as obras e o material fixo e rodante da empresa.”

⁴³ Confira trechos do Decreto: “Art. 1º Nos portos providos de installações modernas de cáes, molhes, obras congeneres, serviços de dragagem e outros necessarios ao trafego dos navios, executados por concessão, nos termos da lei n. 1.746, de 13 de outubro de 1839, ou por contracto ou administração, nos termos dos decretos ns. 4.859, de 8 de junho de 1903, e 6.368, de 14 de fevereiro de 1907, é obrigatoria a atracação dos navios aos cáes ou obras congeneres, para embarque e desembarque de mercadorias e passageiros, para ou de outros portos. Salvo o caso de mercadorias nacionaes, ou nacionalizadas em transito, nenhuma outra, seja qual fôr a sua especie ou natureza, poderá ser embarcada ou desembarcada sem passar pelo cáes ou obras congeneres e complementares, sujeita sempre ao pagamento das taxas respectivas (...) Art. 7º O Governo expedirá as necessarias instrucções relativas á execução da presente lei, providenciando de modo que os serviços de carga e descarga no cáes, dos navios, possam ser feitos, como extraordinarios, a qualquer hora da noite, ou nos domingos e dias feriados, mediante prévia requisição dos interessados, cabendo então ao navio o pagamento suplementar das despesas

No período da ditadura Vargas já se via uma forte tendência intervencionista do Estado (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015), de modo que na Constituição de 1934 operou-se uma constitucionalização da matéria de exploração portuária (RODRIGUÊS, 2012), e a Constituição de 1934 previa a competência privativa da União para legislar sobre “regime de portos e navegação de cabotagem, assegurada a exclusividade desta, quanto a mercadorias, aos navios nacionais”.

Como forma de regulamentar a disposição constitucional, o Decreto 24.447, de 1934, define o conceito de portos organizados⁴⁴, competindo ao Ministério as “fiscalizações”, compreendidas com atribuições de fiscalizar, estudar e, inclusive, executar diretamente⁴⁵. Para a administração do porto competiria realizar obras de melhoramento autorizadas e realizar exploração comercial das instalações. Deste modo:

Sob o regime desse Decreto, a administração do Porto Organizado poderia ser gerida, diretamente, pela União (através do Ministério da Viação e Obras Públicas), do Departamento Nacional de Portos, ou de concessionário ou arrendatário do bem (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015, p. 22).

No mesmo ano, o Decreto nº 24.508 tratou das competências da administração do porto organizado ao definir “os serviços prestados pelas administrações dos portos organizados, uniformiza as taxas portuárias, quanto á sua espécie, incidência e denominação, e dá outras providências.”⁴⁶ Seguindo o fluxo histórico, o Decreto nº 24.511 instituiu monopólio dos *hinterlands*, que, segundo MOREIRA E FREITAS (2015), se tratava de uma espécie de porto regionalizado. Nesse período, portanto, restava clara a característica de serviço público das instalações portuárias (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015).

Ficava a título do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC) “promover, orientar e instruir tôdas as questões relativas à construção, melhoramento, manutenção e exploração dos portos e vias d’água do país”⁴⁷. Em 1944, o Decreto-Lei nº 6.460

extraordinárias que serão fixadas, de accôrdo com o que tenha de ser effectivamente despendido a maior em taes casos”.

⁴⁴ Conforme o art. 2º do Decreto, portos organizados são “os que tenham sido melhorados, ou aparelhados, atendendo-se às necessidades da navegação e da movimentação e guarda de mercadorias e cujo tráfego se realize sob a direção de uma “administração do pôrto”, a quem caiba a execução dos “serviços portuários” e a conservação das “instalações portuárias”

⁴⁵ Conforme seguinte disposição do Decreto:

⁴⁶ Texto da ementa da norma.

⁴⁷ Conforme art. 1º do Decreto-Lei 6.166, de 1943.

demonstrou com clareza a titularidade da União sobre as instalações portuárias⁴⁸ (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015), dentro de uma lógica centralizada e intervencionista do período.

A Constituição de 1946 repetiu a disposição sobre a competência de legislar, da União, sobre portos. Contudo, sob sua égide, no Decreto-Lei nº 5, de 1966, foi que surgiu a primeira referência às explorações privadas do porto (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015), desde que essa exploração fosse para uso próprio e sem ônus para o poder público. Por isso, afirma MOREIRA NETO e FREITAS (2015, p. 24) que “daí pode-se afirmar que, sob a vigência desse ato normativo, já era possível vislumbra-se a existência de uma dualidade de regimes jurídicos para a exploração da infraestrutura portuária: o dos serviços públicos e o das atividades econômicas”.

Com a ascensão das ideias do estado de bem-estar social e a centralidade no poder executivo instituída pela ditadura militar, a Constituição de 1967 previa, no seu art. 8º, a possibilidade de exploração pela União, direta, ou indiretamente, por meio de autorização ou concessão. O ano 1975 marcou o ápice do modelo regulador centralizador no Brasil no que tange ao setor de portos. Nesse ano, a Lei nº 6.222 criou a Empresa de Portos do Brasil, cuja atividade, conforme art. 3º desta lei, era “realizar atividades relacionadas com a construção, administração e exploração dos portos e das vias navegáveis interiores, exercendo a supervisão, orientação, coordenação, controle e fiscalização sobre tais atividades”, em que eram previstas atividades de execução, elaboração de estudos e fiscalização das atividades (art. 4º da referida norma)⁴⁹.

2.1.2.2 Regime jurídico de exploração pós-constituição de 1998

A ineficiência do modelo (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015) somado à Constituição de 1988, que deixou expresso como fundamento constitucional a livre iniciativa⁵⁰, formaram o cenário de mudança de paradigma regulador: passou-se de um Estado Centralizado para um Estado Regulador, Subsidiário. Essa mudança, no setor de portos, teve como início a extinção da Empresa de Portos do Brasil e a criação do Departamento Nacional de Transportes

⁴⁸ Algo que, conforme já trabalhado nesse estudo, segue na Constituição de 1988.

⁴⁹ Tanto a centralidade é afirmada que o Decreto nº 76.925, de 1975, que aprova o Estatuto da Portobrás, entre outros atos, extingue o Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis.

⁵⁰ Ver tópico 1.1.2 deste estudo.

Aquaviários, que “assume as funções normativas, de planejamento, fiscalização e gestão de recursos portuários, enquanto as autarquias estaduais e as Companhias Docas responsabilizam-se pela administração e operação direta dos portos” (UDERMAN, ROCHA e CAVALCANTE, 2012, p. 224).

Nesse contexto surgiu a Lei nº 8.630, de 1993, cujo central objetivo foi desburocratizar e incluir um regime concorrencial entre os agentes, de modo a modernizar os portos brasileiros (UDERMAN, ROCHA e CAVALCANTE, 2012). A concorrência foi implementada nesse novo marco legislativo com a abertura aos entes privados para exploração portuária:

A Lei n. 8.630/1993 foi promulgada com o objetivo de tornar os portos mais ágeis e competitivos frente ao mercado internacional, uma vez que os custos operacionais eram muito superiores aos praticados no exterior. Por meio dessa lei, em seu art. 1º, § 2º, praticamente todos os serviços e estruturas até então operados pelo Poder Público (seja na esfera federal, estadual ou municipal) tiveram sua prestação delegada à iniciativa privada, por meio de licitação, ficando este apenas com a administração/gestão e com papel de autoridade portuária, conforme o art. 33 da referida lei (FARRANHA, 2015, p. 90).

Essa norma, tida como Lei de Modernização dos Portos (UDERMAN, ROCHA e CAVALCANTE, 2012), também possibilitou a exploração de portos por meio de autorização como título habilitante. Contudo, os autorizatários estavam limitados à exploração de uso exclusivo, quando a movimentação fosse de carga própria, e de uso misto, quando a exploração se desse para movimentação de carga própria e de terceiros⁵¹.

