



FERNANDA ESPINOLA CATRAMBY

**A REGULAÇÃO DOS PORTOS NO BRASIL: UMA
ANÁLISE DA NOVA LEI Nº 12.1815, DE 2013, DE 5 DE
JUNHO**

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) em Ciências Jurídico-Políticas,
Menção em Direito Administrativo, sob a orientação da Professora Doutora Suzana Tavares da
Silva*

Coimbra, 2016





FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

FERNANDA ESPINOLA CATRAMBY

**REGULAÇÃO DOS PORTOS NO BRASIL: UMA
ANÁLISE DA LEI Nº 12.815 DE 5 DE JUNHO DE
2013**

**REGULATION OF PORTS IN BRAZIL: A
ANALYSIS OF LAW No. 12815 OF 5 JUNE, 2013**

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas
/Menção em Direito Administrativo,
apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra*

*Orientadora: Professora Doutora Suzana
Tavares da Silva*

Julho, 2016

RESUMO

Os portos brasileiros hoje são responsáveis por 95% (noventa e cinco por cento) do fluxo de comércio exterior do país, o que demonstra a importância estratégica desse setor. Para fazer frente às necessidades ensejadas pela expansão da economia brasileira foi publicado em 5 de junho de 2013 a Lei nº 12.815, designada como a “Nova Lei dos Portos Brasileira” Essa nova lei ainda muito recente demanda um árduo processo hermenêutico que desafia aos intérpretes da norma a traçarem balizas axiológicas para a sua implementação. A nova lei introduz um novo marco regulatório para o setor portuário brasileiro a fim de fomentar a criação de um ambiente concorrencial intra e extra portos, com vista a contribuir para o aporte de investimentos privados na modernização da infraestrutura portuária. Para tanto, tornar-se importante aprimorá-lo, a fim de garantir maior segurança jurídica e, sobretudo, maior competição no setor. Nesse sentido, é fundamental a criação de um ambiente regulatório estável, neutro e imune às influências políticas com vistas à atração de investimentos da iniciativa privada na revitalização e na ampliação da infraestrutura portuária brasileira, visto que o desenvolvimento econômico do Brasil depende do incremento desse setor. Com a edição desse diploma, a exploração da infraestrutura portuária foi concretizada por instrumentos públicos e por atos de outorga para a exploração de uma atividade econômica de relevante interesse público, mas para que essa dualidade de regimes jurídicos contribua para o desenvolvimento do setor é indispensável a sua estabilidade regulatória.

PALAVRAS CHAVES: Regulação dos Portos no Brasil – Novo Marco Regulatório para o Setor Portuário Brasileiro – Análise da Lei nº 12.815 de 2013, de 5 de junho – Infraestrutura Portuária – Exploração Portuária

ABSTRACT

Brazilian ports now account for 95% (ninety five percent) of the flow of foreign trade of the country, which demonstrates the strategic importance of this sector. To meet the expanding needs of the Brazilian economy was published on June 5, 2013, Law number 12.815, known as the New Law of the Brazilian Ports. This new law still very recent demand hard hermeneutical process that challenges the interpreters of the standard establish axiological beacons for their implementation. The new law introduces a new regulatory framework for the brazilian port sector in order to foster the creation of a competitive environment intra and extra ports in order to contribute to the contribution of private investment in the modernization of port infrastructure. Therefore, it become important to improve it in order to ensure greater legal certainty and, above all, increased competition in the sector. In this sense, the creation of a stable regulatory environment, neutral and immune to political influence with a view to attract investments from the private sector in the revitalization and expansion of Brazil's port infrastructure is crucial, since the economic development of Brazil depends on the growth of this sector. With the enactment of this law, the exploitation of the port infrastructure was concretized by public instruments and acts of concession for the exploitation of an economic activity within the public interest, but that this duality of legal systems contribute to the development of the sector is essential to its regulatory stability.

KEY-WORDS: Ports regulation in Brazil – New Regulatory Framework for the Brazilian Port Sector – Analysis of Law Number 12. 815 of June 5, 2013 – Port Infrastructure – Port Operation

SIGLAS E ABREVIATURAS

AIR – Análise de Impacto Regulatório

ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários

CAP – Conselho de Autoridade Portuária

CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal

CADE – Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

OCDE – Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PPPs – Parcerias Público-Privadas

SEP – Secretaria Especial de Portos

SUP – Serviço do Patrimônio da União

ÍNDICE

1 - Introdução.....	1
2 – UM BREVE PANORAMA GERAL DA LEI Nº 12.815 DE 2013, DE 5 DE JUNHO.....	4
3- REGULAÇÃO DAS INFRAESTRUTURAS PORTUÁRIAS.....	5
3.1. Um panorama geral da regulação das infraestruturas	5
3.1.1. Surgimento do Estado regulador e de garantia e a reconfiguração das responsabilidades das públicas.....	5
3.2. A Regulação das Infraestruturas e do Setor Portuário Brasileiro.....	10
3.2.1 A regulação por contrato do setor portuário brasileiro.....	16
3.3. Os modelos contratuais de gestão e de exploração dos portos e instalações portuárias no Brasil e o novo marco regulatório	20
3.3.1. A exploração privada dos portos na Constituição da República Federativa do Brasil e algumas controvérsias	20
3.3.2. A poligonal do porto organizado como fundamento que define a natureza jurídica da exploração	27
3.3.3. Os títulos habilitantes para a exploração portuária.....	30
3.3.4. A concessão do porto organizado.....	30
3.3.5. Arrendamento de instalações portuárias.....	36
3.3.6. As autorizações	38
3.3.7. Proposta de aplicação das parcerias público privadas no setor portuário Brasileiro.	42
3.4. A regulação por agência do setor portuário brasileiro.....	48
4- AGÊNCIA REGULADORA PORTUÁRIA BRASILEIRA	50
4.1. Algumas notas sobre as agências reguladoras brasileiras	50
4.1.1. Os novos contornos do Estado e o surgimento das agências reguladoras	50
4.1.2. Estrutura jurídica das agências reguladoras	51
4.1.3. Diferentes atividades das agências reguladoras	54
4.1.4. Tipos de controle das atividades das agências reguladoras – Executivo, Legislativo, Judiciário e Social	59
4.2. A agência reguladora portuária Brasileira e novo marco regulatório.....	65
4.2.1. Transferência da função de poder concedente da ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) para a SEP (Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República)	65
4.2.2. Novo marco regulatório e o problema da subordinação entre a ANTAQ e a SEP....	66
5 - UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO FERRAMENTA PARA A HARMONIZAÇÃO ENTRE AS POLÍTICAS DE	

GOVERNO E A COMPETÊNCIA TÉCNICA DA AGÊNCIA REGULADORA PORTUÁRIA BRASILEIRA.....	74
5.1. Análise do impacto regulatório e seus benefícios para a regulação setorial	74
5.1.1. Definição de AIR	74
5.1.2. Benefícios da AIR	76
5.1.3. Controle político dos agentes reguladores por intermédio da AIR e sua utilização no setor portuário	77
6- REGULAÇÃO TARIFÁRIA DO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO.....	79
7- CONCLUSÃO	85
8 - BIBLIOGRAFIA.....	89
ANEXOS	97
Anexo I - LEI Nº 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013	98

1 - Introdução

A globalização e a intensificação do comércio mundial vêm exigindo profundas alterações no setor portuário global e requer cada vez mais dos países um intenso e acelerado processo de modernização e expansão dos portos, eis que a eficiência deles é fator imprescindível para o desenvolvimento econômico dos países.

No Brasil, o setor portuário tem especial importância já que 95% do comércio nacional vêm sendo realizado por meio de portos, isso significa que a participação deste país nos fluxos econômicos mundiais depende em grande medida da sua infraestrutura e logística portuária¹.

A atividade portuária nacional compreende um centro de negócios composto por diversos setores da economia, como o agronegócio, mineração e o transporte de carga em geral de vultoso valor agregado, sendo o seu principal mercado o de exportação de granéis que depende principalmente da infraestrutura dos portos e terrestre para o seu progresso e expansão². Significa que o desenvolvimento econômico do Brasil está intrinsecamente ligado as infraestruturas aquaviária e terrestre.

Contudo, mesmo com a incontestável importância desse setor, este ainda apresenta sérias deficiências, principalmente com relação às vias de acesso que ligam os portos aos diversos sistemas modais, bem como falhas dos serviços e de gestão, que prejudicam de sobremaneira o desenvolvimento dessa atividade.

Atualmente o conceito de porto é tridimensional: lugar de abrigo de embarcações, intercâmbio de meios de transporte e espaço de prestações de atividades econômicas, recreativas e comerciais³. Além disso, o porto pertence ao Estado e necessita de um regime jurídico especial.

Nesse sentido, esse setor tem como maior desafio o aumento da sua eficiência. Para tanto, exige-se melhorias nas suas infraestruturas através de investimentos de modernização não só nas áreas designadas como “porto”, em sentido estrito, mas, também, todo o conjunto de instalações localizadas ao seu redor, como armazéns, entrepostos aduaneiros e vias de acesso.

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado», In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pag. 76.

² *Ibidem*, pag. 77.

³ MARTÍNEZ, Ignacio, Arroy, *Compendio De Derecho Marítimo*, 3ª Edição, Editora Tecnos, Madrid, 2009, pag. 85.

Sendo assim, almejando à melhoria deste setor, foi publicada no Brasil a Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013, designada como “A Nova Lei dos Portos”. Trata-se no fundo da publicação de um novo marco regulatório para o setor portuário que visa à modernização e ampliação da sua infraestrutura bem como a redução dos seus custos operacionais.

É justamente esse novo cenário de mudanças expressivas nesse setor que iremos tratar no presente trabalho. Nossa proposta é demonstrar e analisar o novo desenho institucional do setor portuário brasileiro, questionando-se a sua validade, apontando as suas modificações e propondo, em certos casos, a aplicação de instrumentos jurídicos visando trazer benéficos para o mesmo.

Inicialmente, traçaremos um panorama geral da Nova Lei dos Portos Brasileira, onde indicaremos as principais modificações trazidas por ela.

Após, iremos tecer alguns comentários acerca da reconfiguração das funções públicas e o surgimento do Estado Regulador ou de Garantia, no qual há transferência da titularidade de prestação dos serviços públicos para a sociedade. Em seguida, abordaremos como se dá e qual a importância da regulação dos setores infraestruturais, para, então, falarmos sobre a regulação das infraestruturas de setor portuário brasileiro.

Seguidamente, vamos abordar o modelo de regulação adotado para esse setor, onde se destacam a regulação por contrato e a regulação por agência reguladora.

Comentaremos, também, os modelos contratuais de gestão e exploração dos portos e instalações portuárias no Brasil. Para em seguida tratarmos dos títulos habilitantes para a exploração portuária, como os contratos de concessão, arrendamento e autorização portuários. Iremos, ainda, sugerir a adoção das Parceiras Público-Privadas (PPPs), que não são aplicadas nesse setor, mas que poderiam gerar inúmeros benefícios para o seu desenvolvimento, eis que em momentos de recursos financeiros públicos escassos, esse tipo de parceira poderia vir a atrair cada vez mais o capital privado, possibilitando, assim, a reforma e modernização das infraestruturas portuárias, pois gera mais garantias e segurança jurídica ao parceiro privado.

Logo depois, iremos fazer alguns comentários acerca das agências reguladoras brasileiras, como suas características e tipos de controle, para posteriormente abordamos especificamente sobre a Agência Reguladora Nacional de Transporte Aquaviário e o novo marco regulatório do setor onde estão em causa a problemática da captura regulatória política pelo Poder Concedente a esta que prejudica drasticamente a regulação setorial.

Após, iremos sugerir a adoção da Análise de Impacto Regulatório como uma ferramenta jurídica e econômica disponível para a harmonização entre as políticas de governo e a competência técnica das agências reguladoras, eis que melhora a aderência do regulador às diretrizes políticas do setor e que possibilitam um melhor controle político exercido pelo Governo Central.

Nesse sentido, demonstraremos, também, como é feita a regulação tarifária do setor portuário, já que o porto dispõe de uma série de facilidades físicas e uma série de serviços prestados que necessitam de manutenção e que geram vultoso gastos para o mesmo, sendo necessário, nesse sentido, a cobrança de tarifas dos seus usuários que possibilitam a melhoria desses serviços.

Finalizaremos apresentando conclusões objetivas e prospectivas acerca do Novo Marco Regulatório do Setor Portuário Brasileiro.

2 – UM BREVE PANORAMA GERAL DA LEI Nº 12.815 DE 2013, DE 5 DE JUNHO

Com a conversão em lei da Medida Provisória nº 595 de 6 de dezembro de 2012, foi publicado no Brasil em 5 de junho de 2013 a Lei nº 12.815, denominada como a “Nova Lei dos Portos Brasileira”. Esse novo diploma legislativo significa um enorme avanço para este setor, já que trouxe uma série de mudanças significativas que são de suma importância para o seu crescimento, modernização e expansão.

A nova lei inaugura uma nova fase para o setor portuário brasileiro e um novo marco regulatório, trazendo inovações dignas de nota e que serão destacadas nesse trabalho. Por ora, devemos enfatizar que a recente legislação almeja sem dúvidas o crescimento do setor, através da ampliação das infraestruturas portuárias, tanto intra e inter portos, bem como uma modernização tecnológica e da gestão portuária, que permita um aumento da movimentação de cargas com redução dos custos. Além disso, em tempos de crise financeira, e de escassez de recursos estatais, essa inovação legislativa pode ser uma ferramenta importante para atrair e estimular cada vez mais investimentos privados, importantíssimos para o incremento do setor.

A nova lei sana algumas dúvidas e discussões que se tinham no passado, principalmente com relação aos terminais privados, pois extingue os conceitos de “carga própria” e “carga de terceiros” no âmbito dos terminais privativos de uso misto, permitindo às instalações portuárias liberdade para movimentar cargas de qualquer titularidade ou natureza. Ambas as modalidades serão englobadas agora sob a designação de “terminal privado”, que é definida pela nova lei como a instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado. Isso significa que os terminais de uso privado só poderão exercer suas atividades fora da área denominada de porto organizado, já que dentro do poligonal só poderão existir terminais arrendados ou explorados mediante concessão, conforme o artigo 1º, parágrafo 1º da nova lei.

Com o estabelecimento dessas novas balizas, a lei acaba por clarificar a assimetria regulatória da exploração da infraestrutura portuária, na medida em que disciplina, de forma distinta, o regime jurídico dos prestadores de serviços públicos – arrendatários e concessionários – e o dos prestadores de atividade econômica em sentido estrito – autorizatários.

Com relação à nova designação de “porto organizado”, a lei em seu artigo 2º, inciso II, delega ao Poder Executivo a regulamentação desta área, ocorre que até o presente momento a normatização não foi editada. Em seu artigo 2º, I, a lei inova definindo “porto organizado” como “bem público”, construído e aparelhado para atender a necessidade de navegação e movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias.

Para mais, o novo marco regulatório estabelece que a função de Poder Concedente, que antes era exercido pela ANTAQ (Agência Reguladora), é transferida para a Secretaria Especial de Portos (SEP), órgão que exerce a função de assessoramento da Presidência da República na formulação de políticas e diretrizes para o setor, sendo direta e imediatamente subordinada a esta.

Por fim, em 27 de junho de 2013 foi publicado o Decreto Lei nº 8.033 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. Porém, esse Decreto, como dito acima, não delimitou o que venha a ser “porto organizado”, o que sem dúvida gera insegurança jurídica para este setor.