Em linhas gerais, o referido diploma dispôs que haviam duas formas de exploração de terminal portuário: de uso público e de uso privado⁵², este último formalizado por meio de contrato de adesão. A autorização se daria por meio de “normas de direito privado, sem

⁵¹ Conforme pode ser visto no art. 4º da referida norma: Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: (...) II - de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou 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. (...) § 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades: (...) II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria; b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

⁵² Conforme art. 4º da Lei nº 8630, de 1993: Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: (Regulamento) (...) § 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades: I - uso público; II - uso privativo: a) exclusivo, para movimentação de carga própria; b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros. c) de turismo, para movimentação de passageiros. (Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006) d) Estação de Transbordo de Cargas. (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)

participação ou responsabilidade do poder público”, embora contidas uma série de requisitos essenciais para formalização do contrato e a expressa previsão de fiscalização pelas autoridades competentes⁵³.

Em 2001, como forma de concretização das políticas que marcaram a transição a um Estado Regulador no setor de transporte portuário, foi promulgada a Lei nº 10.233, que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Essa lei, ainda em vigor, fixou como competência da agência a concretização da livre concorrência e condução de seus trabalhos também em busca de gerar competição entre os agentes⁵⁴.

Essa norma também dispôs sobre núcleo essencial do regime jurídico do autorizatário no setor portuário que é: a) a desnecessidade de licitação; b) exercício em liberdade de preços dos serviços em um ambiente de livre competição; e c) não existência de termo final, sendo finda por meio de renúncia, anulação e cassação, conforme disciplina em regulamento próprio⁵⁵.

Em 2008 veio o regulamento da Lei nº 8.630, de 1993, o Decreto nº 6.620. Nele, o procedimento para obtenção das autorizações era simplificado⁵⁶. Mesmo a Lei falando em precariedade da autorização, já se via traços de maior estabilidade na formalização das

⁵³ Confira o art. 6º da Lei: 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 conterá as cláusulas a que se referem os incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIS, 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. § 3º As instalações de que trata o caput deste artigo ficarão sujeitas à fiscalização das autoridades aduaneira, marítima, sanitária, de saúde e de polícia marítima.

⁵⁴ Confira os seguintes artigos da lei mencionada: Art. 5º Fica criado o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte – CONIT, vinculado à Presidência da República, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais de integração dos diferentes modos de transporte de pessoas e bens, em conformidade com: (...) III – a promoção da competitividade, para redução de custos, tarifas e fretes, e da descentralização, para melhoria da qualidade dos serviços prestados; Art. 11. O gerenciamento da infra-estrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais: (...) XI – ampliar a competitividade do País no mercado internacional;

⁵⁵ Conforme disposições da referida lei: 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: 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. Art. 45. Os preços dos serviços autorizados serão livres, reprimindo-se toda prática prejudicial à competição, bem como o abuso do poder econômico, adotando-se nestes casos as providências previstas no art. 31.

⁵⁶ Para obter a outorga o terminal deveria requer à ANTAQ autorização com a documentação necessária. Depois a Agência encaminhava o para manifestação da antiga Secretaria Especial de Portos da Presidência da República para se manifestar. Se o empreendimento se localizasse dentro do porto organizado a autoridade portuária deveria ser ouvida.

autorizações nessa época, de modo que o empreendimento deveria estar de acordo com as diretrizes do setor portuário (art. 36, §1º) e a exploração só começaria após devida fiscalização da ANTAQ.

No âmbito do poder normativo da ANTAQ, a Resolução nº 517, de 2007 (ou seja, anterior ao Decreto supra), definiu, em seu art. 2º, o que era carga própria para possibilitar a classificação dos terminais de uso privativo e terminais de uso misto:

IV - carga própria: a que pertença a pessoa jurídica autorizada ou a pessoa jurídica que seja sua subsidiária integral ou controlada, ou a pessoa jurídica de que a autorizada seja subsidiária integral ou controlada ou, ainda, que pertença a pessoas jurídicas que integrem grupo de sociedades de que a autorizada seja integrante, como controladora ou controlada, na forma do disposto nos arts. 265 a 268 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

Nesse normativo, não era considerado carga própria a movimentação de contêineres e de veículos (§2º do art. 2º da Resolução ANTAQ nº 517). O normativo ainda elencava uma série de documentos a serem encaminhados para solicitação de autorização que muito se parecem com os documentos atualmente encaminhados. Também eram previstos uma série de deveres à instalação autorizada que poderiam culminar em infrações e penalidades pela agência. Tal fiscalização não estava adstrita à fase de construção do porto autorizado, mas também se relacionava com fiscalização permanente da agência⁵⁷.

Essa norma foi revogada pela Resolução ANTAQ nº 1660, de 2010, que veio a definir o que seria carga de terceiros⁵⁸, qualificando-a como:

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

⁵⁷ Confira o seguinte dever e infrações previstos na norma: art. 21, XII – “manter as condições de segurança operacional de acordo com as normas em vigor”; art. 16, IV – “deixar de informar à ANTAQ, no prazo de trinta dias contados do início da ocorrência, a interrupção da prestação do serviço autorizado (Multa de R\$ 2.000,00)”, VI - deixar de informar, em até trinta dias após a ocorrência do fato, mudança de endereços, substituição de administradores, alterações de controle societário e alterações patrimoniais relevantes (Multa de até R\$ 2.000,00); XVIII - recusar-se a prestar informações ou a fornecer documentos solicitados pela ANTAQ (Multa de até R\$ 100.000,00);

⁵⁸ Na norma antiga o conceito de carga de terceiros era residual.

autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, conforme §1o deste artigo, e cuja operação seja eventual e subsidiária⁵⁹;

Outra inovação foi necessidade de consulta à Secretaria de Portos da Presidência da República para análise de adequação às políticas e diretrizes formuladas pelo setor (§5º do art. 3º da Resolução nº 1660, de 2010) e previsão das formas de extinção, assegurando ao autoritário o direito ao contraditório e a ampla defesa (art. 20 e seguintes da Resolução nº 1660, de 2010). Dessa forma, a discricionariedade e precariedade já não era elementos definidores da autorização mitigada nessa Resolução.

Ao analisar esses fatos, vê-se que o histórico de atuação portuário passou pelas fases regulatórias elencadas no tópico 2.1.1 deste estudo. Na fase de regulação desconcentrada, em um primeiro momento, a exploração se dava a particulares que quisessem investir nos portos. Não havia, assim, uma ideia dessas atividades como de titularidade do Estado, mas sim uma atividade de titularidade comum (RODRIGUÊS, 2012)⁶⁰.

Essa perspectiva foi alterada com o Estado Centralizado e a exploração dos portos passou a ser exercida pelo próprio Estado. A abertura para os exploradores privados foi possibilitada pela Constituição de 1988. No regime jurídico do setor portuário, a exploração dos portos públicos foi passada aos particulares por meio de arrendamento. A outra modalidade de exploração prevista é a autorização.

No regime proposto pela Lei nº 8.630, de 1993, essa exploração por meio da autorização estava adstrita à preponderância da carga própria. A regulamentação dessa Lei veio em 2008 e foi um primeiro passo da ruptura com as noções tradicionais da autorização de polícia e trazer essa modalidade para a outorga de exploração de serviço de titularidade do poder público ao particular.

2.1.3 Conclusão parcial

⁵⁹ Essa classificação que tem como cerne as características da carga é o cerne da aplicação do conceito de perfil de carga previsto na Lei nº 12.815, de 2013, aplicado aos TUPs.

⁶⁰ É importante registrar que a obra citada pretende demonstrar que a dicção constitucional que trata dos portos diz respeito a um bem público e não a um serviço público. Essa problemática não será avaliada no estudo.