3- REGULAÇÃO DAS INFRAESTRUTURAS PORTUÁRIAS

3.1. Um panorama geral da regulação das infraestruturas

3.1.1. Surgimento do Estado regulador e de garantia e a reconfiguração das responsabilidades das públicas

Com a ascensão do Estado Social ou Intervencionista verificou-se um grande aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas e prestadas diretamente pela máquina estatal. Todavia, essa participação e intervenção direta do Estado sofre um refluxo a partir da década de oitenta do século passado, em razão do elevado déficit fiscal decorrentes de anos de investimentos não lucrativos, somados ao desaparecimento do socialismo real como possível modelo alternativo ao capitalismo, e o predomínio de governos de ideologia neoliberais, com destaque para os Estados Unidos e Reino Unido que levaram a uma profunda crise desse modelo estatal⁴.

⁴ ARAGÃO, Alexandre, Santos De, *Direito dos Serviços Públicos*, 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pag. 43.

Com o tempo, ficou cada vez mais difícil para o Estado Social manter determinadas atividades titularizadas e prestadas diretamente por ele, pois os recursos financeiros tornaram-se escassos, já que a sua responsabilidade social era máxima, o que acabou prejudicando e inviabilizando investimentos financeiros e de modernização nessas atividades.

Nesse cenário, para evitar a bancarrota total do Estado, só havia um remédio, reduzir drasticamente a máquina estatal e os gastos públicos, desideratos que se obtém mediante a externalização dos fins estaduais (estímulo ou indução dos privados para a prossecução das atividades públicas) e a privatização das tarefas públicas⁵.

Sobrevindos daí os processos de privatização material⁶ e liberalização⁷ das tarefas públicas, sobre as quais anteriormente o Estado possuía real capacidade de ingerência, mas que ao reconhecer a sua falência transfere essa titularidade pública para a sociedade.

Como decorrência desse processo, o Estado passa a assumir uma nova obrigação, qual seja, de assegurar ou garantir o exercício efetivo da atividade prestada, agora, pelo particular, por meio de determinações, orientações ou obrigações, atribuindo à Administração Pública uma nova competência de programação e de orientação da entidade privada a quem foi confiado o exercício da tarefa pública⁸.

Nesse processo, o Estado acaba afastando-se gradativamente do modelo tradicional de administração pública prestacional, com responsabilidade de execução, para um modelo de administração garantidora ou controladora, sobretudo dos serviços públicos econômicos, que ora serão prestados pelos privados. A responsabilidade de execução, portanto, desaparece ou é atenuada, sendo substituída por uma responsabilidade de garantia da prestação, ou em certos casos, por uma mera responsabilidade de controle ou de fiscalização⁹.

Deste modo, mais leve e menos inchada, a máquina pública passa a concentrar-se na tarefa de regular, fiscalizar e sancionar, não tendo mais a função de prestar e de

⁵ GONÇALVES, Pedro, *A Concessão De Serviços Públicos*, Editora Almedina, Coimbra, 1999, pag. 8.

⁶ Sobre o conceito polissêmico de privatização confira-se TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?*, Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pag. 47.

⁷ Sobre o fim dos exclusivos monopólios públicos na prestação dos serviços públicos veja: CALVÃO DA SILVA, Mercado e Estado, *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2006, pag. 32.

⁸ GONÇALVES, Pedro, *A Concessão De Serviços Públicos...*, pag. 10. No mesmo sentido, vide: OTERO, Paulo, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», In *Os Caminhos Da Privatização Da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pag. 41.

⁹ GONÇALVES, Pedro, *A Concessão De Serviços Públicos...*, pags. 9 e 10.

praticar a gestão cada vez mais exigente de serviços públicos de variada natureza¹⁰. E mais leve, significa que o Estado poderá concentrar seus esforços e seus recursos para que seja mais eficiente em suas próprias tarefas governativas, reduzindo os custos para a sociedade.

Logo, não era suficiente apenas privatizar as empresas, era também necessário alterar o modelo de regulação, de uma sistema fechado, de monopólios, para um modelo de regulação que viabilizasse a competição, aberto, sem direitos de exclusividade à exploração e ao acesso às infraestruturas comuns e uma base de compensação em preços, presidido por livre iniciativa¹¹.

Dessa forma, melhor seria desafogar o Estado de tarefas e responsabilidades desnecessárias, transferindo-se ao mercado e a iniciativa privada tudo o que eles faziam melhor, como financiar, construir e gerir atividades econômicas, incluindo infraestruturas, já que em muitos casos, essas atividades poderiam e deveriam se desenvolver sob a perspectiva e regras do mercado competitivo em regime de concorrência¹².

Assim sendo, o Estado passa a assumir novas formas de intervenção na economia, deixando de ser direta – como um agente econômico ou prestador de serviços públicos – para a uma intervenção indireta, como um Estado Regulador ou Garantidor de uma economia submetida cada vez mais às regras do mercado.

Sem embargo, nesse mesmo período, associados à necessidade de prestação de serviços públicos mais eficientes e menos burocráticos surgem idéias de reforma e modernização administrativa, o *New Public Management*, que propõe a introdução de métodos de natureza empresarial, ou melhor, a adoção de modelos de gestão tipicamente privados como forma de melhorar o desempenho e a qualidade da Administração Pública.

Um das características do direito administrativo tradicional, é como acentua Suzana Tavares da Silva, a nota orgânica, ou seja, o fato de a função administrativa

¹⁰ Com o “enxugamento” da estrutura do Estado, poderá ele se dedicar aos setores que, embora não atrativos à iniciativa privada, são indispensáveis ao atendimento da sociedade, obtendo remuneração e reduzindo gastos com empresas deficitárias ou com a gestão deficitária de recursos públicos que podem ser direcionados para a saúde, educação e para as atividades de poder de polícia, segurança e arrecadação. SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*, 3ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003, pag. 149.

¹¹ ORTIZ, Gaspar, Ariño, «Privatización, Liberalización y Desregulación: Balance De Um Processo (1989-2010)», In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, nº 47, ano 12, Belo Horizonte, outubro/dezembro 2014, pag. 10.

¹² *Ibidem*, pag. 29.

corresponder, tradicionalmente, à atividade desenvolvida por um conjunto de entidades públicas, constituídas por diferentes órgãos, que dão corpo à Administração em sentido organizatório. A forma de funcionamento desse aparato administrativo constituía matérias do foro da ciência da administração, que se regia por regras bem distintas das que se aplicavam as organizações privadas¹³.

No entanto, nas mesmas décadas de 80 e 90 iniciou-se um processo de reforma da estrutura administrativa, relacionadas aos seus aspectos orgânicos e funcionais que ficou conhecido como *New Public Management*. Significou uma profunda reforma no seio das atividades da Administração Pública, que tendo como base o princípio da eficiência, buscou reservar para a Administração apenas as funções do núcleo típico da atividade de Estado, privatizando as de carácter tipicamente econômico.

Todo esse processo deu origem ao que chamamos de empresarialização da Administração Pública, que significou numa aproximação do modo de funcionamento desta aos parâmetros privados empresariais, introduzindo novos critérios balizadores na prestação da atividade pública, como gestão por objetivos, avaliação de desempenho (estabelecimento de standards), controle de produtividade, preocupação com o cidadão utuente e o desmantelamento das grandes estruturas burocráticas¹⁴.

Além disso, o serviço público¹⁵ numa concepção tradicional era gerido sob a lógica de monopólios naturais públicos, ou seja, eram aqueles prestados a partir de infraestruturas que não poderiam ser duplicadas em razão da inviabilidade técnica ou econômica que não permitiam a presença de mais de um prestador. Diante dessa inviabilidade os serviços públicos eram prestados diretamente por empresas estatais¹⁶.

Com efeito, o incremento tecnológico e sob a influência da globalização tais atividades foram desverticalizadas, com a segmentação da gestão de sua infraestrutura e a prestação do serviço público propriamente dito.

Quer dizer, o desenvolvimento tecnológico acabou por possibilitar a separação entre a rede e os serviços, permitindo, com isso, a concorrência e o livre acesso de terceiros às redes públicas. Esse fracionamento, portanto, acaba por desonerar a

¹³ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?...*, pag. 46 e 47.

¹⁴ *Ibidem*, pag. 46. Sobre a empresarialização da Administração Pública veja: CALVÃO DA SILVA, Mercado e Estado..., pag. 35.

¹⁵ Sobre a definição de serviços públicos, confira-se: SOUTO, Marco Juruena Villela, *Direito Administrativo das Concessões...*, pag. 9. Sobre a visão clássica francesa de serviços públicos confira-se: QUADROS, Fausto, «Serviço Público e Direito Comunitário», In *Os Caminhos Da Privatização Da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pag. 281.

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015, pag. 66.

Administração Pública de prestar os serviços públicos que são agora liberalizados. Passando o Estado a exercer a função de garantidor da rede, investido em competências especiais de regulação.

Tais atividades passam a ser qualificadas como atividades privadas com obrigações de serviço público ou serviços econômicos essenciais. Todo esse processo de liberalização das redes públicas é inspirado no modelo norte-americano das *public utilities*, conceito aplicável às atividades exploradas pelas designadas indústrias de rede¹⁷.

Logo, o fato das empresas privadas satisfazerem agora as necessidades coletivas básicas determina que elas estejam sujeitas a uma regulação pública (*public utility regulations*), em cujos termos ficam vinculadas a observar obrigações impostas unilateralmente pelas autoridades reguladoras. Assim, com a segmentação da gestão da infraestrutura e da prestação do serviço passou-se a considerar os serviços públicos como uma atividade econômica em sentido amplo, o que permitiu a promoção da concorrência em diversos dos seus segmentos. Ou seja, a superação da ideia de exclusividade na prestação do serviço público estimulou o fomento à instituição da concorrência nessas atividades¹⁸.

Dessa forma, a maior transformação neste cenário foi sem dúvida a possibilidade de competição em um mesmo serviço com distintas incidências regulatórias, ou seja, com a concomitância entre prestadores sujeitos ao regime público e ao regime privado, ainda que ambos subordinados a restrições de acesso para a exploração da atividade (necessidade de prévia licença, concessão, permissão ou autorização, conforme o caso)¹⁹.

Essa diversidade de regimes jurídicos caracteriza-se, assim, pelo estabelecimento de uma assimetria regulatória, assim caracterizada pela distinção de atividades, onde se aplica uma maior ou menor dose de concorrência de acordo com as peculiaridades de cada uma delas²⁰.

¹⁷ GONÇALVES, Pedro, *A Concessão De Serviços Públicos...*, pags. 18 e 19.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 66.

¹⁹ MARQUES NETO, Floriano De Azevedo, «A Nova Regulação Dos Serviços Públicos», In *Revista Eletrônica De Direito Econômico*, Nº 1, Salvador, 2005, pag. 11. Disponível em: https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/145927/mod_resource/content/1/A%20nova%20regulame%20nta%20C3%A7%20C3%A3o%20dos%20servi%20C3%A7os%20p%20C3%BAblicos.pdf. Consulta em 05/05/2016.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre, Santos De, *Direito dos Serviços Públicos...*, pag. 434.

Nesse sentido, o resultado de todo esse processo de transformação que acabamos de descrever cifrou-se na definição de um novo paradigma de relacionamento entre o Estado e a Sociedade, baseado num ideário de “partilha de responsabilidades” e de “cooperação” ou de “coordenação” para a realização dos interesses coletivos. A retração do Estado revelou, na verdade, um reforço do papel da Sociedade e do Mercado, que não significou o descumprimento das responsabilidades estadual, visto que permanece o princípio de continuidade das responsabilidades públicas²¹.

Esse novo modelo traduz, portanto, o resultado de uma interação e de uma partilha otimizada de tarefas e de responsabilidades públicas entre duas polaridades (Estado e Sociedade) onde se rejeita a tendência totalitária e excludente em que se centravam o Estado. O novo grau ou patamar da responsabilidade pública de garantia procura agora promover uma articulação entre esses dois pólos, de modo a preservar a racionalidade inerente de cada uma delas aproveitando suas respectivas vantagens.

3.2. A Regulação das Infraestruturas e do Setor Portuário Brasileiro

O direito administrativo, nessa ótica, passa a revelar-se em um direito da regulação. Ou seja, a regulação e o direito da regulação surgem como esquemas de compensação do recuo do Estado, na sequência do processo de privatização e do abandono direito do fornecimento de serviços públicos. Como se sabe a atividade regulatória exterioriza-se através de várias formas e utiliza-se de múltiplos instrumentos, em que se enquadram o estabelecimento de regras gerais e abstratas, como atos legislativos e regulamentos da Administração Pública reguladora, bem como atos próprios da função administrativa, como decisões administrativas, contratos, operações materiais e atos formais²².

Nesse sentido, no desempenho da sua incumbência de regulação, um instrumento fundamental do Estado de Garantia consiste na edição de regras que vão moldar ou limitar a atuação dos agentes de Mercado. Haverá, portanto, duas categorias de regras, as de base ou transversais, que se aplicam indistintamente a todos os setores

²¹ GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pag. 53.

²² *Ibidem*, pag. 78.

da economia e logo a todo o Mercado e, as regras de caráter setorial, refletidas em função do particularismo de um determinado setor da economia²³.

Por esse ângulo, no direito brasileiro convivem duas espécies de regulação estatal, a regulação geral, na qual se insere o direito da concorrência e a defesa do consumidor e a regulação setorial, na qual se inserem as agências reguladoras. Mesmo ambas tendo um mesmo objetivo, de regular o mercado, há diferenças substanciais entre os dois modelos de atuação. Essa diferenciação se dá porque o regulador setorial visa a implantar determinadas condições de mercado em um específico setor da economia para assegurar a qualidade na prestação dos serviços públicos. Trata-se na verdade de buscar e garantir a melhor articulação entre os interesses do Estado, dos particulares e dos usuários no ambiente econômico dos serviços públicos. Já a atuação do regulador geral, no caso o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), tem o escopo bastante diverso. O objeto de tutela direto e imediato é a defesa a concorrência, seja através da repressão de comportamentos abusivos, seja através do controle de atos de concentração que possam gerar efeitos danosos à concorrência²⁴.

Nessa lógica, às agências reguladoras reserva-se aquilo que é pertinente à estruturação do mercado e ao CADE reservam-se as questões atinentes à concorrência numa perspectiva ampla. Portanto, o atingimento dos objetivos da intervenção estatal depende nesses casos da articulação entre as autoridades com competências regulatórias em sentido estrito e as dotadas de atribuição de defesa da concorrência, sendo por óbvio necessário uma articulação entre ambas.

O que define a roupagem da regulação, se apenas geral ou se setorial e geral, são as características do mercado, o comportamento dos seus agentes e os interesses públicos em jogo. Sendo assim, iremos trabalhar no presente trabalho as regras setoriais pertinentes ao setor portuário brasileiro, onde está em causa a regulação das infraestruturas em rede, devido à importância que hoje esse segmento apresenta quando temos em conta o desenvolvimento econômico de uma Nação.

Abordaremos, portanto, como ocorre e porque da importância da regulação das infraestruturas portuárias, tendo em vista que elas integram o domínio público infraestrutural, cuja identificação obedece a um critério funcional.

²³ GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante...*, pag. 79 e 80.

²⁴ GUIMARÃES, Bernado; Strobel, KATO; Mariana, Almeida, «Arrendamentos Públicos, Licitações, Proteção à Concorrência e o Direito dos Arrendatários», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 200 e 201.