A conclusão deste tópico é: a) as tendências regulatórias no Brasil podem ser descritas em três fases, a saber Estado Descentralizado, Estado Centralizado e Estado Regulador; b) no período do Estado Descentralizado, o setor de portos era marcado pelo abstencionismo do Estado em relação a esse tipo de exploração; c) No Estado Centralizado o setor era marcado por uma forte intervenção estatal tanto na gerência como na execução da exploração dos portos, de modo que também passou a ser previsto, em constituição, a titularidade do Estado na exploração dos portos; d) a Constituição de 1988 trouxe a livre iniciativa como fundamento e a subsidiariedade da atuação estatal nesse novo paradigma de Estado Regulador; d.1) as autorizações ganharam espaço na legislação de 1993, pela Lei de Modernização dos Portos, e os autorizatários estavam adstritos à regra de movimentação de carga própria preponderantemente; e) a Lei nº 8.630, de 1993, previa precariedade para exploração das autorizações, contudo, dentro do próprio regime da Lei essa perspectiva foi sendo mitigada a dar mais segurança e estabilidade nas relações.

2.2 O atual regime jurídico de exploração dos portos por autorização

Como visto no tópico anterior deste estudo, dentro do próprio regime da Lei nº 8.630, de 1993, a modalidade de exploração por autorização foi recebendo novo contorno de exploração. Ao analisar, o Decreto regulamentador e as resoluções da Antaq, viu-se que, paulatinamente, a ideia de autorização precária, discricionária, deu espaço para uma autorização vinculativa, com espécies pré-definidas de extinção, dentro de uma série de deveres e obrigações que deveriam ser cumpridos pelos autorizatários.

Nesse modelo, o Estado já não mais retirava uma proibição de atividade considerada de titularidade privada, mas estava imerso em um regime de exploração privada de atividade de titularidade estatal com uma série de direitos e deveres. É dentro deste quadro que foi regida a Nova Lei de Portos, Lei nº 12.815, de 2013, objeto de análise deste tópico.

2.2.1 Inovações trazidas pela Lei nº 12.815, de 2013, na modalidade de exploração por autorização

2.2.1.1 Reinvenção do instituto da autorização para exploração de portos

No regime jurídico disposto pela Lei nº 8.630, de 1993, a autorização para exploração de terminal de uso privativo e misto, por suas características, se tratava de uma autorização de polícia administrativa (FREITAS, 2015). Isso se dava porque a própria Lei previa que a autorização seria dada em título unilateral e sem prazo definido e no interesse próprio do autorizatário. Assim, mesmo pelo ordenamento constitucional de 1988 em que o a titularidade material de exploração de portos era da União, o regime jurídico de exploração de autorização se mostrava como um mero ato de polícia (MENEGAT, 2015).

Essa ruptura de concepção da autorização de polícia para autorização contratual que delega atividade atribuída materialmente à União foi de fato expressa na Lei nº 12.815, de 2013 (MENEGAT, 2015). Conforme visto no tópico 2.1.2.2 deste estudo, a Lei nº 10.233, de 2001, que disciplinou as atribuições da ANTAQ, trouxe também as modalidades de extinção da autorização (quebrando a ideia da discricionariedade clássica das autorizações do poder de polícia), bem como o Decreto nº 6.620, de 2008, também determinou que as instalações de uso privativo estivessem de acordo com as políticas e diretrizes do setor portuário. Todas essas modificações também podem ser vistas nos regulamentos da ANTAQ.

2.2.1.2 Conceito de terminal de uso privado e título habilitante

Conforme visto, a Lei nº 8.630, de 2017, conceituava Terminal de Uso Privativo quando o usado para movimentação exclusiva de carga própria, ou de uso misto, com movimentação de carga de terceiros. Nesse contexto, a Resolução nº 1.660, de 2010, impunha que o autorizatário comprovasse a preponderância de movimentação de carga própria⁶¹. Contudo, a distinção carga própria e carga de terceiros acabava por gerar uma barreiras indesejáveis para a entrada de novos *players* no mercado (CATRAMBY, 2016), de modo que a Lei nº 12.815, de 2013, extinguiu a necessidade de carga própria e carga de terceiros.

A diferença entre autorizatário e arrendatário passou a ser a localização do bem explorado: se dentro da poligonal do porto organizado, a exploração deve obedecer aos procedimentos para habilitação de arrendamento portuário, se fora do porto organizado, poderá o interessado requerer, a qualquer tempo, autorização para exploração de terminal portuário.

⁶¹ Confira o art. 3º, inciso II, alínea “d”, desta Resolução, que tratou dos requisitos para habilitação de ordem técnica do terminal: “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.”

Com essa mudança, o entendimento deste estudo é que a definição de porto organizado é o atual elemento que define se a exploração é por meio de regime de serviço público ou se regime jurídico privado.

A Lei nº 12.815, de 2013, assim, conceituou porto como um bem a ser explorado. Esse bem, dentro da poligonal do porto organizado, será um bem público explorado mediante concessão e arrendamento (FARRANHA, 2015; FREITAS, 2015). Essa mesma lei dispôs que o regime jurídico dos exploradores dentro do porto organizado seria mediante regime jurídico de serviço público, conforme as disposições dessa norma (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015).

Contudo, faz-se mister uma ressalva sobre o assunto. RODRIGUÊS (2012), ainda sobre a legislação anterior, pontua que porto é bem público e que, nos casos de autorização, se operaria uma espécie de propriedade destacada incidindo-se regime jurídico específico. Com a devida vênia ao excelente trabalho desse jurista, o posicionamento deste estudo se alinha ao entendimento diferente. Mais uma vez, faz-se a ressalva de que não é objeto deste estudo analisar as diferenças entre serviço ou bem elencado pela constituição. O núcleo do presente estudo é o art. 21, inciso XI, alínea “f”, ou seja, a competência da União para explorar mediante autorização os portos marítimos, fluviais e lacustres, e não propriamente a alínea “f” em sua singularidade.

Por isso, entende-se que, pelo menos no atual regime da Lei nº 12.815, de 2013, o “porto organizado” se trata de um bem público e a sua exploração, por arrendatário, se dará pela subconcessão de serviço público (MOREIRA NETO e FREITAS, 2015). Por outro lado, o autoritário explora atividade portuária em área própria e, pelo regime jurídico disposto, essa exploração será de acordo com o regime jurídico de direito privado.

A Constituição afirma, em seu artigo 20, serem bens públicos os “terrenos de marinha”. Já o art. 21 desta constituição determina como competência da União explorar diretamente, mediante concessão, permissão ou autorização, os portos. Contudo, não é do art. 20 que decorre, por exemplo, o regime jurídico de exploração dos portos, mas sim do art. 21. O art. 20, nesse sentido, é o permissivo para cessão de uso onerosa, atualmente disciplinada pela Portaria nº 404, de 2012, da Secretaria de Patrimônio da União.

Por isso, no atual escopo deste estudo, dada a limitação de um trabalho de monografia, a caracterização de bem público na Lei nº 12.815, de 2013, se faz para qualificação do porto organizado. Além disso, a opção desta norma é de que a exploração do porto

organizado será sob regime de direito público, conforme estabelecido na lei. No mesmo sentido, quando a atividade for realizada fora do porto organizado, a Lei define que a atividade será explorada conforme suas disposições, dentro de um regime jurídico de direito privado, pelos denominados Terminais de Uso Privado (TUPs).

2.2.1.3 Assimetria regulatória

Com relação aos títulos habilitantes para exploração, a Constituição, em seu artigo 21, inciso XII, prevê que a exploração portuária poderia se dar nas modalidades de autorização, concessão e permissão. Ao alinhar esse artigo com o artigo 175 da Carta Magna, que dispõe que os serviços públicos serão prestados mediante concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, está-se diante do permissivo que possibilita existirem regimes jurídicos distintos para exploração de uma mesma atividade (FREITAS, 2015). Esse fenômeno é denominado de assimetria regulatória.

SCHIRATO (2011) desenvolveu um excelente estudo sobre competição e serviço público. Nele, o autor ensina que os serviços públicos podem ser prestados em regime de competição. Aliás, a competição dentro dessa exploração, sempre que possível, é a regra e não a exceção tendo em vista que a livre iniciativa é um fundamento constitucional, não se aplicando somente as atividades iminentemente privadas, mas também em todo o ordenamento jurídico.

Assim, essa competição a ser fomentada na exploração de serviços públicos pode ser sem assimetrias de regimes ou com assimetria de regimes. Por assimetria de regimes, entende-se pela “existência de agentes exploradores da atividade em regime de concorrência e sujeitos a regime jurídicos distintos” (SCHIRATO, 2011, p. 249). Portanto, o conceito de assimetria regulatória pressupõe a existência de múltiplos agentes, em regime de concorrência, explorando uma mesma atividade econômica sujeitos a regimes jurídicos distintos.

Por multiplicidade de agentes é pressuposto para existência e competição. Não haverá competição, ou mesmo regimes jurídicos distintos, se estamos diante de um monopólio. O fomento da concorrência permite, assim, a competição de agentes dentro de um mesmo mercado, gerando maior qualidade nos produtos oferecidos e menores preços (SCHIRATO, 2011). Dentro desta mesma atividade econômica explorada em uma estrutura de múltiplos agentes, o ordenamento jurídico pode atribuir regimes jurídicos distintos de exploração, em

outras palavras, atribuir diferentes “regras jurídicas integradas para consecução de uma finalidade comum” (ARANHA, 2015, p. 60).

No setor portuário, a assimetria regulatória já era prevista no regime de 1993. A constitucionalidade da assimetria de regimes foi questionada ao Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 139, julgada prejudicada pela Egrégia Corte Suprema ao entender que a promulgação da Lei nº 12.815, de 2013 fez com que a ADPF perdesse objeto (STF, 2014). Esse estudo se alinha à tese de constitucionalidade da assimetria regulatória, na medida em que o texto constitucional permite diferentes títulos habilitantes para a exploração de portos e dotados de regimes jurídicos distinto, de modo a permitir maior competitividade ao setor (FREITAS, 2015).

Como dito, a grande inovação da Nova Lei de Portos para os autorizatários foi a extinção da distinção entre carga própria e carga de terceiros prevista na legislação anterior, possibilitando ampla concorrência entre os Terminais de Uso Privado e os Terminais Públicos. Essa inovação da legislação de 2013 veio com intuito de gerar maior competitividade ao setor⁶². Dessa maneira, ao ver deste estudo, a limitação para exploração de mercado de cargas no setor portuário representava, de fato, uma barreira à entrada de novos atores no setor. A liberdade dada aos Terminais de Uso Privado, portanto, possibilitaram aplicação da oferta, competitividade e atração de investimentos privados (CATRAMBY, 2016).

Nesse contexto, especificamente sobre o setor portuário, três são, ao ver do estudo, as grandes diferenças entre o regime de exploração tido pelos autorizatários e arrendatários⁶³: a) característica do regime jurídico (se de direito público ou privado); b) a reversibilidade dos bens e; c) liberdade de contratação de mão de obra.

Com relação a característica do regime, se de direito público ou privado, o autorizatário, conforme visto nos tópicos anteriores, explora a atividade conforme regime jurídico de direito privado (FREITAS, 2015). Deste modo, o autorizatário possui, por exemplo, liberdade de preços e a prerrogativa de disciplinar sua operação⁶⁴, possibilidade de prorrogação

⁶² Veja que a exposição de motivos da norma mencionava a necessidade de “redução de custos e eliminação de barreiras à entrada” de agentes. Nesse sentido, a exposição informa que “O novo marco proposto elimina a distinção entre movimentação de carga própria e carga de terceiros como elemento essencial para a exploração das instalações portuárias autorizadas. Nada obstante a existência de dois regimes – um dentro do porto e outro fora dele – a exploração dos portos organizados e instalações será por conta e risco dos investidores” (PLANALTO, 2012).

⁶³ Cada regime possui as suas especificidades e que formar o todo do seu regime jurídico de exploração. Contudo, o estudo vai se limitar a apenas apontar, didaticamente, as diferenças mais significativas.

⁶⁴ Confira o art. 35-A do Decreto nº 8.033, de 2013.

sem limite de vezes, desde que observados os critérios da Lei⁶⁵. Por outro lado, o arrendatário explora seu terminal no regime jurídico de serviços públicos (FREITAS, 2015), no qual necessita fazer licitação⁶⁶, possui prazo definido e forma de prorrogação definidos, além de possuírem direito à manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do contrato⁶⁷.

Justamente por estarem sujeitos a regimes diversos (um público e outro privado), o arrendatário, ao explorar atividade dentro do porto organizado, está sujeito à reversibilidade dos bens investidos⁶⁸, ao passo que os bens dos autorizatários compõe o patrimônio próprio e não são revertidos à União no final do contrato. Por fim, a Lei nº 12.815, de 2013, prevê a obrigatoriedade dos terminais públicos em contratarem com o órgão gestor de mão de obra para obtenção de trabalhador portuário, e aos terminais de uso privado não é imposta essa obrigação.

A racionalidade dessa distinção pode ser entendida pela característica de cada exploração. Na medida que os portos privados investem em seus próprios empreendimentos, nada mais razoável de que as interferências estatais estejam alinhadas aos pontos previamente previstos em contrato e à necessidade de regulação setorial com objetivo de evitar falhas de mercado⁶⁹.

2.2.1.4 Características gerais da exploração dos Terminais de Uso Privado

Como visto, a Lei nº 12.815, de 2013, retirou barreira que existia para a exploração por meio de Terminal de Uso Privado⁷⁰ e solidificou a assimetria regulatória. Esse regime também foi responsável pelo giro no conceito da autorização, que deixou de ser entendida como um ato unilateral e precário para ganhar contornos de contrato. Deixou-se, portanto, de ser uma autorização de polícia para ser uma autorização em que se delega, ao particular, a exploração de atividade de titularidade da União em regime de direito privado.

⁶⁵ Conforme art. 8º, §2º da Lei nº 12.815, de 2013.

⁶⁶ Confira art; 4º e seguintes da Lei nº 12.815, de 2013.

⁶⁷ Confira os arts. 24, 24-A, 42, 42-A do Decreto 8.033, de 2013.

⁶⁸ Confira o §3º do art. 5º da Lei nº 12.815, de 2013.

⁶⁹ CATRAMBY (2016) ensina que há duas formas de regulação pode ser geral, como aquelas feitas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Há também a regulação setorial, que pode ser contratual ou por agência. Nesse sentido, o setor portuário adota a regulação tanto contratual, na medida em que esse documento será importante definidor das relações firmadas e deixará expresso as políticas públicas escolhidas para aquela exploração, bem como a regulação por agência, no qual a ANTAQ possui o papel de fiscalizar de modo permanente as atividades dos agentes regulados.

⁷⁰ Nova nomenclatura da Lei nº 12.815, de 2013.

Nesse contexto, as inovações trazidas pela Lei nº 12.815, de 2013, ao trazer essa nova roupagem para a autorização, também acrescentou deveres e procedimentos para a obtenção da outorga. Se na Lei nº 8.630, de 1993, esse procedimento era simplificado e servia para a satisfação exclusiva do particular, na Nova Lei de Portos a ampliação da possibilidade de exploração por meio dos autorizatários trouxe, também, inovações para atender esse novo aspecto da universalização dos serviços prestados pelos autorizatários. Segue abaixo um breve comparativo das principais modificações trazidas pela Lei nº 12.815:

	Lei 8.630, de 1993	Lei 12.815, de 2013
Conceito	<p>Art. 1º: (...)</p> <p>V - Instalação Portuária de Uso Privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário. (Redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006)</p> <p>Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: (Regulamento)</p> <p>§ 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:</p> <p>II - uso privativo:</p> <p>a) exclusivo, para movimentação de carga própria;</p> <p>b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.</p> <p>c) de turismo, para movimentação de passageiros. (Incluído pela Lei nº 11.314 de 2006)</p>	<p>Art. 2º (...)</p> <p>IV - terminal de uso privado: instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado;</p> <p>XII - autorização: outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão; e (...)</p> <p>Art. 8º Serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio públicos e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado, compreendendo as seguintes modalidades:</p> <p>I - terminal de uso privado;</p> <p>II - estação de transbordo de carga;</p> <p>III - instalação portuária pública de pequeno porte;</p> <p>IV - instalação portuária de turismo</p>