São bens que, sendo composto por diversos elementos, se encontram sujeitos ao domínio público por referência ao todo. E, quando aludimos ao domínio público infraestrutural deparamos com um objeto em rede, justamente caracterizada pela composição por diversos elementos dotados de uma organização em vista do cumprimento de uma finalidade determinada, finalidade essa que, no caso das redes públicas, corresponde ao desenvolvimento de uma atividade tradicionalmente identificada como de prestação de um serviço público, mediante oferta de prestações tendencialmente homogêneas a uma pluralidade de utilizadores, de relevância não despreciada para o funcionamento do sistema econômico ou sócio-econômico²⁵.

Os setores infraestruturais, nessa continuidade, são essenciais para o desenvolvimento da vida, eis que deles depende a conservação das condições mínimas de sobrevivência e de bem-estar da sociedade. Isso significa que o desenvolvimento social depende, em grande medida, do incremento desses setores, posto que será através deles que vamos aferir os indicadores de desenvolvimento de uma comunidade.

As infraestruturas, como dito acima, caracterizam-se por um organismo em rede, onde são estabelecidas as plataformas físicas a partir das quais os serviços infraestruturais são prestados à sociedade de forma interligada, entrelaçada e ramificada por todo o território nacional. Significa, portanto, que as suas utilidades e funcionalidades são geridas a partir da conexão física entre todos os bens que compõem a infraestrutura em rede, formando um todo unitário e indissociável. Logo, a simples instalação da plataforma física para a prestação de serviços infraestruturais tem pouco uso se não existir uma conexão em rede²⁶.

Da mesma forma, os serviços de transporte aquaviário, por exemplo, prestam-se à sua finalidade de prover a locomoção de pessoas e bens, se estiverem interligadas de forma uma a outras vias de acesso e linhas ao longo do espaço terrestres. Nesse sentido, a utilidade dos bens que compõem as infraestruturais é tanto maior quanto mais interligada e capitalizada for à rede, limitando-se a entrada no mercado de novos agentes econômicos, devido inviabilidade física, técnica ou econômica. Assim, os

²⁵ MONIZ, Ana Raquel, «Considerações Sobre o Domínio Público Portuário: Em Especial, As Concessões», In *Os Novos Desafios Da Política Portuária*, Editora Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pag. 88.

²⁶ MORENO, Natália, De Almeida, *Smart Grids, Modelagem Regulatória de Infraestruturas*, Synergia Editora, Rio de Janeiro, 2015, pags. 6 e 7.

operadores econômicos ficam condicionados à existência e aos requisitos de acesso à rede, em vez de livres para operarem sob as normas de mercado e da concorrência²⁷.

A rede, como um todo indissolúvel, deve ser operada de forma una, sem que ocorra a fragmentação dos seus componentes sob pena de haver a perda de sua funcionalidade.

Nesse ponto de vista, como acentua Natalia Moreno, os componentes e agentes econômicos que compõem e atuam na rede, são interdependentes entre si e, as ações e falhas ou melhorias em cada uma de suas partes têm o potencial de impactar substancialmente no todo. Fazendo-se necessário, portanto, uma gestão sistêmica e integrada de toda a rede, traduzindo-se na necessidade de se estabelecerem regras e parâmetros de conduta comuns a todos os operadores econômicos que operam a rede em prol da boa operação do sistema²⁸.

A organização em rede pressupõe, portanto, que os investimentos realizados na aquisição de bens fiquem imobilizados no momento em que tais bens passam a integrar o todo. Ou seja, a partir do momento em que os bens passam a integrar a estrutura em rede torna-se inviável a sua locomoção, por exemplo, para outro local, não restando outra alternativa ao investidor senão recuperar os seus investimentos por meio da operação e exploração daquela específica infraestrutura. Por isso, as atividades dos setores de infraestruturas portuários têm por características particulares a elevada escala, integração, indivisibilidade, ou seja, a necessidade de construção de extensas redes estruturais e o alto custo fixo de instalação, o que as denota vultosos investimentos em tecnologia e demanda profissionais qualificados para a sua operação e gestão²⁹.

Não há como negar nesse sentido, que os investimentos realizados para instalação, gestão e manutenção da rede são de altíssimo custo e necessitam um grande esforço para a sua expansão, seja porque tais setores se colocam na fronteira do progresso tecnológico e se caracterizam pela rápida sucessão das gerações tecnológicas, o que impõe substanciais e contínuas inversões em aquisição de materiais de alto valor agregado e em pesquisa e desenvolvimento. Logo, os custos inerentes à implementação das bases materiais por meio das quais se desenvolvem os serviços infraestruturais,

²⁷ MORENO, Natália, De Almeida, *Smart Grids, Modelagem Regulatória de Infraestruturas...*, pags. 6 e 7.

²⁸ *Ibidem*, pag. 8.

²⁹ RIBEIRO, Leonardo, Coelho, «O Novo Marco Regulatório dos Portos, Entre Grandes Objetivos e Inadequadas Exigências», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pag. 116.

afigram-se altíssimos e, por isso, demandam grandes espaços de tempo para serem amortizados³⁰.

Por tais razões, esses setores foram tradicionalmente entendidos como monopólios naturais, já que se entendia que o todo poderia ser satisfeito a menor custo por uma única empresa. Assim, os setores infraestruturas se caracterizavam pela figura do operador único, responsável por todas as etapas de produção, já que se entendia que a duplicação da rede mostrava-se pouco econômico. Logo, esse setor era excluído da lógica concorrencial de mercado.

Com relação aos portos, diz-se que um mesmo acidente geográfico não pode comportar dois portos distintos, concorrentes entre si. Eis que a duplicação da infraestrutura demanda custos elevados, os quais são injustificáveis se já existente uma instalação adequada. Nesse sentido, o monopólio seria a melhor saída econômica para esse setor, pois apenas um único explorador da atividade conseguirá custos melhores para ele e para a sociedade que vários outros exploradores menores. A isso se denomina o monopólio natural³¹.

Entretanto, o incremento tecnológico permitiu que as diversas atividades integrantes de alguns serviços infraestruturais fossem fragmentadas, permitindo o aparecimento de uma lógica concorrencial na rede. Desta forma, os avanços tecnológicos e, também, de financiamento possibilitaram o rompimento do paradigma do monopólio natural e a entrada de terceiros na rede e, por consequência a concorrência entre diversos operadores econômicos atuantes nesse segmento.

No setor portuário, a concorrência intraportos, portanto, surge a partir da modernização de suas infraestruturas, permitindo com isso o aparecimento de empresas privadas que passam também a operar dentro do porto. Surgindo, assim, novas instalações e novos terminais, diferentes daqueles arrendados e dos terminais públicos. Um mesmo porto pode abrigar vários terminais privativos, os quais podem atuar na mesma área: granéis, frio, combustíveis e fertilizantes, por exemplo. Pode haver, nesse sentido, a concorrência de um terminal graneleiro com outro, do mesmo setor econômico, entre terminais públicos e privativos. Além disso, pode haver o

³⁰ MORENO, Natália, De Almeida, *Smart Grids, Modelagem Regulatória de Infraestruturas...*, pag. 9.

³¹ MAYER, Giovanna, «Notas Sobre o Regime dos Portos Brasileiros», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pag. 85.

compartilhamento de infraestrutura, ou seja, um mesmo terminal servir para a prestação de serviços de duas ou mais empresas, concorrentes entre si³².

Nesse novo cenário, portanto, passa a ser necessário regular esse setor infraestrutural. Cabendo ao Estado, agora, planejar e eleger as opções e regras nas quais irão se desenvolver as atividades econômicas em rede. Ou melhor, é necessário estabelecer o tipo de organização de mercado e o grau de intervenção do Estado nesses segmentos. Como bem observa Egon Bockmann, quem gerencia portos está a tratar de complexos sistemas econômicos de logística global, já que não está a tratar só de transportes, mas também de linhas de produção, gerenciamento de estoques, armazenagem, custos, informações etc. E o Estado, tendo como base a contemporânea regulação desses sistemas, deverá explorá-lo direta ou indiretamente de forma integrada e sistêmica³³.

Torna-se imprescindível, nesse sentido, ao Estado, definir o tipo de regulação que será aplicada, ou seja, o quadro regulatório setorial, delimitando o perímetro das atividades econômicas que devem ficar submetidas à regulação setorial. Sendo necessário, determinar a titularidade dos bens, o tipo de atividade, se será pública ou privada, ou mista e o grau de concorrência desejada. Descrevendo, quais critérios serão adotados para estabelecer a assimetria regulatória no setor (a atividade, a função, a geografia, se será uma regulação de comando e controle ou de performance e resultados, dentre outros). Trata-se, em suma, de compor um regime jurídico-institucional adequado ao bom funcionamento do sistema regulatório setorial.

Significa que a modelo de regulação definida para o setor incumbe-se de fixar as opções fundamentais em termos de financiamento e técnico, definindo, de um lado, as condições de captação, realização e amortização de investimentos no setor, a maior ou menor liberdade de fixação de preços por parte do agente econômico, os formatos e limites eventuais à percepção de receitas pelo operados, enfim, a divisão e a gestão dos custos, ganhos e riscos entre o Estado e o Mercado. De outro lado, as especificações e requisitos técnicos dos serviços, que ao mesmo tempo permitem a entrada de agentes econômicos, qualidade e eficiência dos bens e serviços ofertados, em opções quanto ao

³² MAYER, Giovanna, «Notas Sobre o Regime dos Portos Brasileiros»..., pag. 87.

³³ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 42 e 43.

nível e periodicidade da atualização dos parâmetros técnicos e tecnológicos exigidos, as fontes, tipos, teste e vinculatividade dos standarts dentre outros³⁴.

A partir dessa estruturação base que são colocados os nortes e limites seja ao desempenho da atividade econômica pelos agentes, seja à atividade regulatória ordinária, que deverá minudenciar, monitorar e executar normas e concretizar as opções fundamentais eleitas quando da escolha regulatória do setor.

3.2.1 A regulação por contrato do setor portuário brasileiro

Nesse plano, uma das escolhas regulatórias será o tipo de estrutura institucional da regulação. A primeira opção consiste em decidir se se adota um modelo de “regulação por agência”, um modelo de “regulação por contrato” ou até um “modelo misto”. No primeiro caso, o Estado escolhe por instituir uma estrutura administrativa, ou atribuir a uma estrutura já existente as tarefas de regulação administrativa e, no segundo caso, a opção concretiza-se em celebrar um contrato com agentes de mercado e definir, nesses contratos (como concessão de serviços), uma regulação específica que eles devem observar. No terceiro caso, haverá uma conjugação entre a regulação por agência e a regulação por contrato³⁵.

No setor portuário brasileiro, há a opção pela escolha tanto da regulação por contrato como pela regulação por agência, como base nos artigos 4º e 13º da Lei 12.815 de 2013. Teceremos primeiramente alguns comentários acerca da regulação por contrato.

Basicamente devemos apontar que a regulação das infraestruturas se dá, na grande maioria dos casos, mediante a celebração de um contrato. Nesses casos, o contrato assume o principal espaço jurídico conformador de decisões e escolhas regulatórias que serão determinantes para conceber aspectos essenciais na prestação do serviço público ou na gestão da infraestrutura³⁶.

³⁴ MORENO, Natália, De Almeida, *Smart Grids, Modelagem Regulatória de Infraestruturas...*, pag. 20.

³⁵ GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante...*, pag. 82.

³⁶ GARCIA, Flávio Amaral, «A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências», In *Revista de Contratos Públicos, RCP*, Ano 4, nº 5, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pag. 3.

Em alguns setores, portanto, a intervenção pública é instrumentalizada pela via contratual³⁷. Trata-se de um contrato real, celebrado entre uma autoridade pública com funções de regulação e uma ou mais empresas reguladas.

Na definição do que venha a ser essa regulação por contrato, o jurista Pedro Gonçalves define essa regulação como um processo jurídico de formulação de normas regulatórias através de um contrato celebrado entre a autoridade pública responsável por organizar a regulação de um mercado ou a autoridade reguladora deste mercado e uma ou várias empresas que nele exercem uma atividade econômica. Para o referido autor, regulação administrativa por contrato coincide com a figura do contrato regulatório, este sim é o contrato explícito através do qual se efetiva toda ou uma parte da regulação de um determinado mercado³⁸.

Trata-se, portanto, de um contrato público, que envolve, necessariamente, a subscrição por uma autoridade pública e a empresa regulada, aquela a quem as normas, diretrizes ou decisões regulatórias contratualizadas se dirigem. Ou seja, significa a escolha de um projeto e de um operador econômico privado que atuará na gestão do serviço público ou de uma infraestrutura pública, em que se concretiza uma relação jurídica duradoura. Na verdade, esses contratos definem e cristalizam políticas públicas de longo prazo em setores vitais da economia e que são essenciais para a consecução do interesse público, legitimando verdadeiras estratégias de políticas duradouras³⁹.

Nesse sentido, como aponta Suzana Tavares da Silva, estamos diante de um fenômeno de substituição da utilização de institutos típicos da regulação por celebração de contratos que cumprem a sua função. É uma técnica difundida nos setores econômicos assentes em infraestruturas de rede⁴⁰.

Sob essa perspectiva, aponta Flávio Amaral Garcia, que será no contrato regulatório que se estabeleceram: a estrutura tarifária, metas de qualidade, indicadores de desempenho, compromisso de investimentos, partilha de riscos entre partes, mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, universalização do serviço, método de alocação de custos, sistema de monitoramento e avaliação e resultados a serem atingidos. São essas algumas das escolhas regulatórias

³⁷ Designado também como *regulatory contracts ou regulation by contract*. TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo...*, pag. 67.

³⁸ GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante...*, pag. 127 e 128.

³⁹ GARCIA, Flávio Amaral, «A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências»..., pag. 3.

⁴⁰ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?...*, pag. 67.

que serão determinantes para aferição da eficiência do operador econômico na consecução do interesse público⁴¹.

Desse vínculo contratual, portanto, incorporam-se direitos e obrigações para ambos os contratantes, o que acaba por gerar mais segurança jurídica aos investidores, principalmente em países ainda em desenvolvimento onde os fatores políticos possuem grandes influências. Todavia, as mutabilidades inerentes a esses arranjos contratuais duradouros podem gerar muitos questionamentos no futuro.

Cabe ressaltar, também, que não há discricionariedade absoluta na fixação das escolhas públicas exercida pela via da regulação por contrato, eis que estas se comunicam e se conectam aos marcos regulatórios que devem anteceder a celebração contratual.

Nessa espécie de contrato o foco principal é a busca por resultados e pela eficiência e, por isso, a preocupação se orienta para a concretização de finalidades, com maior flexibilização e autonomia para o operador privado definir meios, métodos, técnicas e modos de agir para o atingimento das metas. Para tanto, é de suma importância o estabelecimento de indicadores de desempenho (*standards*).

Trata-se aqui, no fundo, da regulação contratual por performance, que é uma tendência na regulação por contrato, alinhada a uma visão moderna de administração de resultados, em que são estabelecidos *standards* de desempenho, que significa a configuração de um padrão próprio de regras, que estabelecem a direção da regulação, o seu objetivo e a formas que esses objetivos estão sendo seguidos⁴².

Na verdade, a regulação contratual por performance permite maior flexibilidade no contrato e, assim, possibilita maior capacidade de adaptação do mesmo, eis que por serem contratos de longa duração, quanto maior for a autonomia na implementação de metodologias maior será a adaptabilidade contratual. Apoiar-se em esquema contratuais rígidos que congelam modos e meios do objeto podem se desatualizar facilmente devido a fatores sociais, políticos e econômicos supervenientes e imprevisíveis.

A regulação contratual por performance é, na verdade, uma abordagem que permite aos regulados a possibilidade de decidir sobre as respostas para efetivamente lidar com um determinado objetivo. Com isso, esta abordagem assume que as respostas

⁴¹ GARCIA, Flávio Amaral, «A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências»..., pag. 4.

⁴² LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *Managing Regulation, Regulatory Analysis, Politics and Policy*, Palgrave Macmillan, Nova York, 2012, pag. 13.

e os resultados podem ser medidos e que os regulados possuem capacidade para entender que tipo de respostas escolheram. A crítica é que uma abordagem baseada em performance exige do regulador habilidade para acompanhar as respostas vindas do mercado e, por outro lado, a vontade das empresas de cumprir os objetivos⁴³.

Quer dizer, como preceitua Natalia Moreno, que são os agentes regulados que realizaram as opções de cunho comercial-empresarial-operativo sobre a forma pela qual desempenharão os seus negócios, assumindo os riscos daí decorrentes. E o regulador, desincumbido dessa imensa responsabilidade, de eleger meios, foca-se naquilo que deve ser a sua tarefa precípua, a de identificar e materializar, à luz da realidade e das peculiaridades e constante evolução do mercado, os resultados que melhor efetivarão os interesses e políticas públicas traçados para o setor, legitimando mais fortemente as intervenções regulatórias. Sob essa fórmula incumbe ao regulador demarcar metas e parâmetros de performance e resultados a serem perseguidos e atingidos pelos operadores⁴⁴.

Ligado ao aspecto da busca por resultados e que produz significativo impacto na regulação por contrato é o espaço de abertura para a participação dos interessados e da própria sociedade. A possibilidade de contar com a participação direta e ativa dos operadores econômicos na concepção e estruturação de contratos dotados de maior complexidade, auxiliando o ente público a delimitar o escopo do objeto, é na atualidade uma realidade do Direito Europeu e de outros ordenamentos jurídicos. Ou seja, a colaboração da sociedade na construção desses contratos é uma realidade cada vez mais acentuada. Já que antes os processos de formação dos contratos eram definidos unilateralmente pela entidade contratante, sem maiores trocas e informações com o Mercado e a Sociedade. Assim, a concepção de projetos e os modos de execução do objeto eram definidos internamente na estrutura administrativa, sem que houvesse maiores diálogos entre os operadores econômicos. Portanto, abandona-se a perspectiva de que o ente contratante tem a solução para todo e qualquer projeto de infraestrutura dotado de maior complexidade⁴⁵.

Nessa lógica, haverá uma redução de espaços de inconformismo posterior do operador econômico com relação às opções previamente adotadas no procedimento de

⁴³ LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *Managing Regulation, Regulatory Analysis, Politics and Policy...*, pag. 65.

⁴⁴ MORENO, Natália, De Almeida, *Smart Grids, Modelagem Regulatória de Infraestrutura...*, pag. 181.

⁴⁵ GARCIA, Flávio Amaral, «A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências»..., pag. 7.

formação desses contratos. A premissa aqui é de as partes não estão necessariamente em posições antagônicas, mas, sim, dependentes uma das outras, onde se cria uma dependência mútua que incentiva a adoção de uma cultura de colaboração e cooperação.

Assim sendo, a nova Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013, em seu artigo 4º estabelece que “a concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta lei e no seu regulamento”. Já em seu artigo 5º a lei define os parâmetros que serão definidos nesse contrato, como: (i) o objeto, à área e ao prazo; (ii) o modo, a forma e as condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária; (iii) os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço; (iv) ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste; (v) aos investimentos de responsabilidade do contratado, dentre outros.

Por se tratar de um contrato de performance, caberá a Autoridade Portuária fiscalizar e verificar a capacidade e os requisitos das empresas ou concessionárias que atuam no porto ao longo de todo o período do contrato, não se limitando somente a fase de avaliação prévia. Trata-se de um controle real das atividades desenvolvidas pelas empresas. Essa fiscalização constante serve como um incentivo para que estes operem buscando o máximo de produtividade e eficiência⁴⁶.

3.3. Os modelos contratuais de gestão e de exploração dos portos e instalações portuárias no Brasil e o novo marco regulatório

3.3.1. A exploração privada dos portos na Constituição da República Federativa do Brasil e algumas controvérsias

Como visto acima, uma das formas que o Estado Brasileiro elegeu para regular esse setor econômico foi através de modelos contratuais. Será por meio dos contratos regulatórios que serão definidos os modelos de gestão e de exploração dos portos e instalações portuárias.

⁴⁶ CARBONE, Sergio, «L'Equilibrio Tra Autorità Portuale e Mercato», In *Diritto Dei Trasporti 1994*, Anno VII, Número 3, Instituto Per Lo Studio Del Diritto Dei Trasporti, Roma, 1994, pag. 814.

No entanto, antes de tudo, é importante sublinhar que, no caso brasileiro, todo o Direito e todos os direitos são constitucionalizados. Isso implica dizer que o sistema portuário brasileiro há de ser compreendido primeiramente a partir da Constituição.

Nessa lógica, a execução das atividades portuárias é constitucionalmente submetida à exploração direta e/ou indireta pela União. No segundo caso, na exploração indireta, há três módulos contratuais básicos escolhidos pela Constituição Brasileira de 1998 (CRFB), a autorização, a concessão e a permissão. Por sua vez, a Lei nº 12.815 de 2013 consolidou três regimes jurídicos para “a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários” (artigo 1º, caput), a concessão, a autorização e o arrendamento portuário, não constando, portanto, a permissão, e cada um desses tipos contratuais trazem consigo o seu respectivo regime jurídico⁴⁷.

Nesse sentido, especificamente no que respeita aos portos, a CRFB atribui um respectivo leque de escolhas ao legislador infraconstitucional, que pode optar por um modelo portuário mais público-centralizador ou mais privado-cooperativo, que exprime a outorga da iniciativa, da exploração e da execução das políticas portuárias a pessoas privadas, em cooperação com as autoridades competentes, com respectivas combinações intermédias. O modelo de iniciativa dual da Ordem Econômica Brasileira permite múltiplas escolhas infraconstitucionais⁴⁸.

Nesse setor público da economia, a CRFB é razoavelmente clara, diz o seu 20, inciso VII⁴⁹, que são bens da União Federal os terrenos de marinha⁵⁰ e seus acrescidos. Esses terrenos sempre possuíram uma afetação natural à defesa do território nacional e à construção de instalações portuárias. Dada a qualificação dos terrenos de marinha como um bem público da União Federal, para que possa haver a exploração da infraestrutura portuária, os interessados deverão requerer junto ao Serviço do Patrimônio da União (SUP) um título habilitante para tanto, denominada contrato de aforamento, consoante disposto no artigo 9º do Decreto Lei nº 9.760 de 05 de setembro de 1946⁵¹.

⁴⁷ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 34.

⁴⁸ *Ibidem*, pag. 44. Nesse mesmo sentido, confira-se: MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária*..., pag. 64.

⁴⁹ Artigo 20 da CRFB: “São bens da União: VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos”.

⁵⁰ São áreas que, banhadas pelas águas do mar ou dos rios navegáveis, em sua foz, se estendem à distância de 33 metros para a área terrestre, contados da linha do preamar médio de 1831. A definição inicial dos terrenos de marinha foi dada pelo Aviso Imperial de 12/07/1833, e por isso, a referência ao preamar médio de 1831. CARVALHO FILHO, José Dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 18ª Edição, Editora Lumen e Juris, Rio de Janeiro, 2007, pag. 1040.

⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária*..., pag. 64.

O artigo 22, inciso X, da CRFB⁵², por sua vez, confere à União Federal a competência privativa para legislar sobre o regime dos portos. E no artigo 21, inciso XII, alínea f⁵³, preceitua que “compete a União Federal explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres”. Deixaremos de lado a exploração direta e abordaremos a exploração privada desse setor, que pode funcionar, portanto, por meio de autorização, concessões e permissões, afora os arrendamentos portuários, que não assumiram estatura constitucional, pois criados e definidos pelo legislador infraconstitucional.

Quanto às concessões e permissões, há dois preceitos, em locais diversos, que merecem serem mencionados. No artigo 21, a Constituição correlaciona uma série de atividades econômicas a esses dois módulos contratuais, como telecomunicações, radiofusão, energia elétrica, navegação aérea, transporte aquaviário, portos, dentre outros. Além disso, para as concessões e permissões, o artigo 175 dispõe que: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Importante destacar que esse último artigo correlaciona os conceitos de “licitação” a “serviços públicos” unicamente para os modelos contratuais de concessão e permissão⁵⁴.

Já quanto às autorizações, a CRFB só menciona esse modelo contratual no artigo 21, ao tratar das competências da União. Logo, significa dizer que o legislador infraconstitucional está proibido de estabelecer a tradicional licitação como requisito para as autorizações portuárias. O regime jurídico será aqui definido pelo legislador infraconstitucional e, de modo suplementar, pelos respectivos regulamentos econômicos e contrato de adesão⁵⁵.

Assim, é devido à determinação constitucional que tal ordem de serviços é atribuída ao Estado e, também por prescrição constitucional, eles podem ser outorgados à exploração privada em contratos de concessão ou de permissão, sempre antecedidos de licitação. Através da combinação de lei + regulamento + contrato, bens e serviços públicos são transferidos à iniciativa privada, a quem se atribui o direito, o dever e a obrigação de cumprir as prescrições legais, regulamentares e contratuais previamente definidas. A pessoa privada, portanto, será titular, por prazo certo, do direito e do dever

⁵² Artigo 22: “Compete privativamente à União legislar sobre: X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial”.

⁵³ Artigo 21: “Compete à União: Inciso XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: f) os portos marítimos, fluviais e lacustres”.

⁵⁴ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 50.

⁵⁵ *Ibidem*, pags. 50 e 51.

de explorar o serviço público, prestando-se diretamente a todo o universo de usuários. Em contrapartida cabe ao Poder Público respeitar o estatuto concessionário e cumprir as respectivas obrigações contratuais, seja na condição de concedente, seja na de regulador ou mesmo usuário⁵⁶.

Desta maneira, e avançando no tema, prescrevem Diogo de Figueiredo Moreiro Neto e Rafael Vêras, que a CRFB estabeleceu uma dualidade de regimes jurídicos para exploração das infraestruturas portuárias no Brasil, preceituando que a União Federal poderá explorar diretamente ou poderá delegar tal atividade a terceiros por meio de concessão ou permissão ou outorgá-las aos particulares por meio de autorização. Ou seja, a dicotomia de formas de exploração por particulares das atividades portuárias prevista na Constituição Brasileira demonstra a adoção, pelo ordenamento jurídico deste país, de um dualismo de regimes para a exploração da atividade portuária, consubstanciada na existência de serviço público, de competência da União, e, ao mesmo tempo, de atividade econômica em sentido estrito, mantendo-se a competência desse ente federativo em regular a matéria⁵⁷.

Isso significa que quando à exploração dos serviços públicos for delegada para o setor privado, por meio dos institutos da concessão e permissão, ter-se-á, consoante o disposto no artigo 175 da CRFB, a delegação de um serviço público, nos quais serão informados pelo preceito constitucional de serviço público adequado ao parágrafo único, inciso IV do mesmo artigo da CRFB⁵⁸. Por outro lado, quando a exploração desses serviços for delegada pela via da autorização, tratar-se-á de uma atividade econômica em sentido estrito, a qual sofrerá os influxos da regulação estatal⁵⁹.

Com efeito, o legislador infraconstitucional deu concretude à diretriz extraída do texto constitucional, motivo pelo qual tanto o regime instituído pela Lei revogada nº

⁵⁶ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 53.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 65. Confira-se, no mesmo sentido, RIBEIRO, Leonardo, Coelho, «O Novo Marco Regulatório dos Portos, Entre Grandes Objetivos e Inadequadas Exigências»..., pag. 119; GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pag. 234.

⁵⁸ Art. 175 da CRFB: “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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado”.

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 65.

8.630 de 1993, como o da Lei nº 12.815 de 2013, instituíram uma dualidade de regimes para a exploração portuária, por meio de concessões, arrendamentos e de autorizações.

Contudo, sob a vigência da antiga lei, a dualidade de regimes gerava profunda controvérsia entre os exploradores da infraestrutura portuária. Isso ocorreu por conta da assimetria regulatória existente entre os arrendatários de terminais portuários (prestadores de serviços públicos), especialmente utilizados para a movimentação de contêineres, e os autorizatários (exploradores de atividades econômicas) de terminais privativos de uso misto, que estavam autorizados a realizar o transporte de carga própria e de carga de terceiro⁶⁰.

Significa que na vigência da antiga lei, o conceito de “porto organizado” encontrava-se relacionado à afetação de uma infraestrutura à prestação de serviços públicos portuários, tanto os de natureza pública, como os de natureza econômica em sentido estrito (então terminais privativos).

Na verdade, havia terminais de uso público, explorados sob o regime de concessão e permissão, e destinados à prestação de serviços públicos, dirigidos aos potenciais usuários em geral e com garantias de direito público e terminais de uso privativo classificados como: (i) terminais de uso privativo exclusivo, destinados somente à movimentação de carga própria que visava suprir a demanda das grandes empresas, usuárias de transporte marítimo, que, há tempos já buscavam uma solução legítima para a movimentação expressiva de carga própria; (ii) terminais de uso privativo misto, destinados à movimentação de carga própria e de terceiros, realizando uma prestação de serviços públicos sob regime de direito privado⁶¹.

Ressalta-se que ambos os tipos de terminais privativos poderiam ser localizados tanto dentro como fora da poligonal do porto organizado. Com isso, só era possível o pagamento de taxas em favor da administração do porto na hipótese em que a instalação privativa se encontrasse localizada dentro dessa poligonal. Se a instalação portuária estivesse localizada fora da área do porto, não estaria sujeita à fiscalização da autoridade portuária. O problema da lei residia principalmente na ausência de definição de limite máximo da presença de carga de terceiros, o que gerou profundos debates entre os arrendatários e os terminais privados⁶².

⁶⁰ GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória»..., pag. 241.

⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 81.

⁶² *Ibidem*, pag. 87.

Essa famosa controvérsia originou o ajuizamento da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF) nº 139, pela Associação de Contêineres de Uso Público, tendo por objeto as autorizações outorgadas pela ANTAQ, à Portonave S.A., à Itapoá Terminais Portuários S.A. e à Imbuta S.A. para exploração de terminais privativos de uso misto⁶³.

Nessa ação, onde foi debatida a assimetria regulatória desse setor, duas teses diametralmente opostas foram expostas, eis os pontos de debate: a tese defendida pelos arrendatários se resumia a que a licitação prévia ao arrendamento impõe um discrimen em relação aos terminais privativos de uso misto, que, embora estejam autorizados a transportar cargas de terceiros, não se submetiam a tal procedimento. Os operadores econômicos que se sujeitaram a licitação possuíam obrigações de universalidade, continuidade e de modicidade tarifária não extensíveis aos terminais privativos de uso misto e a sujeição a um prazo determinado. Além disso, às diretrizes da Autoridade Portuária geravam para os arrendatários um ônus superior ao imposto aos terminais privativos de uso misto. Com isso, os arrendatários não conseguiam oferecer preços inferiores aos dos terminais privativos de uso privativo, eis que instaurada uma concorrência desleal⁶⁴.