	Lei 8.630, de 1993	Lei 12.815, de 2013
	d) Estação de Transbordo de Cargas. (Incluído pela Lei nº 11.518, de 2007)	
Característica do título habilitante	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.	Art. 1º § 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei. § 1º A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão, que conterá as cláusulas essenciais previstas no caput do art. 5º, com exceção daquelas previstas em seus incisos IV e VIII.
Cláusulas contratuais		VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;
		VII - às responsabilidades das partes;
		XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;
Prazo para exploração		§ 2º A autorização de instalação portuária terá prazo de até 25 (vinte e cinco) anos, prorrogável por períodos sucessivos, desde que: I - a atividade portuária seja mantida; e II - o autorizatário promova os investimentos necessários para a expansão e modernização das instalações portuárias, na forma do regulamento.
Fiscalização da ANTAQ para manutenção do cronograma de investimentos		§ 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções,

	Lei 8.630, de 1993	Lei 12.815, de 2013
		inclusive a cassação da autorização.
Audiência pública, chamamento público e processo seletivo público		Art. 9º Os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à Antaq a qualquer tempo, na forma do regulamento. § 1º Recebido o requerimento de autorização de instalação portuária, a Antaq deverá: I - publicar o extrato do requerimento, inclusive na internet; e II - promover a abertura de processo de anúncio público, com prazo de 30 (trinta) dias, para identificar a existência de outros interessados na obtenção de autorização de instalação portuária na mesma região e com características semelhantes.
Adaptação		Art. 59. As instalações portuárias enumeradas nos incisos I a IV do caput do art. 8º, localizadas dentro da área do porto organizado, terão assegurada a continuidade das suas atividades, desde que realizada a adaptação nos termos do art. 58.

Tabela 2 - diferença entre a Lei nº 12.815, de 2013 e a Lei nº 8.630, de 1993

Até o presente momento, o trabalho buscou, no primeiro capítulo, elucidar a natureza jurídica do instituto da autorização. Nesse segundo capítulo, desenvolveu-se um breve histórico desse instituto no setor de portos, apontou-se as principais inovações trazidas pela Lei nº 12.815, de 2013. Não é objeto deste estudo enumerar, *numerus clausus*, todos os aspectos do regime jurídico de portos, mas desenvolver e analisar os principais aspectos do regime jurídico de exploração por meio de autorização.

Por isso, os próximos tópicos cuidarão de e tratar dos elementos acima elencados, bem como das disposições regulamentares sobre o assunto, dando a devida ênfase nas inovações trazidas pelo Decreto nº 9.048, de 2018, que modificou o Decreto nº 8.033, de 2013, e pela

Resolução Normativa nº 20, de 2018, da ANTAQ, que disciplina a exploração dos Terminais de Uso Privado.

2.2.1.4.1 Procedimento para obtenção de outorga

A Lei nº 12.815, de 2013, adicionou o anúncio público ou chamada pública como uma das etapas do procedimento para obtenção de outorga de autorização⁷¹. O anúncio público visa tornar público o interesse de agente em obter outorga de autorização em determinado local. Se houver mais de um interessado e ficar comprovada a existência de inviabilidade dos dois empreendimentos naquela localidade, será instaurado o processo seletivo público, para apurar a melhor proposta, segundo os termos da lei⁷².

O Decreto nº 8.033, de 2013, ao disciplinar o assunto, prevê também as hipóteses que serão dispensados nova autorização e novo anúncio público. Tal dispositivo também foi modificado pelo recente Decreto nº 9.048, de 2017, conforme seguinte tabela:

Redação original do Decreto nº 8.033, de 2013	Nova redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017
Art. 35. Não dependerão da celebração de novo contrato de adesão, bastando a aprovação pelo poder concedente:	Art. 35. Fica dispensada a celebração de novo contrato de adesão ou a realização de novo anúncio público nas seguintes hipóteses, que dependerão somente da aprovação do poder concedente: (Redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
I - a transferência de titularidade da autorização, desde que preservadas as condições estabelecidas no contrato de adesão original; ou	I - a transferência de titularidade da autorização, desde que preservadas as condições estabelecidas no contrato de adesão original; (Redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
	II - a ampliação da área da instalação portuária, desde que haja viabilidade locacional; ou (Redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
	III - as alterações efetuadas no cronograma físico e financeiro ou no montante de investimentos previstos

⁷¹ Conforme previsto nos artigos 8º e seguintes, a chamada pública se difere do processo seletivo público com relação a iniciativa para implantação de instalação portuária. Na chamada pública, o poder concedente é o proponente, já no anúncio, o impulso para obtenção da outorga é do particular.

⁷² Confirma o art. 12 da Lei nº 12.815, de 2013.

Redação original do Decreto nº 8.033, de 2013	Nova redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017
	para a implantação da instalação portuária. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
II - o aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem da instalação portuária, desde que não haja expansão de área original.	§ 6º O disposto no caput aplica-se aos demais pleitos de aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem não abrangidos pelo disposto no § 5º. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no caput, o poder concedente poderá, conforme disciplinado em ato do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República, dispensar a emissão de nova autorização nas hipóteses de:	
I - a alteração do tipo de carga movimentada; ou	§ 5º Exceto quando vedado no contrato de adesão, o aumento da capacidade de movimentação ou de armazenagem sem ampliação de área dependerá de comunicação ao poder concedente com antecedência de sessenta dias. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
II - a ampliação da área da instalação portuária, localizada fora do porto organizado, que não exceda a vinte e cinco por cento da área original, desde que haja viabilidade locacional.	§ 2º Poderá ser dispensada a aprovação do poder concedente quando a ampliação de área não implicar a necessidade de novo exame de viabilidade locacional, na forma a ser estabelecida em ato do Ministro de Estado dos Transportes, Portos e Aviação Civil. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
	§ 1º Nos casos de ampliação de área que envolva imóvel da União, será aplicado o disposto no § 2º do art. 27 e será autorizada a celebração de termo aditivo com condição suspensiva de sua eficácia, nos termos do § 3º do art. 27. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
	§ 3º Na hipótese de que trata o § 1º, o autorizatário comunicará previamente ao poder concedente a intenção de ampliar a área de sua instalação portuária e apresentará o instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do terreno e os demais documentos que venham a ser

Redação original do Decreto nº 8.033, de 2013	Nova redação dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017
	exigidos em ato do poder concedente. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)
	§ 4º Apresentada a comunicação a que se refere o § 3º, o poder concedente examinará a regularidade do pedido de ampliação de área e, se for o caso, assegurado ao autorizatário os princípios da ampla defesa e do contraditório, notificará os fatos à Antaq para que esta adote as medidas cabíveis. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)

Tabela 3 - Dispensa de apresentação de novo contrato de adesão

Assim, as modificações no contrato de adesão envolvendo transferência de titularidade, alteração do perfil da carga e ampliação da área poderão ser enquadradas nas hipóteses a) dispensa de celebração de novo contrato de adesão ou a realização de novo anúncio público, dependendo de aprovação do poder concedente e; b) dispensa de aprovação pelo poder concedente.

O Decreto nº 9.048, de 2017, adicionou duas hipóteses de dispensa de celebração de novo contrato, bastando a aprovação do poder concedente: a ampliação da área da instalação portuária, desde que haja viabilidade locacional e; alterações no cronograma de investimentos. Excluiu-se a hipótese de aumento da capacidade de movimentação sem expansão de área nos casos de aprovação pelo poder concedente, bastando agora apenas comunicação pelo autorizatário. Além disso, quando a ampliação da área não implicar em novo exame de viabilidade locacional, a aprovação do poder concedente será dispensada.

O que se vê das modificações implementadas é que se buscou desburocratizar os procedimentos que alteram, de alguma forma, o empreendimento dos autorizatários. No entender desse estudo, o fato dos Terminas de Uso Privado serem explorados em regime de direito privado, por sua conta e risco e sem aporte de fundos do poder público justificam as mudanças desenvolvidas pelo Decreto nº 9.048, de 2017.