Por outro lado, os operadores econômicos dos terminais privativos de uso misto sustentavam que caso se encontrassem fora da área do porto, teriam um custo da construção de toda a infraestrutura portuária, além da necessidade de manutenção das condições de navegabilidade e acesso ao cais do seu terminal. Os terminais arcariam com os mesmos impostos e obrigações trabalhistas dos arrendatários, necessitando, contudo, de um prazo maior para o retorno dos seus investimentos, além do mais, alegavam que os terminais estavam instalados em imóvel de sua propriedade o que se constituía um óbice inviabilizador da licitação⁶⁵.

Ambos os entendimentos eram, por certo, defensáveis. Todavia, com a entrada em vigor da nova Lei nº 12.815 de 2013, os conceitos de “carga própria” e de “carga de terceiros” foram extintos, o que claramente objetivou promover a efetiva concorrência entre os dois regimes, de modo que a exploração de atividades econômicas passou a ser

⁶³ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 69.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*, pag. 69 e 70.

exercida pelos denominados terminais privados⁶⁶. Ou seja, a nova lei ao extinguir tais conceitos, deu ampla abertura aos terminais privados para a prestação de serviços a terceiros, concedendo a essas instalações liberdade para movimentar cargas de qualquer titularidade ou natureza, pondo fim, portanto, a exigência de movimentação predominante de carga própria⁶⁷.

Na verdade, essa foi uma das maiores inovações trazidas pelo novo marco regulatório no que concerne ao desenho da assimetria regulatória estabelecida entre os prestadores de serviços públicos, os arrendatários, e os exploradores de atividade econômica em sentido estrito, os autorizatários. Visto que com a extinção dos conceitos de “carga própria” e de “carga de terceiro”, se corroborou o sistema dual de exploração da infraestrutura portuária, como se dá nos demais segmentos⁶⁸.

Essa discussão que vigorou por anos dificultou bastante os investimentos do setor privado, posto que tal diferenciação era descabida e não se coadunava com os objetivos de ampliação e modernização da estrutura portuária nacional, que requer acima de tudo segurança e liberdade para estimular investimentos privados nesse setor⁶⁹.

Assim, com o fim desses conceitos, fica de forma clara consagrada a assimetria regulatória entre os prestadores de serviços públicos e os exploradores de atividade econômica⁷⁰.

Na verdade, o importante para a nova lei quanto à assimetria regulatória é a poligonal, ou seja, a área descrita como “porto”, ou como denominado pela lei de “porto organizado”. Quer dizer, é a poligonal do “porto organizado” que definirá que tipo de exploração será desenvolvida, se pública ou privada. A seguir abordaremos sobre esse assunto.

⁶⁶ GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória»..., pag. 241.

⁶⁷ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 68.

⁶⁸ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 70. No mesmo sentido, confira-se: PEREIRA, Cesar A. Guimarães, «A Medida Provisória nº 595: Mudanças no Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil» In *Migalhas, janeiro de 2013*, Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI170276,61044A+medida+provisoria+595+mudancas+no+marco+regulatorio+do+setor>>. Consulta em 10/05/2016. No mesmo sentido, confira-se também, GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória»..., pag. 242.

⁶⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 84.

⁷⁰ GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória»..., pag. 242.

3.3.2. A poligonal do porto organizado como fundamento que define a natureza jurídica da exploração

O artigo 2º, inciso I, da Lei nº 12.815 de 2013 delimitou os terminais privados como “a instalação portuária explorada mediante autorização e localizada fora da área do porto organizado”. Pois bem, com a edição do novel diploma, somente poderão ser outorgadas novas autorizações para a exploração de infraestrutura portuária fora da área do porto organizado. Já dentro da poligonal do porto organizado, apenas poderão ser celebrados contratos de arrendamento e contratos de concessão de toda a infraestrutura do porto. Portanto, é a poligonal do porto organizado que delimita os parâmetros que configuram a nova assimetria regulatória desse setor.

Contudo, o novel diploma, em seu artigo 2º, inciso I, inovou, passando a definir o porto organizado como o “bem público” construído e aparelhado para “atender às necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenagem de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária”. O inciso II do mesmo diploma dispõe que a área do porto organizado corresponde “à área delimitada por ato do Poder Executivo que compreende as instalações portuárias e a infraestrutura de proteção e de acesso ao porto organizado”.

A propósito, a inovação digna de nota concerne à qualificação dessa infraestrutura portuária como um bem público, tendo em vista que a Lei nº 8.630 de 1993 não qualificava o porto organizado como um “bem público”, mas sim apenas se referia às atividades nele albergadas, à titularidade da União e ao vínculo com a respectiva autoridade portuária.

Desta forma, essa nova qualificação do porto organizado apenas especifica a titularidade da União – pública – dos bens e serviços localizados ao interno da fronteira do respectivo porto. São estas as características, unidas às pertinentes modalidades contratuais (concessões e arrendamentos) tipificadas na nova lei que dissociam os “portos organizados” dos portos e instalações localizados fora da “área do porto organizado”, legislativamente tratados no artigo 2º da lei como “terminais de uso privativo” (inciso IV), “estações de transbordo de cargas” (inciso V), “instalações públicas de pequeno porte” (inciso VI) e “de turismo” (inciso VII). Destas, apenas a última modalidade pode estar localizada dentro do “bem público”, desde que explorada

por meio de arrendamento. Quanto às demais, somente fora da área do porto organizado e sempre por meio de autorização⁷¹.

Logo, o conceito de porto organizado tem o condão de delimitar a natureza jurídica do título habilitante da exploração portuária⁷².

Dúvida que se segue é quanto à situação dos terminais privados que se encontram dentro da área do porto organizado. Trata-se de infraestruturas portuárias construídas em propriedade privadas, ou nas quais o autorizatário detém o seu domínio útil, e a equiparação de todas essas áreas ao conceito de bem público trará toda a sorte de insegurança jurídica⁷³.

Num primeiro entendimento, defendido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras, poderia se sustentar que a partir da publicação da lei, tais bens teriam sido publicizados. Essa tese não nos parece a mais adequada, pois considerar que os bens integrantes desses terminais foram expropriados pelo Poder Público não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, já que para tanto se faz necessário a expedição de um decreto expropriatório específico para esse fim, além dos demais atos expropriatórios que compõem todo esse processo de expropriação⁷⁴.

Logo, em um segundo entendimento poderíamos sustentar que com a edição da lei, esses terminais autorizados localizados dentro da poligonal do porto organizado deveriam ser equiparados aos arrendamentos portuários, com todas as obrigações que lhe são inerentes, prévia licitação, modicidade tarifária, universalização, dentre outras. Quer dizer, com relação aos terminais de uso privativo existentes dentro da área do porto organizado, a adaptação possível poderia ser a licitação do terminal, para que seja submetido ao mesmo regime dos demais terminais arrendados dentro de cada porto organizado. Já que a nova qualificação do porto organizado, como um bem público, implica na impossibilidade de sobrevivência da exploração puramente privada das instalações nele situadas⁷⁵.

Quanto a esta problemática, como prescrevem os referidos autores, que à luz da assimetria regulatória prevista na nova lei, orientada por uma maior concorrência, não é possível transformar o regime jurídico de um agente que presta uma atividade

⁷¹ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 69.

⁷² GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória»..., pag. 244.

⁷³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 85.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária*..., pag. 74.

⁷⁵ *Ibidem*.

econômica em sentido estrito (o autorizatário) em um prestador de um serviço público (o arrendatário), sujeito ao regime público. Além disso, os autorizatários exploram seus terminais, com fulcro em contratos de adesão, título habilitante que lhe confere direitos adquiridos, já incorporados ao seu patrimônio, decorrentes de um ato jurídico perfeito, o que interdita a sua alteração, como disposto no artigo 5º, inciso XXXVI da CRFB. Logo, a mudança abrupta de regime jurídico violaria o princípio da segurança jurídica, em seu viés subjetivo, da confiança legítima, pois ao autorizatário foram geradas expectativas em relação aos atos estatais que não podem ser desconstituídos, artigo 2º da Lei 9.784 de 1999⁷⁶.

Para Egon Bockmann, essa nova distinção não opera efeitos *ex nunc*. Os terminais anteriores, desde que validamente concedidos, arrendados ou autorizados sob a vigência da legislação pretérita, podem persistir juridicamente íntegros e necessitam apenas ser adaptados ao novo regime⁷⁷.

Já Leonardo Coelho Ribeiro aponta a falta de um regime de transição adequado para os terminais de uso privativo já localizados dentro da área do porto organizado, em virtude da mudança do critério informador da assimetria regulatória que divide e orienta o setor. Para o referido autor, os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados, sendo permitida a continuidade da atividade das instalações portuárias privadas já em funcionamento dentro da poligonal⁷⁸.

Na verdade, nessas situações complexas e já constituídas, espera-se a adoção de critérios amparados em parâmetros de razoabilidade e equidade, sob pena de penalizar e onerar os operados econômicos que investiram vultosos valores em áreas situadas dentro do que se pode considerar “porto organizado”. Ademais, não se pode permitir que futuramente o ato do Poder Executivo que delimita a área do o porto organizado, já que tal regulamentação ainda não foi editada, não se transforme em um meio de manipulação do regime jurídico das explorações portuárias, tanto para excluir arrendatários, como para impedir a continuidade deles⁷⁹.

⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 77.

⁷⁷ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 69.

⁷⁸ RIBEIRO, Leonardo, Coelho, «O Novo Marco Regulatório dos Portos, Entre Grandes Objetivos e Inadequadas Exigências»..., pag. 125.

⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 77. Nesse mesmo sentido, confira-se: PEREIRA, Cesar A. Guimarães, «A Medida Provisória nº 595: Mudanças no Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil» In *Migalhas*, jan. de 2013, Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI170276,61044A+medida+provisoria+595+mudancas+no+marco+regulatorio+do+setor>>. Consulta em 10/05/2016.

3.3.3. Os títulos habilitantes para a exploração portuária

Compete à União explorar direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, os portos marítimos, fluviais e lacustres. Desta forma, como já dito acima, a exploração dos portos brasileiros pode ser feita de forma direta, quando realizada pela própria União Federal, ou indireta, por meio de pessoa jurídica portadora de um título habilitante.

A exploração indireta dos portos e instalações portuárias, por sua vez, pode ser feita tanto sob um regime de direito público quanto sob um regime de direito privado.

Enquanto que na primeira hipótese há delegação formalizada por instrumentos de direito públicos, tais como: contratos de concessão e os arrendamentos das instalações portuárias, na segunda hipótese, há manifestação de consentimento de polícia administrativa, autorização, voltada à exploração de uma atividade econômica de relevante interesse público.

Com efeito, são aplicáveis ao setor portuário brasileiro os seguintes títulos habilitantes: (i) contrato de concessão; (ii) arrendamento de bem público; e (iii) autorização. De um lado a concessão e o arredamento são utilizados para exploração direta do porto organizado e das instalações portuárias localizados dentro da poligonal, por outro lado, a autorização se dá na exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto. É exatamente sobre esses títulos habilitantes que abordaremos a seguir.

3.3.4. A concessão do porto organizado

A concessão de serviços públicos foi a primeira forma que o Poder Público utilizou para transferir a terceiros a execução de serviços públicos. Isto se deu a partir do momento em que o Estado assumiu novos encargos no campo social e econômico. Como acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro, houve a necessidade de se encontrar novas formas de gestão dos serviços públicos e da atividade privada exercida pela Administração, já que de um lado havia a ideia de especialização, com vistas à obtenção de melhores resultados e de outro lado, a necessidade de utilização de novos métodos de

gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado⁸⁰.

O procedimento, então, utilizado foi à delegação da execução dos serviços públicos a empresas privadas por meio do contrato de concessão. Através desse contrato, o particular executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive no aspecto da remuneração cobrada ao usuário (as tarifas), a qual é fixada pelo Poder Concedente.

A concessão será veiculada através da celebração de um contrato administrativo, no qual o Poder Público transfere apenas a execução do serviço, conservando a sua titularidade. Logo, a desestatização dá-se na superfície do serviço público a ser prestado, mas não na sua essência. A depender do serviço ou obra a maioria dos bens permanece no setor público. Apenas a gestão e o domínio imediato dos bens e serviços são transferidos ao empreendedor privado, por prazo certo. Portanto, implica a outorga de afazeres públicos ao empreendedor privado, tal como definidos em lei e nos respectivos contratos⁸¹.

Nessa lógica, o contrato de concessão de serviço público é ajuste por meio do qual o Poder Concedente transfere para o concessionário a realização de um serviço público, em que os investimentos cabem ao concessionário, que se remunerará por meio do pagamento de tarifa a ser arcada pelos usuários.

Sua sede constitucional é o artigo 175 da CRFB⁸² e sua definição encontra-se no artigo 2º, inciso II, da Lei nº 8.987 de 1995, como sendo “a delegação da prestação do serviço público, feita pelo Poder Concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Com relação à concessão da infraestrutura portuária, esta é definida pelo artigo 2º, inciso IX, da Lei nº 12.815 de 2013, como a “cessão onerosa do porto organizado, com vistas à administração e à exploração de sua infraestrutura por prazo determinado”. Nesses termos, para a nova lei dos portos, o contrato de concessão portuária representa a “cessão onerosa do porto organizado”.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Zanella, *Direito Administrativo*, 17ª Edição, Editora Atlas Jurídico, São Paulo, 2004, pag. 276.

⁸¹ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 53.

⁸² Artigo 175 da CRFB: “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”.

Isso significa que os objetivos da concessão portuária são a administração e a exploração de todo o porto organizado. Compreendendo a gestão de toda a infraestrutura e a prestação de serviços portuários, ou o seu gerenciamento, quando executados por terceiros, bem como o provimento de todo o suporte e de todas as utilidades necessárias para a atividade de transporte marítimo ou hidroviário. Ou seja, o concessionário terá delegado para si toda a gestão daquela utilidade, respeitando-se as competências regulatórias da ANTAQ e as regras de governança e de contratação de mão de obra disposta na lei, inclusive no tocante à interface com os arrendatários⁸³.

Nesse sentido, como observa Marçal Justen Filho, a concessão significa a delegação à iniciativa privada da competência para organizar e explorar esse conjunto heterogêneo de atividades, bens e sujeitos, tendo por objeto a instituição e a exploração de um porto. Continuará a existir um porto público, mas a sua gestão far-se-á por meio da atuação de um particular. Além disso, a concessão não transforma o serviço público em privado, também não conduz ao surgimento de um porto regido e disciplinado exclusivamente pelo direito privado⁸⁴.

Da mesma forma, afirma Floriano de Azevedo Marques, o recurso à delegação aos particulares, persegue capturar sua capacidade de investimentos e exercer a atividade supostamente com mais eficiência. Visto que os serviços portuários demandam permanentes investimentos para a ampliação das infraestruturas e modernização dos equipamentos e das técnicas empregadas. Ademais, o crescimento do comércio mundial e da inserção do país nesse contexto, a concessão se coloca como um instrumento fundamental para que o Poder Público (União) proveja essa infraestrutura, mormente dentro das áreas que já constituem portos implantados e em operação⁸⁵.

No fundo, trata-se de típico contrato de concessão de serviço público, por meio do qual o concessionário administra e explora a infraestrutura do porto, sob regime público, o que importa na prestação de um serviço público adequado, que satisfaça as

⁸³ MARQUES NETO, Floriano De Azevedo, «Concessões Portuárias» In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pag. 266.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, «Regulação Portuária no Direito brasileiro», In *Revista de Direito Público e Regulação, número 4, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE)*, Coimbra, novembro de 2009, pag. 10. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/rdpr/revista_4.pdf>. Consulta em 22/06/2016.

⁸⁵ MARQUES NETO, Floriano De Azevedo, «Concessões Portuárias»..., pag. 267.

condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade da tarifária (artigo 6º da Lei nº 8.987 de 1995)⁸⁶.

A nova lei determina de forma clara os objetivos pelos quais se justifica a delegação dos serviços públicos portuários para os privados. Os objetivos estão descritos no artigo 3º e podem ser resumidos da seguinte forma: (i) para ampliação e modernização da oferta da capacidade portuária, inclusive nos portos organizados; (ii) para buscas de mais eficiência na atividade portuária, com todos os benefícios a isso associados; (iii) para a redução dos custos das atividades portuárias, seja pelo fomento à competição, seja pela busca de modicidade tarifária; e (iv) para o incremento à segurança da navegação.

Nessa perspectiva, cabe destacar que o artigo 1º, parágrafo 3º, da nova lei exige que as concessões, os arrendamentos e as autorizações somente sejam “outorgados a pessoa jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco”. Aqui, houve uma uniformização dos regimes jurídicos destas três modalidades contratuais portuárias, a tornar imprescindível que todas sejam antecedidas da demonstração, mínima e proporcional, da efetiva capacidade de bem prestar o serviço, por conta e risco da pessoa privada. Assim, quando a lei dita que o interessado deve demonstrar a capacidade de desempenho por sua conta, quer significar a obrigação contratual de projetar e realizar o investimento (capital, tecnologia e recursos humanos), combinada com o dever de prestar o serviço adequado e responder por suas próprias ações. O interessado, portanto, deve demonstrar que pode implementar e desempenhar por sua própria conta a execução das obras de gestão do serviço posto a seu cargo⁸⁷.

Portanto, a concessão será formalizada mediante a celebração de contrato de direito público, precedido de licitação, com a possibilidade da modalidade leilão⁸⁸, onde serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros critérios estabelecidos no edital, na forma do regulamento⁸⁹. A lei ainda autoriza a prorrogação

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 79. No mesmo sentido, *vide*: SOUTO, Marco Juruena Villela, *Direito Administrativo das Concessões...*, 2004, pag. 10.

⁸⁷ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 55 e 56

⁸⁸ Em regra, a modalidade de licitação para formalização das concessões é o modelo da concorrência, conforme estabelece o artigo 2º da Lei 8.987 de 1995. Deste modo, a Lei nº 12.815 de 2013, ao permitir que a licitação seja feita por meio de leilão, estabelece uma exceção à regra da concorrência. OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 86.

⁸⁹ Isso não importa dizer que esta modalidade contratual não possa existir sem licitação: basta que pensemos na hipótese de inexigibilidade, que tanto por razões físico-geográficas, como por motivos econômicos, podem dar margem à impossibilidade técnica de a licitação ser realizada. Ou mesmo, pode

geográfica e cronológica do contrato, isto é, pode vir a ser feito um aditivo contratual que amplie a área ou o tempo do contrato original.

Entretanto, a prorrogação cronológica pode ser ordinariamente realizada uma só vez e o período suplementar não deverá ultrapassar aquele originalmente contrato. Na medida em que o prazo de tais contratos possui teto regulamentar de 25 anos, as concessões, mesmo prorrogadas não poderão ultrapassar 50 anos.

Na forma do artigo 5º do Decreto Lei nº 8.033 de 2013, a licitação para concessão deverá observar as normas do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)⁹⁰. Significa que o procedimento licitatório prévio à concessão do porto organizado observará o rito da inversão de fases de julgamento das propostas e de habilitações, que ao final, permitem maior celeridade e eficiência no procedimento licitatório. Além disso, há um dever de motivação para o administrador público caso pretenda adotar o sistema convencional de exames dos documentos de habilitação antes da abertura das propostas.

Esse mesmo artigo em seus incisos III, IV, VI e VII prevê como cláusulas essenciais a fixação de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, a previsão das tarifas praticadas e dos critérios e procedimentos de revisão e de reajuste das mesmas, os direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contrato e as sanções respectivas, além da possibilidade de reversão de bens.

Digno de nota é a possibilidade de a Comissão de Licitação após o encerramento da fase de apresentação, negociar condições mais vantajosas com os licitantes. Essa abertura de diálogo é uma nítida manifestação da consensualidade administrativa, no qual a Administração a fim de atender os princípios da eficiência, economicidade e celeridade negocia preços mais vantajosos para o interesse público.

Com efeito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras observam que nessas hipóteses não se trata de uma concessão de serviço público tradicional, uma vez que o concessionário, ao celebrar tal contrato com o Poder Concedente, no caso a União Federal, assumirá as competências de administração de todo o porto. Nesse sentido, o

existir nos casos de licitação não exitosa. Nesses casos, é perfeitamente válida a contratação direta. BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 57.

⁹⁰ O RDC tem por objetivo conferir maior celeridade aos procedimentos licitatórios prévios às contratações administrativas. Um novo regime de contratação administrativa voltado ao atendimento dos princípios de eficiência e da realidade, que está em consonância com uma diretriz de uma Administração Pública voltada à obtenção de resultados finalísticos. MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária*..., pag. 88.

artigo 20 do Decreto Lei nº 8.033 de 2013 prevê que o objeto do contrato de concessão poderá abranger: (i) o desempenho das funções da administração do porto e a exploração direta e indireta das instalações portuárias; (ii) o desempenho das funções da administração do porto e a exploração indireta das instalações, vedada a sua exploração direta; (iii) ou desempenho, total ou parcial, das funções de administração do porto, vedada a exploração das instalações portuárias⁹¹.

Na verdade, trata-se de hipótese cumulada com o exercício de uma função típica de polícia administrativa, por meio do qual o concessionário, de acordo com a autorização prévia legislativa, estabelece limitações e condicionamentos à liberdade individual em prol de um interesse coletivo. Ou seja, a atividade portuária fornece um exemplo de atividade estatal em que se conjugam tanto os aspectos de serviço público e de poder de polícia. O exercício da função de polícia pelos concessionários, como prescreve o artigo 17, parágrafo 1º, incisos I, II, III e IV, da Lei nº 12.815 de 2013, se corporifica nas seguintes atribuições: (i) cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão; (ii) na pré qualificação dos operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente; (iii) na fiscalização da operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente.

Porém, cabe ressaltar que mesmo que o concessionário exerça a função de polícia administrativa, isso não desvirtua a qualidade de delegação de serviços públicos da concessão do porto organizado. Ou seja, continuará a existir porto público, mas a sua gestão será feita por meio da atuação de um particular, visto que o instituto da delegação não altera a natureza jurídica do objeto delegado⁹².

Portanto, ao final, podemos afirmar que o contrato de concessão é o ajuste empregado para a cessão onerosa de todo o porto organizado a uma pessoa que deverá administrá-lo e explorar a sua infraestrutura por prazo determinado de 25 anos prorrogável uma única vez, por período não superior ao originariamente contratado, a critério do Poder Concedente. Ademais, é o título habilitante por meio do qual a União Federal, representada pela Secretaria Especial dos Portos (SEP), delega a prestação do serviço público dentro da poligonal do porto organizado, para terceiros, os quais, ao explorarem tais atividades sob o regime público, desempenham também a função de

⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 81.

⁹² *Ibidem*.

polícia administrativa sobre os agentes que se utilizam dessa infraestrutura (arrendatários, operadores portuários e usuários).

3.3.5. Arrendamento de instalações portuárias

O arrendamento portuário é “a cessão onerosa de área e infraestrutura públicas dentro do poligonal do porto organizado, para a exploração por prazo determinado”, como prevê o artigo 2º, XI, da Lei nº 12.815 de 2013.

Primeiramente há que explicar como o arrendamento se encaixa dentro da infraestrutura portuária. A área do porto organizado compreende as instalações portuárias vinculadas a uma Administração Portuária, a qual constitui uma das esferas de regulação do porto e é responsável por gerir essas instalações portuárias. Dentro da área do porto organizado pode haver vários tipos de prestação de serviços, a mais conhecida é a concessão dos serviços públicos, vinculada a determinadas instalações e terrenos. Entretanto, pode ocorrer de a concessão não abarcar toda a área do porto organizado ou mesmo o concessionário pode não querer explorar determinada área, abrindo-se espaço, portanto, para os arrendamentos. Percebe-se, assim, que os arrendamentos dirigem-se primeiramente à organização do solo⁹³.

Nessa espécie de contrato, entes privados, executores de administração associada de interesses públicos de natureza econômica por parceria, celebram um contrato público de arrendamento com a União, ou com outra autoridade, dela concessionária, pelo qual se assegura o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, subarrendar e explorar uma instalação portuária⁹⁴.

Entretanto, não se trata de um típico contrato de arrendamento de bem público⁹⁵, em que o arrendatário explora os frutos deste bem através de condições especiais, por prazo superior a 20 anos. Na verdade, no setor portuário especificamente estamos diante de um contrato que veicula antes de tudo um serviço público, no qual a Administração transfere não só o uso de determinado bem como também a prestação de um serviço público de sua titularidade.

⁹³ MAYER, Giovanna, «Notas Sobre o Regime dos Portos Brasileiros»..., pag. 105.

⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, 16ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014, pag. 304.

⁹⁵ Contrato de arrendamento típico é aquele por meio do qual o arrendatário explora os frutos de determinado bem, mediante condições especiais, aprovadas pelo Ministro da Fazenda, por prazo superior a 20 anos (artigo 96, parágrafo único do Decreto Lei nº 9760 de 1946, com redação dada pela Lei nº 11.314 de 2006).

O arrendamento no Direito Administrativo Brasileiro tem suas raízes como uma “locação de direito público”, versando mais sobre o uso e exploração de determinado bem público do que propriamente sobre a prestação de determinada atividade pública. Apenas mais recentemente o arrendamento portuário passou, no setor dos serviços portuários, a ter uma acepção de delegação de serviços públicos⁹⁶.

Significa que o arrendamento portuário aproxima-se mais a uma delegação de serviço público em conjunto com a prerrogativa da utilização privativa de um bem público. Quer dizer, essa espécie de contrato tem como objeto a prestação de um serviço público, com o objetivo principal de satisfazer necessidades essenciais e secundárias da coletividade, que o Poder Público julga de sua obrigação fornecer direta ou indiretamente, e nesse último caso, ele delega a sua execução a particulares. Quer dizer, que nesses contratos, o Poder Público transfere a gestão operacional de um serviço público ao particular, colocando à sua disposição um imóvel público ou um complexo de bens públicos, vinculados ao serviço⁹⁷.

Nessa ótica, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras defendem que à medida que os contratos de arrendamento são celebrados em parcelas do porto organizado, é possível assentar que tais ajustes têm natureza jurídica de uma “subconcessão de serviços públicos”⁹⁸, posto que, necessariamente, vinculados à concessão do serviço público portuário prestado na infraestrutura do porto organizado⁹⁹. Floriano Marques Azevedo corrobora do mesmo entendimento, acrescentando que o caráter de subconcessão fica ainda mais claro quando aferimos a definição legal de concessão portuária com a de arrendamento portuário, pois ambas são definidas como “cessão”, mas a primeira é a cessão do todo (porto organizado), enquanto a segunda é a “cessão” da parte¹⁰⁰.

Contudo, para Diogo Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras, não se trata de uma subconcessão tradicional, na qual existe vínculo jurídico de Direito Público entre o concessionário e subconcessionário. Para eles, o arredamento portuário se configuraria

⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre, Santos De, *Direito dos Serviços Públicos...*, pag. 731. Nesse mesmo sentido, *vide*: MAYER, Giovanna, «Notas Sobre o Regime dos Portos Brasileiros»..., pag. 105.

⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo...*, pag. 106.

⁹⁷ ARAGÃO, Alexandre, Santos De, *Direito dos Serviços Públicos...*, pag. 732. No mesmo sentido, confira-se: MAYER, Giovanna, «Notas Sobre o Regime dos Portos Brasileiros»..., pag. 107.

⁹⁸ No mesmo sentido, *vide*: ARAGÃO, Alexandre, Santos De, *Direito dos Serviços Públicos...*, pag. 733; OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 88; MARQUES NETO, Floriano De Azevedo, «Concessões Portuárias»..., pag. 265.

⁹⁹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 84.

¹⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano De Azevedo, «Concessões Portuárias»..., pag. 265.

como uma “subconcessão imprópria”, na medida em que o concessionário exercerá a função de Autoridade Portuária, exercendo parcela da função de polícia administrativa em face dos arrendatários. Nessa perspectiva, outra razão que confirma o entendimento de que arrendamento portuário possui natureza jurídica de uma “subconcessão imprópria”, para os referidos autores, é o fato de haver nos contratos uma relação direta entre o Poder Concedente e os subconcessionários, justificado pelo fato de o arrendatário prestar um serviço público de titularidade da União¹⁰¹.

Este instrumento de outorga de bem público à atividade portuária será realizado mediante a celebração do contrato, sempre precedido de licitação, o qual adotará o procedimento do RDC, além disso, terá prazo de vigência de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez por período não superior ao originalmente contratado, a critério do Poder Concedente – artigo 19 do Decreto Lei nº 8.033 de 2013.

Por fim, a Lei nº 12.815 de 2013 aplica ao arrendamento portuário os mesmos dispositivos aplicados à concessão, fazendo com que a diferença entre eles fique por conta do seu objeto: enquanto que as concessões são voltadas à delegação da administração de todo o porto organizado, os arrendatários dedicam-se a exploração de áreas específicas dentro do referido porto organizado. Daí porque tanto a Lei nº 12.815 de 2013, quanto o Decreto Lei nº 8.033 de 2013 disciplinam em conjunto os instrumentos da concessão e do arrendamento portuários¹⁰².

3.3.6. As autorizações

A autorização consiste na outorga, pela União, a uma pessoa jurídica de direito privado o direito de explorar uma instalação portuária localizada fora da área do porto organizado, como previsto no artigo 2º, inciso XII, da Lei nº 12.815 de 2013, a ser formalizada mediante contrato de adesão.

O artigo 8º da mesma lei prevê, ainda, que serão exploradas mediante autorização, precedida de chamada ou anúncio público e, quando for o caso, processo seletivo público, as instalações portuárias fora da poligonal do porto. Tais processos,

¹⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 85.

¹⁰² Como por exemplo: a exigência de tais instrumentos contratuais serem precedidos de procedimento licitatório; as cláusulas contratuais essenciais; o prazo contratual de até 25 anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originariamente contratado a ambos os instrumentos.

com publicidade prévia, destinam-se a permitir a análise, por parte da autoridade competente, relativa ao projeto portuário visado.