Além disso, a celebração de novo contrato e a realização de novo anúncio público se justificam nos casos em que haja inviabilidade locacional de empreendimentos. Inexistindo a referida inviabilidade, não parece, ao ver deste estudo, que haja razão para que sejam as modificações submetidas a novo anúncio público.

A ANTAQ, por meio da Resolução Normativa nº 20, de 2018, determinou, em seu art. 34, que “a alteração ou inclusão do perfil de carga movimentada, nos termos do artigo 10, inciso II, desta Norma, somente ocorrerá mediante a realização de Anúncio Público, com a consequente expedição de nova autorização pelo poder concedente”. Ao analisar os subsídios enviados em audiência pública, vê-se que a Associação de Terminais de Uso Privado, Federação Nacional das Empresas de Navegação Marítima, Fluvial e Lacustre e de Tráfego Portuário, apresentaram contribuição para que a alteração ou inclusão de perfil de carga pudessem ser de forma simplificada, bastando apenas a publicação no Diário Oficial da União e, caso não houvesse interessados, poderia de plano ser deferida a alteração do perfil.

Tais propostas foram indeferidas pela Gerência de Autorização Portuária da ANTAQ por entender que poderiam violar o princípio da publicidade e que o perfil de carga já estava previsto nos anúncios públicos, de modo a ser necessária a realização de novo anúncio público. Contudo, entende esse estudo que o fato de o perfil de carga estar previsto no anúncio público original, por si só, não gera a necessidade de realização de novo sempre que houver alteração ou inclusão de perfil de carga. Conforme dito anteriormente, a racionalidade do anúncio repousa na viabilidade ou não de empreendimento naquela localidade. Havendo viabilidade do empreendimento que pretende alteração e outros empreendimentos com mesmo perfil, a justificativa de anúncio se faz desnecessária. Desse modo, poderia ser prevista essa hipótese de dispensa de anúncio.

Por fim, é importante registrar que o Decreto nº 9.048, de 2017, revogou o art. 33 do Decreto nº 8.033, de 2013, extinguindo fase de apresentação de documentação complementar. Assim, a apresentação dos documentos ali elencados passou a ser já na fase de requerimento, prevista no art. 27 do Decreto nº 8.033, de 2013. O objetivo da mudança foi, no entender deste estudo, dar maior celeridade ao processo.

2.2.1.4.2 Apresentação de garantias e adaptação dos contratos

Outra importante mudança no regime dos TUPs foi na área das garantias. Segundo FREITAS (2015), a apresentação de garantias, segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, serve para garantir o cumprimento de contrato e garantir, também, que não haja prejuízos ao poder público. Contudo, conforme foi visto, o Terminal de Uso Privado é explorado pelo particular fora da área do porto organizado, os bens não são reversíveis e a exploração é feita por sua conta e risco. Essa orientação seguida por FREITAS (2015) é anterior

ao Decreto nº 9.048, de 2017. Esse Decreto inovou no assunto em questão ao estabelecer que a garantia de execução será apresentada apenas nos casos onde houver processo seletivo público⁷³.

Essa inovação foi questionada tanto na ANTAQ como na Secretaria Nacional de Portos, do Ministério dos Transportes, no que diz respeito a sua possibilidade de adaptação aos contratos vigentes e às solicitações de autorização que estavam tramitando no momento da inovação normativa. Dessa modificação, surgem três cenários de aplicação da norma: a) nos contratos firmados já assinados antes da edição da norma; b) nos contratos em tramitação no momento de alteração do Decreto que já tiveram anúncio público; c) nos processos que ainda não passaram pela fase do anúncio público, tendo-se em vista que haveria previsão de apresentação de garantia em tais anúncios.

Com relação aos processos em que ainda não tiveram anúncio público, fica claro que estes já poderiam ser previstos sem a hipótese de apresentação de garantia de execução. É importante registrar que a Lei nº 10.233, de 2001, já estabelecia a constante adaptabilidade das autorizações aos novos regimes jurídicos⁷⁴. Nesse sentido, o parecer PARECER n. 00040/2017/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU (ANTAQ, 2017) entendeu que tais processos já poderiam ser submetidos a anúncio público sem a previsão de apresentação de garantia.

Já nos processos em que houve anúncio público, o PARECER n. 00040/2017/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU (ANTAQ, 2017) opinou que tal garantia fosse apresentada sob pena de se ferir a isonomia e vinculação ao instrumento convocatório. Contudo, conforme dito, a garantia de execução já se mostrava como um instrumento inadequado aos empreendimentos portuários privados (FREITAS, 2015), devendo estar atento a não transformar tal terminal particular em um verdadeiro regime jurídico de serviço público (FREITAS, 2015).

A Diretoria da ANTAQ, por meio da Resolução nº 5803, de 2017 (ANTAQ, 2017), divergiu do parecer e acima e entendeu pela imediata aplicabilidade das inovações do Decreto nº 9.048, de 2017, de modo a dispensar a apresentação de garantia de execução nos casos em

⁷³ Confira o art 32, §4º desta norma: Nos casos de inviabilidade locacional à implantação concomitante das instalações portuárias solicitadas, a Antaq deverá: (...) § 4º Será exigida garantia de execução do autorizatário apenas no caso de realização de processo seletivo público, na forma estabelecida pelas normas da Antaq. (Incluído pelo Decreto nº 9.048, de 2017)

⁷⁴ Confira o art. 47 desta norma: 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.

que não tivesse passado por processo seletivo público. No Ministério, o parecer PARECER n. 00363/2018/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (MTPA, 2018) endossou que a garantia de execução já poderia ser dispensada desde que tal medida se coadunasse com as políticas e diretrizes do setor portuário.

O Decreto nº 9.048, de 2017, previu, em seu art. 3º, a possibilidade de adaptação aos contratos às disposições deste regulamento. Essa norma foi inserida no art. 41 da Resolução Normativa nº 20, de 2018, da ANTAQ, de modo a convalidar os atos já praticados nos processos administrativos da Agência. Nesse sentido, no caso de necessidade de apresentação ou não de garantia de execução, em casos onde já tivesse anúncio público nos moldes do regramento anterior, a garantia será dispensada, salvo existência de processo seletivo público.

No mais, tanto a Diretoria da ANTAQ, por meio da Resolução nº 5.623, de 2017, (ANTAQ, 2017) como o Ministério dos Transportes, por meio do parecer 00363/2018/CONJUR-MTPA/CGU/AGU (MTPA, 2018), reconheceram a possibilidade de devolução da garantia de execução nos casos dos contratos já assinados, dando força ao dispositivo de adaptação contratual previsto no art. 3º do Decreto nº 9.048, de 2017.

Por fim, o referido normativo também excluiu a exigência de apresentação de garantia de proposta para obtenção de outorga de autorização, sendo do entendimento deste estudo que as mesmas razões aplicadas para dispensa de apresentação de garantia de execução aos processos em curso se aplicam, também, às hipóteses de apresentação de garantia de proposta.

2.2.2 Conclusão parcial do tópico 2.2

Assim, temos como conclusão que: a) o instituto da autorização passou por uma mudança de concepção no novo regramento jurídico, ganhando os contornos contratuais na Lei nº 12.815, de 2013; b) a exclusão do conceito de carga própria e carga de terceiros na Lei nº 12.815, de 2013, possibilitou a expansão da exploração dos terminais autorizados, acentuando modelo de assimetria jurídica, com intuito de dar maior competitividade ao setor; c) a Lei nº 12.815, de 2013, ao extinguir os conceitos de carga própria e carga de terceiros, definiu que a diferença entre terminal autorizado e arrendatário estaria contida na localização do porto; c.1) se dentro da poligonal do porto organizado, a atividade de exploração será através de regime jurídico de direito público; c.2) se fora do porto organizado, será aplicado regime jurídico de

direito privado; d) o procedimento para obtenção de outorgas incluiu, também, a necessidade de anúncio público e o Decreto nº 9.048, de 2017, extinguiu a fase de apresentação de documentação complementar com intuito de dar maior racionalidade; e) o novo regramento dos autorizatários extingue a necessidade de apresentação de garantias.

CONCLUSÃO

O primeiro capítulo do estudo buscou desenvolver a natureza jurídica da autorização prevista no artigo 21. Para isso, o primeiro ponto desenvolvido foi sobre a concepção de serviços públicos. No ver deste estudo, a autorização prevista no art. 21 não trata de exploração de um serviço público (ARAGÃO, 2013; FREITAS, 2015; MOREIRA, 2010; MENEGAT, 2015; SCHIRATO, 2011; LOUREIRO, 2009). Trata-se de exploração de atividade econômica de titularidade estatal (MENEGAT, 2015; MOREIRA, 2010; LOUREIRO, 2009) e que, por isso, preserva um conteúdo mínimo estatal (LOUREIRO, 2009).

Ainda sobre a natureza jurídica da autorização, percebeu-se que não há uma hegemonia no tratamento da autorização pela doutrina brasileira (MENEGAT, 2015), de modo que os posicionamentos podem ser classificados naqueles que enxergam a autorização como serviço público ou não. O posicionamento deste estudo é que a autorização, ao menos no setor de portos, é dotada de característica contratual, por meio de contrato de direito público, que delega ao particular exploração de atividade materialmente competente da União (LOUREIRO, 2009), para ser explorada por particular em regime jurídico de direito privado. Outra perspectiva das autorizações é a classificação desta como “ato”, hipótese em que terá característica vinculada, não precária e constitutiva (MENEGAT, 2015).

O segundo capítulo do estudo tratou especificamente do regime jurídico do setor de portos. Para isso, construiu-se um histórico de exploração portuária, voltado para a avaliação da autorização, entendendo as tendências regulatórias no país. Deste modo, as tendências regulatórias passaram pelas fases de Estado Descentralizado, Estado Centralizado e Estado Regulador (ARANHA, 2015), de modo que, ao fazer uma analogia ao balanço do pêndulo, essas tendências poderiam ser de maior ou menor intervenção estatal (TÁCITO, 1995). Dentro desta perspectiva, a ideia de porto saiu de sua classificação como bem comum tida na época do império (RODRIGUÊS, 2012) para a titularidade e execução dessa atividade pelo Estado, que ocorreu no regime militar (FREITAS, 2015; MOREIRA NETO e FREITAS, 2015). Contudo, a Lei nº 8.630, de 1993, já sob o prisma de subsidiariedade do Estado dentro de um Estado Regulador previsto na Constituição de 1988, disciplinou a modernização dos portos e a privatização dessas atividades que passaram a ser executadas por agentes privados (FREITAS, 2015). Dentre os títulos habilitantes para exploração por particulares estava a autorização.

Na Lei nº 8.630, de 2013, a autorização estava limitada a preponderância de movimentação de carga própria, com indícios ainda de uma autorização tradicional do direito administrativo (MENEGAT, 2015). Essa perspectiva foi modificada na Lei nº 12.815, de 2013, que extinguiu a distinção entre carga própria e carga de terceiro, e definiu a exploração do particular quando realizada fora da área do porto organizado. A Lei nº 12.815, de 2013, ainda, incluiu a necessidade de anúncio público e definiu prazo para exploração. O Decreto nº 8.033, de 2013, recentemente modificado pelo Decreto nº 9.048, de 2017, fez algumas alterações, também, no procedimento na obtenção de outorgas. Por fim, o Decreto nº 9.048, de 2017, regulamentado pela Resolução Normativa nº 20, de 2018, da ANTAQ, excluíram a necessidade de apresentação de garantias, inovação positiva tendo e vista que o autorizatário não explora atividade no regime previsto para serviços públicos (FREITAS, 2015).

Nesse contexto, em 2017 a ANTAQ apresentou as estatísticas do setor. Em 2017, houve um crescimento de 8,3% da movimentação no país. (ANTAQ, 2017), e um crescimento de 9,3% dos portos privados, que totalizaram, em 2017, 66,4% do mercado de movimentação de cargas (ANTAQ, 2017). Nesse contexto, a grande participação do mercado dos autorizatários demonstram a importância dessa modalidade de exploração para o setor dentro de um Estado Regulador e subsidiário. Nesse sentido, SCHIRATO (2011) demonstra com maestria a necessidade de se pensar serviços públicos (e serviços tradicionalmente vistos como serviços públicos), sempre que possível, com concorrência. Por isso, o autor afirma ser possível a assimetria regulatória e a necessidade de mais autorizações, como forma de trazer a livre iniciativa e um mercado concorrencial aos setores (SCHIRATO, 2011).

Assim, o papel do legislador e do regulamentador é gerar um ambiente atrativo a investimentos e possibilitar a prestação de serviços adequados⁷⁵. Como forma de conseguir esses objetivos, o Decreto nº 8.033, de 2013, com a reforma dada pelo Decreto nº 9.048, de 2017, demonstram que o setor caminha para uma regulação pautada na liberdade de atuação pelos atores. Veja que, o Decreto nº 9.048, de 2017, ainda trouxe, no seu art. 35-A o cerne da

⁷⁵ Confira-se, por exemplo, as diretrizes da Lei nº 12.815, de 2013, para o setor de portos: “Art. 3º A exploração dos portos organizados e instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País, deve seguir as seguintes diretrizes: I - expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias; II - garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; III - estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas; IV - promoção da segurança da navegação na entrada e na saída das embarcações dos portos; e V - estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

exploração por essa modalidade: a liberdade de preços e a prerrogativa do autorizatário em disciplinar sua operação portuária.

A conclusão que se tem é que, no setor de portos, a ampliação da exploração pelos Terminais de Uso Privado tida na Lei nº 12.815, de 2013, acarretou também uma maior interferência estatal nessa modalidade. Contudo, essa interferência vem sendo paulatinamente mitigada pelos seus regulamentos na medida de resposta do setor, tendo em vista a própria subsidiariedade do Estado dentro de um Estado Regulador. Esse é o ponto que permite alcançar o equilíbrio do pêndulo (TÁCITO, 1995) que rege as relações entre os particulares e o Estado.

Referências

ALVES, J. C. M. Distinção entre os atos jurídicos negociais e os atos jurídicos não-negociais. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, 10, jul./dez. 1996. 170-189.

ANTAQ. Estatísticas - ANTAQ. **portal.antaq.gov.br**, 2017. Disponível em: <<http://portal.antaq.gov.br/index.php/estatisticas/>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

ANTAQ. PARECER n. 00040/2017/NCA/PFANTAQ/PGF/AGU , 2017.

ANTAQ. Resolução ANTAQ nº 5.623, de 5 de setembro de 2017. **DOU**, 2017.

ANTAQ. Resolução nº 5.803, de 2017. **DOU** 27/11/2017. **Imprensa Nacional**, 2017.

ANUÁRIO. **Agência Nacional dos Transportes Aquaviários**, 23 abr. 2018. Disponível em: <<http://web.antaq.gov.br/Anuario/>>.

ARAGÃO, A. D. **Direito dos Serviços Públicos**. [S.l.]: Forense, 2013. Disponível em: <Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4557-2/>>.

ARAGÃO, A. S. D. F.; BARROS, C. Regime jurídico da autorização portuária no Brasil: serviços públicos ou atividades privadas regulamentadas? **Revista dos Tribunais: RT**, v. 103, n. 946, p. 15-45, ago. 2014.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos do Direito Regulatório**. 3ª edição revisada e ampliada. ed. London: Laccademia Publishing, 2015.

BARBOSA, D. M. Delimitações constitucionais da autorização para execução dos serviços do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição. **Revista da AJUFERGS / Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, p. 29-49, abr. 2007. Disponível em: <<http://www.ajufergs.org.br/arquivos-revista/4/revista4.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

BRASIL. DECRETO Nº 1.746, DE 13 DE OUTUBRO DE 1869. **Autorisa o Governo a contractar a construção, nos diferentes portos do Imperio, de dócas e armazens para carga, descarga, guarda e conservação das mercadorias de importação e exportação.**, 1869.