Modalidades contratuais *sui generis* que são, as autorizações de instalação portuárias, receberam equivalente configuração extraordinária por parte da nova lei. Na visão de Egon Bockmann não são nem meras autorizações liberatórias, que deixam o autorizado livre e solto para implementar a atividade do modo que quiser, nem são equivalentes aos contratos administrativos de concessão, permissão e arrendamento. São autorizações decorrentes da Lei nº 12.815 de 2013. Estão, na verdade, num meio termo, definido claramente pela lei, afinal serão celebrados por meio de contrato de adesão que exige cumprimento às “cláusulas essenciais” do artigo 5º da Lei, salvo as definidas nos artigos IV (valor do contrato) e VIII (reversão de bens). Isso importa dizer que as autorizações precisam ter definidos em seus contratos alguns requisitos como: objeto, área e prazo (inciso I); modo, forma e condições de exploração da instalação (inciso II); os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros (inciso III), dentre outros requisitos¹⁰³.

Esta forte intensidade contratual-regulatória nas autorizações fica clara quando o Decreto Lei nº 8.033 de 2013 estabelece que “o início da operação portuária deverá ocorrer no prazo de três anos, contados da data de celebração do contrato de adesão, prorrogável uma única vez, por igual período a critério do poder concedente” (artigo 12, parágrafo 1º). Significa que tais autorizações são constitutivas mandamentais e não apenas declaratórias, como as antigas autorizações de polícia. Quem a pede deve exercer o ônus prévio de promover os respectivos estudos e o dever subsequente de efetivar, a prazo certo, o investimento¹⁰⁴.

O contrato de adesão, por sua vez, é o instrumento mediante o qual o Poder Público outorga a autorização para construir e operar um terminal privativo, estação de transbordo de carga, instalação portuária de pequeno porte e instalação portuária de serviço (artigo 8º, incisos I a IV). Ao estipular a figura do contrato de adesão, o legislador pretendeu, certamente, diferenciar essa autorização destinada à exploração de instalação portuária das clássicas autorizações de polícia administrativa, retirando daquelas o tradicional caráter precário apontado pela doutrina a estas. Não à toa que

¹⁰³ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 70.

¹⁰⁴ Com acentua Egon Bockmann, a Lei e o Decreto andaram bem, eis que caso não estabelecessem tais deveres, correr-se-ia o risco da instalação de “autorizações bloqueadoras”: o interessado a obtê-la unicamente para impedir o concorrente de construir instalação portuária em área próxima. Ou o comércio de autorizações: o titular da área, a fazer investimentos circunscritos aos estudos para, depois de autorizado, ir ao mercado para vender o respectivo título habilitante, que poderia, a seu tempo, se transformar num bloqueio a novas instalações. BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 71.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras entendem não se tratar, por evidente, do tradicional instituto das autorizações do Direito Administrativo¹⁰⁵.

Alexandre dos Santos Aragão distingue as autorizações tradicionais (por operação) das autorizações operativas ou de funcionamento, que constituem o principal instrumento de regulação das atividades privadas de interesse público. Afirma o autor que nas autorizações de operação, o poder da Administração se esgota com a emissão do ato, não dando, salvo previsão expressa em contrário, origem a nenhum vínculo posterior com o administrado. Ao revés, nas autorizações de funcionamento há uma vinculação permanente com a Administração, com a finalidade de tutelar o interesse público, admitindo-se a possibilidade de modificação do conteúdo da autorização para adaptá-lo, constantemente as finalidades, durante todo o tempo em que a atividade autorizada seja exercida¹⁰⁶.

Portanto, as autorizações portuárias se enquadram nessa segunda espécie de autorização, as de funcionamento¹⁰⁷. Nessa espécie de contrato, a Administração deve disciplinar e orientar positivamente a atividade do seu titular na direção previamente definida por planos ou programas setoriais, visto que são contratos de longa duração. E por esse motivo, necessitam de um controle permanente acerca do seu exercício pelo Poder Público, posto que estas atividades privadas congregam interesses difusos, os quais transcendem os interesses individuais dos agentes econômicos.

Além disso, requer, também, uma constante adaptabilidade, que por sua vez pode ser extraída do disposto no artigo 43 da Lei n.º 10.233 de 05 de junho de 2001, que criou a ANTAQ, o qual prevê que os autorizatários não terão direito adquirido à manutenção do seu regime jurídico.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras observam, também, que do referido vínculo permanente com a Administração decorre outra característica das autorizações portuárias: o seu caráter vinculado. A autorização vinculada é o título habilitante por meio do qual a Administração confere um título para que o particular explore determinada atividade privada de interesse público mediante o atendimento de certas condições pré-estabelecidas. Quer dizer que, se o interessado preencher todos os requisitos estabelecidos em lei, terá o direito subjetivo à obtenção

¹⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 93.

¹⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre, Santos De, *Direito dos Serviços Públicos...*, pag. 212.

¹⁰⁷ GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória»..., pag. 255.

deste título, não cabendo, neste particular, o exercício da competência discricionária por parte da ANTAQ¹⁰⁸.

Assim, os interessados em operar portos autorizados deverão aderir ao chamamento público da ANTAQ ou pedir-lhe autorização (nesse caso se possuírem imóveis próprios para a instalação portuária). A agência deverá avaliar a existência de projetos correlatos e poderá optar, fundamentalmente e em vista da respectiva região geográfica, quem tiver a maior capacidade de movimentação ou menor tarifa ou melhor tecnologia¹⁰⁹.

Além disso, o artigo 8º, parágrafo 2º da lei prevê que o prazo para as autorizações é de 25 anos, “prorrogáveis por período sucessivos”. Essa previsão é válida, vez que não se trata de contrato administrativo de concessão ou permissão, estes sim detentores de prazo certo e número limitado de prorrogações. Logo, as autorizações portuárias são contratos de adesão que não contam um termo final predefinido¹¹⁰.

O artigo 7º da lei traz, também, previsão expressa que diz respeito ao compartilhamento da infraestrutura portuária, desde que definida a remuneração adequada, em casos especiais é possível que a ANTAQ regule a utilização por terceiros, das instalações portuárias objeto de contrato de concessão ou de arrendamento.

Trata-se na verdade da obrigação de compartilhamento das redes de serviços públicos, no qual o utente de uma instalação essencial é compelido a viabilizar o acesso de terceiros, desde que tecnicamente possível, à rede, mediante uma remuneração adequada¹¹¹. Isso é corroborado pelo artigo 23 do Decreto Lei nº 8033 de 2013, que regulamenta a Lei nº 12.815 de 2013, que prevê que “os contratos de concessão e arrendamento deverão resguardar o direito de passagem de infraestrutura de terceiros na área objeto dos contratos, conforme disciplinado pela ANTAQ, mediante justa indenização”.

Como acentua Ana Raquel Moniz, os direitos de acesso constituem uma consequência do designado, princípio da rede aberta ou princípio das infraestruturas essenciais que representa um dos vetores fundamentais do regime jurídico das

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 97. No mesmo sentido, confira-se: MAYER, Giovanna, «Notas Sobre o Regime dos Portos Brasileiros»..., pag. 95.

¹⁰⁹ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 71.

¹¹⁰ *Ibidem*, pag. 72.

¹¹¹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães, «A Medida Provisória nº 595: Mudanças no Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil» In *Migalhas*, jan. de 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI170276,61044A+medida+provisoria+595+mudancas+no+marco+regulatorio+do+setor>>. Consulta em 10/05/2016.

infraestruturas, cuja destinação do uso privativo se impõe sempre que estamos perante direito de acesso que têm por objeto infraestruturas dominiais unicamente nos momentos em que implicam a utilização física dessa infraestrutura. Por força daqueles direitos, o titular destas últimas fica vinculado a permitir a todos os operadores económicos do setor em causa acesso à rede dominial. Trata-se de um direito cuja existência para estes últimos resulta de forma direta da lei, não dependendo de qualquer atividade discricionária da Administração¹¹².

O problema nesses casos, como acentua Egon Bockmann, reside justamente na definição do que venha a ser “remuneração adequada”, sobretudo se a exploração se der por meio de concorrentes ao operador que detém o domínio da infraestrutura¹¹³.

Por fim, muitos debates ainda estão por vir quanto às autorizações portuárias, mas o que podemos afirmar é que os requisitos trazidos pela nova lei são bem mais complexos e desafiadores do que o das legislações anteriores, tendo em vista que incorporou-se as vantagens da legislação pretérita, contudo, criando-se novas alternativas. Por isso, necessário a sua compreensão global e harmônica.

3.3.7. Proposta de aplicação das parcerias público privadas no setor portuário Brasileiro

3.3.7.1. Em projetos de infraestrutura

A concretização de parcerias pelo Estado com entidades estatais (Parcerias Público-Público) ou com entidades privadas (Parcerias Público-Privadas) tem ganhado grande destaque nos últimos anos no cenário mundial. Essas parcerias visam principalmente à implementação de grandes projetos estatais, com destaque para a criação e reforma de infraestrutura, a prestação de serviços públicos e a execução de atividades privadas de relevância social.

Em virtude da sobredita tendência, o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de instrumentos jurídicos capazes de implementar as tais parcerias estatais.

¹¹² MONIZ, Ana Raquel, «Considerações Sobre o Domínio Público Portuário: Em Especial, As Concessões»..., pags. 90 e 91.

¹¹³ BOCKMANN, Egon, «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos»..., pag. 72.

São exemplos disso, a Lei nº 11.107 de 2005 (consórcios públicos) e a Lei nº 11.079 de 2004, lei que prevê as Parcerias Público-Privadas¹¹⁴.

Consideradas fundamentais para o desenvolvimento nacional, esse modelo de parceira tem sido utilizado com muita frequência pelos entes federativos brasileiros para viabilizar a construção e reforma da infraestrutura necessária para a realização dos eventos esportivos no Brasil, como a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016 e na gestão de infraestruturas complexas.

Inspiradas na *Private Finance Initiative* (PFI)¹¹⁵ inglesa e na experiência europeia, as PPPs representam, em breve síntese, uma forma especial de concessão de serviços públicos e de serviços administrativos¹¹⁶, com um regime jurídico próprio, que pode ser justificada pelos seguintes fatores: (i) pela limitação ou esgotamento da capacidade de endividamento público, que reduzem ou esgotam a capacidade de investimento pelo Poder Público na prestação direta dos serviços públicos e na criação de infraestrutura adequada; (ii) pela necessidade crescente de prestação de serviços públicos não autossustentáveis, assim definidos por necessitarem de altos investimentos e que são impossibilitados jurídica ou politicamente de ser cobrada tarifa do usuário; e (iii) reconhecimento de que a atuação privada é muito mais eficiente que a atuação estatal direta¹¹⁷.

Em razão da insuficiência do modelo tradicional de concessões, consagrado na Lei nº 8.987 de 1995, para atrair o interesse de investidores privados, especialmente pela insegurança e pelo elevado risco envolvido nas grandes contratações públicas, foi promulgada a Lei nº 11.079 de 2004, com inovações que procuram reduzir os riscos do capital privado.

¹¹⁴ “*Las necesidades sociales y la irrenunciable estatal em estos sectores estratégicos están llevando em todos los países a fórmulas de colaboración entre el Estado y la Sociedad. Conviene hacer aquí una llamada de atención a las distintas modalidades de participación “público-privada” como fórmulas de cooperación abierta, en las que algunos países están trabajando intensamente, tanto a nível teórico como de elaboración de nueva normativa. Brasil, por ejemplo, tiene una ley de “Parcerías-público-privadas” desde 2003 que, si bien no fue todo lo amplia que se había pretendido inicialmente, es un buen punto de partida.*” ORTIZ, Gaspar, Ariño, «Privatización, Liberalización y Desregulación: Balance De Um Processo...», pag. 30.

¹¹⁵ Conceito que tem presidido na Grã-Bretanha e noutros países ao envolvimento do capital e da iniciativa privada, na construção e gestão de infraestruturas e equipamentos públicos, não somente nas áreas das obras e serviços públicos tradicionais, mas também nas áreas da educação e da saúde. LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível, Mercado e Regulação*, Editora Almedina, Coimbra, 2008, pag. 187.

¹¹⁶ Vista à luz do Direito Administrativo Europeu continental, a PFI não passa de uma modalidade da clássica concessão de obras ou de serviços públicos. *Ibidem*.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 90.

No fundo, as PPPs consistem no contrato de concessão especial de serviços públicos, que podem ser firmado de acordo com a Lei nº 11.079 de 2004 sob as modalidades patrocinada e administrativa. A diferença entre esse tipo de parceria da concessão comum é que, enquanto na concessão comum a remuneração do concessionário se dá principalmente por meio de tarifas cobradas dos usuários dos serviços, nas PPPs a remuneração do parceiro privado pode ser tanto obtida através de pagamentos efetuados pelo parceiro público (PPP administrativa), quanto de uma combinação entre tarifas cobradas dos usuários e os pagamentos efetuados pelo parceiro público (PPP patrocinada)¹¹⁸.

Além do mais, nesse modelo, temos um grande atrativo para o capital privado que é o compartilhamento objetivo dos riscos entre o parceiro público e o privado. Outra característica importante, como citado acima, é a pluralidade remuneratória ou compensatória do parceiro privado, que permite a este ser remunerado de diversas formas, por tarifas, repasse direto de recursos públicos ou através da exploração do bem público¹¹⁹.

Com efeito, com a publicação da Nova Lei dos Portos, tem-se gerado o resgate do processo de modernização e desenvolvimento das áreas portuárias, buscando elevar a produtividade e a eficiência dos portos brasileiros, de modo a torná-los competitivos o bastante para atuar na economia mundial globalizada, contudo, para tanto, são necessários vultosos investimentos.

Diante disso, seria fortalecedor para esse setor a utilização das PPPs como forma de atrair o capital privado, possibilitando a melhoria da sua infraestrutura – englobando aqui a estrutura ao redor do porto, principalmente as suas vias de acesso, já que para a sua eficiência são necessárias interligações com outros sistemas de transportes – e da gestão portuária.

À vista disso, o jurista Rafael Oliveira observa que as PPPs consistem em uma alternativa apta a superar a escassez crônica de recursos orçamentários, com a previsão de garantias diferenciadas ao investidor privado e a diluição dos riscos, funcionando como um mecanismo moderno apto a solucionar o problema da falta de projetos

¹¹⁸ A PPP patrocinada tem como objeto, exclusivamente, a prestação de serviços públicos dos quais o particular seja usuário direto, e a Administração apenas beneficiária indireta. Por outro lado, a PPP administrativa pode ser aplicada com maior liberdade, para serviços de que a Administração seja usuária direta ou indireta, ressalvada a proibição de utilização da PPP administrativa para a simples contratação de mão de obra ou para a execução de obras públicas, de modo que o parceiro privado deverá gerir, em princípio, o objeto contratual. OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 92.

¹¹⁹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível, Mercado e Regulação...*, pag. 188.

estruturadores em áreas essenciais, sendo um dos principais instrumentos de financiamento de projetos de infraestrutura com vantagens consideráveis em relação aos mecanismos tradicionais de financiamento do governo¹²⁰.

Assim, podemos apontar algumas das principais razões justificadoras da utilização das PPP's em projetos de infraestrutura: (i) servir de financiamento para obras e serviços públicos, desonerando os cofres públicos; (ii) proporcionar uma divisão ideal de riscos entre os parceiros e maior segurança jurídica ao contrato; (iii) conferir maior agilidade na implementação de projetos de grande vulto, uma vez que o parceiro privado pode realizar as contratações com mais agilidade que o ente público; e (iv) a utilização da expertise da iniciativa privada¹²¹.

Por fim, cabe destacar que a utilização das PPPs e a definição da respectiva modalidade, que será utilizada em cada projeto, não são completamente livres. A escolha entre o modelo tradicional de concessão e o modelo de concessão especial (PPP's), depende da ponderação de vários fatores como o risco do negócio, necessidade de financiamento público, possibilidade econômica e política da cobrança de tarifa dos usuários, capacidade de endividamento público, potencial interesse de investidores privados na execução do projeto, dentre outras.