BRASIL. DECRETO Nº 4.279, DE 2 DE JUNHO DE 1921. **Regula a atracação de navios nos portos providos de instalações modernas de cáes, molhes, obras congeneres, serviços de dragagem e outros necessarios ao trafego de navios, e dá outras providencias**, 1921.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1934. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)**, 1934.

BRASIL. DECRETO N. 24.508 – DE 29 DE JUNHO DE 1934. **Define os serviços prestados pelas administrações dos portos organizados, uniformiza as taxas portuarias, quanto á sua espécie, incidencia e denominação, e dá outras providencias.**, 1934.

BRASIL. Regula a utilização das instalações portuárias e dá outras providências. **Decreto nº 24.511, de 29 de Junho de 1934**, 1934.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 6.460, DE 2 DE MAIO DE 1944. **Regula a construção e a exploração de instalações portuárias rudimentares.**, 1944.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, decretada pela Assembléia Constituinte DE 1946**, 1946.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5, DE 4 DE ABRIL DE 1966. **Estabelece normas para a recuperação econômica das atividades da Marinha-Mercante, dos Portos Nacionais e da Rêde Ferroviária Federal S.A. e dá outras providências**, 1966.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1967. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1967**, 1967.

BRASIL. Lei nº 6.222, de 10 de Julho de 1975. **Autoriza o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Empresa de Portos do Brasil S.A. - PORTOBRÁS, dispõe sobre a extinção do Departamento Nacional de Portos e Vias Navegáveis - DNPVN, e dá outras providências.**, 1975.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1988. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Brasília,DF, out. 1988.

BRASIL. LEI Nº 8.630, DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993. **Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS)**, 1993.

BRASIL. LEI Nº 9.472, DE 16 DE JULHO DE 1997. **Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995**, 1997.

BRASIL. RESOLUÇÃO ANTAQ Nº 517, DE 18 DE OUTUBRO DE 2005. **Aprova a NORMA PARA OUTORGA DE AUTORIZAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO, EXPLORAÇÃO E A AMPLIAÇÃO DE TERMINAL PORTUÁRIO DE USO PRIVATIVO**, 2005.

BRASIL. DECRETO Nº 6.620, DE 29 DE OUTUBRO DE 2008. **Dispõe sobre políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários** , 2008.

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 1660-ANTAQ, DE 8 DE ABRIL DE 2010. **APROVA A NORMA PARA OUTORGA DE AUTORIZAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO. A EXPLORAÇÃO E A AMPLIAÇÃO DE TERMINAL PORTUÁRIO DE USO PRIVATIVO**, 2010.

BRASIL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 595, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2012. **Dispõe sobre a exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, e dá outras providências**, 2012.

BRASIL. DECRETO Nº 8.033, DE 27 DE JUNHO DE 2013. **Regulamenta o disposto na Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias, 2013.**

BRASIL. LEI Nº 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013. **Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; , 2013.**

BRASIL. RESOLUÇÃO Nº 3.290-ANTAQ, DE 13 DE FEVEREIRO DE 2014. **APROVA A NORMA QUE DISPÕE SOBRE A AUTORIZAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO, EXPLORAÇÃO E AMPLIAÇÃO DE TERMINAL DE USO PRIVADO, DE ESTAÇÃO DE TRANSBORDO DE CARGA, DE INSTALAÇÃO PORTUÁRIA PÚBLICA DE PEQUENO PORTE E DE INSTALAÇÃO PORTUÁRIA DE TURISMO, 2014.**

BRASIL. DECRETO Nº 9.048, DE 10 DE MAIO DE 2017. **Altera o Decreto nº 8.033, de 27 de junho de 2013, que regulamenta o disposto na Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias, 2017.**

BRASIL. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 20, DE 15 DE MAIO DE 2018. **Aprova a Norma que dispõe sobre a autorização para a construção e exploração de terminal de uso privado, de estação de transbordo de carga, de instalação portuária pública de pequeno porte e de instalação portuária de turismo, 2018.**

CATRAMBY, F. E. **Regulação dos portos no Brasil: uma análise da Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013.** Dissertação (Dissertação em direito) - Universidade de Coimbra. Coimbra. 2016.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2011. 75-80 p.

DI PIETRO, M. S. Z. Serviços Públicos. In: _____ **Direito Administrativo.** 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98-113.

FARRANHA, A. C. F. C. D. S. B. F. D. O. Nova Lei dos portos: desafios jurídicos e perspectivas de investimentos. **Revista Direito GV,** São Paulo, p. 89-116, jan./jun. 2015.

FERNANDES, R. D. O. **Serviços titularizados pelo Estado e "regime privado".** Monografia (Faculdade de Direito) - Universidade de Brasília. Brasília. 2009.

FREITAS, R. V. D. Portos brasileiros e a nova simetria regulatória: os títulos habilitantes para exploração da infraestrutura portuária. In: GUERRA, S. **Teoria do Estado Regulador.** Curitiba: Juruá, 2015. p. 333-379.

FURTADO, L. R. **Curso de Direito Administrativo. 5ª Edição revista e atualizada.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JUSTEN FILHO, M. Curso de Direito Administrativo. In: _____ **Tipos de Atividade Administrativa: Serviço Público.** [S.l.]: Revista dos Tribunais, 2014. p. 727-871.

LOUREIRO, L. G. K. **Constituição, energia e setor elétrico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

MATTOS, P. T. L. A formação do estado regulador. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, v. 76, p. 139 - 156, Nov. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 15 2018.

MELLO, C. A. B. D. Capítulo XI - Serviço público e obra pública. In: _____ **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. [S.l.]: Malheiros Editores, 2009.

MENEGAT, F. **Autorizações administrativas regulatórias: a evolução do Direito Administrativo e a mutação das autorizações nos setores de infraestrutura**. Dissertação (Dissertação em direito) - Universidade Federal do Paraná. Paraná. 2015.

MOREIRA NETO, D. D. F. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 12 mai. 2018.

MOREIRA NETO, D. D. F.; FREITAS, R. V. D. **A nova regulação portuária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOREIRA, E. B. Autorizações e contratos de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia-RDPE**, jul. 2010.

MTPA. PARECER n. 00363/2018/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, 2018.

NADER, P. Introdução ao estudo do direito. In: _____ **Capítulo 32 – FATO JURÍDICO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO**. Rio de Janeiro: FORENSE, 2014. p. 300-307.

PIETRO, M. S. Z. D. **Parcerias na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

PINTO, C. A. D. M. Teoria Geral do Direito Civil. In: _____ **6. Direito Público e Direito Privado**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 36-44.

PLANALTO. Exposição de motivos da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro 2012. **PLANALTO**, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Mpv/595.htm>. Acesso em: 6 abr. 2018.

POMPEU, C. T. **Autorização Administrativa. 3ª Edição revista atualizada e ampliada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RODRIGUÊS, I. D. O. C. Evolução histórico-jurídica do regime de exploração de portos no Brasil e o regime da Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Direito Público**, jul./set. 2012. 145-215.

SCHIMIDT, G. R. Uma proposta de releitura da ordem econômica na Constituição de 1988. In: GUERRA, S. **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 215-236.

SCHIRATO, V. R. **A noção de serviço público em regime de competição**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito). São Paulo. 2011.

STF. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 139. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 13/02/2014. **STF**, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2607867>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

SUNDFELD, C. A. A Regulação das Telecomunicações: papel atual e tendências futuras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, nov/dez 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 maio 2018.

TÁCITO, C. O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 1-10, out. 1995. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46612>>. Acesso em: 03 Abr. 2018.

TORRES, M. A. Serviço Público Líquido - A lógica residual no Estado Regulador. In: GUERRA, S. **Teoria do Estado Regulador**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 273-302.

UDERMAN, S.; ROCHA, C. H.; CAVALCANTE, L. R. Modernização do sistema portuário no Brasil: uma proposta metodológica. **J. Transp. Lit.**, Manaus, 6, n. 1, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312012000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2018.