3.3.7.2. Na gestão portuária

De acordo com dados fornecidos pela Secretaria de Portos, do total de 37 portos públicos brasileiros, 18 deles encontram-se delegados, concedidos ou têm sua operação autorizada aos governos estaduais e municipais e os outros 19 portos são administrados diretamente pelas Companhias Docas¹²², sociedade de economia mista, que têm como acionista majoritária o Governo Federal e, por isso, estão vinculadas diretamente à Secretaria dos Portos. Nesse cenário, não há qualquer registro da

¹²⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 93.

¹²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 94.

¹²² Ao todo são sete Companhias Docas responsáveis pelos portos: Companhia Docas do Pará (CDP)-Portos de Belém, Santarém, Vila do Conde, Altamira, Itaituba e Óbidos, além do Terminal Portuário do Outeiro e Terminal de Miramar; Companhia Docas do Ceará (CDC) - Porto de Fortaleza; Companhia Docas do Rio Grande do Norte (Codern) - Portos de Natal e Maceió, além do Terminal Salineiro de Areia Branca; Companhia Docas do Estado da Bahia (Codeba) - Portos de Salvador, Ilhéus e Aratu; Companhia Docas do Espírito Santo (Codesa) - Portos de Vitória e Barra do Riacho e Capuaba; Companhia Docas do Rio de Janeiro (CDRJ) - Portos do Rio de Janeiro, Niterói, Angra dos Reis e Itaguaí; Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp) - Porto de Santos e Porto de Laguna. Disponível em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/sistema-portuario-nacional>>. Consulta em 17/05/2016.

utilização de PPPs como forma de delegação à iniciativa privada da gestão dos portos nacionais¹²³.

Como observa Rafael Oliveira, no âmbito internacional, ao contrário, já é possível encontrarmos casos de delegação da atividade de gestão portuária mediante PPPs¹²⁴. Existem 4 espécies de gestão portuária: (i) *service port*: quando a autoridade portuária assume a responsabilidade por tudo, ou seja, pela infraestrutura, super-estrutura, equipamentos e fornecimento dos serviços; (ii) *tool port*: quando a autoridade portuária é proprietária da infraestrutura, super-estrutura e equipamentos e o setor privado fornece os serviços em regime de licença ou concessão; (iii) *landlord port*: em que a infraestrutura é propriedade das autoridades portuárias, que se ocupam apenas da respectiva gestão, não prestando quaisquer serviços como operadores, reservando-se, antes, o papel de reguladores; (iv) *private port*¹²⁵. A tendência internacional tem sido a celebração de contratos de PPPs do tipo *landlord port*.

Na Europa, os portos europeus em geral parecem orientados para a adoção do modelo *landlord*, com exceção da Grã-Bretanha, que adota o sistema de *private port*, no qual ocorre a transferência da propriedade do setor público ao privado de forma completa e irreversível, não só no que diz respeito à gestão e prestação dos serviços, mas também com relação ao financiamento dos investimentos pertinentes¹²⁶.

Já no Brasil, a exploração dos portos nacionais aproximam-se mais da primeira modalidade, o sistema *landlord*, em que a propriedade das instalações (comerciais e não comerciais) portuárias permanece na esfera do poder público, apenas transferindo para o setor privado a execução das atividades comerciais relativas à gestão do fluxo de mercadorias do porto¹²⁷.

Já os modelos mais comuns de PPPs para terminais portuários são: (i) operador/investidor; (ii) *Build Operate Transfer (BOT)*.

¹²³ Dados disponíveis em: <<http://www.portosdobrasil.gov.br/assuntos-1/sistema-portuario-nacional>>. Consulta em 16/05/2016.

¹²⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 101.

¹²⁵ LOPES MARTINS, Licínio; TAVARES DA SILVA, Suzana, «Estudo de Metodologia de Avaliação dos Tarifários das Administrações Portuárias», In *Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE)*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pag. 13. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/online/public_10.pdf>. Consulta em 11/05/2016.

¹²⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 96. Nesse mesmo sentido, vide LOPES MARTINS, Licínio, «Os Desafios da Administração e Gestão Portuária», In *Os Novos Desafios Da Política Portuária*, Editora Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pag. 17.

¹²⁷ CALVÃO DA SILVA, João Nuno; PORTO, Manuel, «Organização Administrativa e Regulação dos Portos: Uma Análise de Direito Comparado», In *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 139, nº 3958, Coimbra Editora, Coimbra, setembro-outubro de 2009, pag. 44.

O modelo do operador/investidor confere a administração de ativos de propriedade pública preexistente a um particular, que neles realiza investimentos adicionais. Todavia, durante todo o período da concessão, a propriedade dos bens permanece com o Poder Público. Os contratos geralmente incluem não só um compromisso de gestão do terminal portuário, mas também o compromisso de reabilitação ou construção de infraestrutura por parte do parceiro privado¹²⁸.

Por outro lado, o modelo *BOT* permite a participação do setor privado, com o intuito de facilitar a implementação de programas de desenvolvimento e de melhores práticas de gestão, conferindo ao investidor particular o direito de construir as instalações portuárias e, conseqüentemente, de explorá-las por determinado período de tempo. A diferença desse modelo é que os bens e ativos apenas são revertidos para a propriedade pública ao final do contrato. Esse é o modelo que vem sendo adotado para delegação de terminais portuários na Índia, por exemplo¹²⁹.

Independente do modelo adotado, as PPPs realizadas em portos impõem controles rígidos às atividades dos operadores privados, estabelecendo limites até mesmo quanto aos tipos de carga que os operadores estão autorizados a movimentar. Esta especialização além de gerar aumento de eficiência, preserva também a competitividade na logística portuária nacional, que tradicionalmente é tratado como um monopólio natural¹³⁰.

Ademais, as PPPs exigem um comprometimento orçamentário de longo prazo, razão pela qual a sua utilização depende da elaboração de estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação bem como a sua adequação a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por fim, vale advertir os problemas que as PPPs podem trazer para o futuro e suas conseqüências para os contribuintes. Como bem observado por Vital Moreira, o perigo das PPPs é que elas constituem num modo tentador de os governos fazerem

¹²⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 96. Nesse sentido, confira-se: CONSTANTE, Jonas Mendes; FARREL, Sheila, «Uma Análise de Modelos de PPPs no Setor Portuário Internacional», In *PPP Brasil; Observatório das Parcerias Público Privadas*, 2013, pag. 2. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/Modelos%20de%20PPP%20no%20Setor%20Portu%C3%A1rio%20-%20Versao%20Final.pdf>>. Consulta em 15/05/2016.

¹²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 96. Nesse mesmo sentido, confira-se, também, CONSTANTE, Jonas Mendes; FARREL, Sheila, «Uma Análise de Modelos de PPPs no Setor Portuário Internacional», In *PPP Brasil; Observatório das Parcerias Público Privadas*, 2013, pag. 2. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/Modelos%20de%20PPP%20no%20Setor%20Portu%C3%A1rio%20-%20Versao%20Final.pdf>>. Consulta em 15/05/2016.

¹³⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 96.

obras rapidamente, sob pressão política, sem uma rigorosa avaliação do seu custo final para os contribuintes. Quer dizer, as PPPs permitem esconder o verdadeiro custo dos programas de despesa do setor público, a isso acresce a vantagem de se permitir libertar o endividamento para outras despesas públicas, ampliando assim as disponibilidades financeiras do Estado, mas sempre sobrecarregando mais os futuros contribuintes.

Muitas vezes, as cláusulas de revisão dos custos normalmente inseridas nos acordos das PPPs só muito depois se vêm a revelar mais onerosas do que o previsto. E a gratuidade desses serviços para os utentes torna-os impróprios para funcionarem como poder de compensação face aos concessionários no que respeita aos custos financeiros, já que são os contribuintes em geral que pagam¹³¹.

3.4. A regulação por agência do setor portuário brasileiro

Tomada a decisão de escolher o modelo de regulação por agências, se consubstancia na instituição de uma agência reguladora. Fundamentalmente está em causa à exigência de optar por um organismo independente e desgovernamentalizado ou por uma instância integrada na hierarquia administrativa ou apenas sujeita a uma orientação e supervisão governamental. Significa que o legislador tem a incumbência de escolher instituir uma estrutura desgovernamentalizada, ou seja, imune às pressões do Governo ou, pelo contrário, o estabelecimento de uma estrutura sob influência governamental¹³².

No caso das indústrias em rede, a gestão é necessária manter a uma agência reguladora apartada do Governo Central, de modo a garantir aos vários operadores um acesso à rede em igualdade de circunstâncias. Desse modo, torna-se necessária a existência de uma entidade reguladora dotada de autoridade e de independência para garantir o acesso a todos em condições equitativas. Além disso, os serviços de interesse económico geral, depois que deixaram de ser exclusivos público, passaram a estar entregues à atividade privada, com sujeição a obrigações de serviços públicos, competindo, agora, a autoridade reguladora independente garantir o respeito dessas obrigações de serviço público, em benefício dos utentes. Eis que quanto mais

¹³¹ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível, Mercado e Regulação...*, pag. 189.

¹³² GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante...*, pag. 83.

independência tiver a entidade reguladora, mais autoridade ela terá para levar a frente a sua tarefa¹³³.

No setor portuário brasileiro, o modelo de agência reguladora adotada é a desgovernamentalizada, ou seja, um organismo independente que deverá regular o setor ora analisado, imune de pressões políticas, denominado de Agência Reguladora Nacional de Transportes Aquaviários a ANTAQ.

Desta forma, após escolhido o figurino institucional da entidade, caberá a ela definir as regras setoriais, numa perspectiva que deverá atender às exigências específicas de cada setor regulado. Como estamos diante de uma infraestrutura em rede, torna-se essencial instituir direitos de acesso aos terceiros à rede pública e regras sobre acordos entre os operadores econômicos. Impõe-se instituir ou permitir que venham a ser instituídas obrigações específicas sobre certos ou todos os operadores econômicos. O que está em causa aqui é a exigência de a legislação configurar os termos do exercício da liberdade de iniciativa, acomodando-se com o interesse público e os direitos dos cidadãos quanto ao acesso a serviços essenciais. Nesse plano, em que o estabelecimento de regras legais já se pode qualificar a regulação, a legislação deve assumir uma preocupação de garantia da universalidade¹³⁴.

Para tanto, as agências reguladoras valem-se de normas regulatórias setoriais que condicionam e conformam as condutas dos agentes econômicos daquele setor. A atuação delas é essencialmente *ex ante*, estabelecendo normas aplicáveis a todos os agentes daquele mercado, e complementarmente *ex post*, na fiscalização e controle do cumprimento de tais normas. Nesse sentido, podemos afirmar que a atuação do regulador setorial é sempre contínua, já que o funcionamento de certo setor de mercado depende das previsões normativas por ela instituídas¹³⁵.

Nessa perspectiva, a Lei nº 12.815 de 2013 estabelece em seu artigo 9º que “os interessados em obter a autorização de instalação portuária poderão requerê-la à ANTAQ a qualquer tempo, na forma do regulamento”, a sua entrada no mercado. Além disso, em seu artigo 10º, “caberá a ANTAQ, a qualquer momento e em consonância com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, a abertura de processo de chamada pública para identificar a existência de interessados na obtenção

¹³³ MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pag.12.

¹³⁴ GONÇALVES, Pedro, *Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante...*, pag. 84.

¹³⁵ GUIMARÃES, Bernardo; Strobel, KATO; Mariana, Almeida, «Arrendamentos Públicos, Licitações, Proteção à Concorrência e o Direito dos Arrendatários»..., pag. 203.

de autorização de instalação portuária”. E, por fim, o artigo 13 define que “a ANTAQ poderá disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, assegurada remuneração adequada ao titular da autorização”.

4- AGÊNCIA REGULADORA PORTUÁRIA BRASILEIRA

4.1. Algumas notas sobre as agências reguladoras brasileiras

4.1.1. Os novos contornos do Estado e o surgimento das agências reguladoras

Vivenciamos nas últimas décadas do século passado um movimento de liberalização da economia num quadro de amplitude mundial com origem nos Estados Unidos da América e que tiveram como principal consequência uma alteração substancial do papel do Estado na economia.

Nesse processo de transmutação da figura estatal, como vimos acima, o Estado deixa de exercer a função de empresário ou prestador direto de serviços públicos para torna-se um Estado regulador de uma economia privatizada e submetida ao mercado, mediante a liberalização e o fomento da concorrência e voltado para a proteção do interesse geral e dos interesses dos utentes. Tal fenômeno é chamado por Vital Moreira e Fernanda Maçãs de desintervenção do Estado na economia¹³⁶.

Toda essa mudança significou uma grande racionalização e conseqüente desmantelamento das estruturas burocráticas do Estado, ou seja, um “emagrecimento estatal”, deixando a Administração Pública de ser um aparelho burocrático que concretiza o interesse público pautado, exclusivamente na lei, para concretizar políticas públicas ancoradas em novos conceitos operatórios, como: direção, *governance*, regulação, eficiência, dentre outros¹³⁷.

Não à toa, Suzana Tavares da Silva afirma que a Administração Pública afasta-se cada vez mais do velho conceito de máquina pública inchada e burocratizada, para conforma-se como uma entidade programada que absorve os “inputs” dos programas políticos pré definidos pelo Governo e pelo legislador, visando concretizar políticas públicas focadas em estratégias de composição de interesses sociais por meio da

¹³⁶ MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes...*, pag. 9.

¹³⁷ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?...*, pags. 36 e 37.

cooperação, *governance* e negociações. Sendo a sua performance controlada em diversas fases de modo a garantir o alcance dos resultados. Esse controle se dá por intermédio da *accountability*, monitorização e responsividade¹³⁸.

Pois bem, neste cenário de modificações, uma das manifestações mais importantes deste novo paradigma estatal se deu com a criação de entidades reguladoras com finalidades específicas de regular fatias do mercado cujo processo decisório pautasse em critérios técnicos-científicos.

Significa que a regulação econômica passa a ficar a cargo das autoridades reguladoras independentes, denominadas “independentes”, para realçar a sua autonomia e independência em relação ao Poder Central¹³⁹. Quer dizer, essas entidades são criadas para atuar de forma isenta e imparcial quando regulam o mercado, e para que isso seja possível é imperioso que a sua atividade fique distante de ingerências políticas, visto que possíveis intervenções poderiam macular suas atividades.

Nesse sentido, a autonomia e a independência possibilitam que elas atuem com mais liberdade alforriadas de pressões políticas, permitindo, assim, que suas decisões sejam pautadas somente em critérios técnicos e científicos, garantindo um mercado mais equitativo, competitivo e seguro e uma prestação ótima de serviço público em benefício dos utentes.

Tais entidades, portanto, atuam exclusivamente alicerçadas na técnica, e para que isso se concretize se pressupõe uma separação entre a esfera da política governamental e a esfera da regulação em sentido estrito, evitando, assim, que suas decisões fiquem à mercê de perturbações políticas momentâneos. À vista disso, a atuação das agências é desgovernamentalizada, possibilitando que elas atuem da forma mais imparcial e neutra.

4.1.2. Estrutura jurídica das agências reguladoras

Hoje já não há mais dúvidas entre os operadores do direito que as agências reguladoras possuem natureza administrativa bem como a função que elas desempenham. Essas entidades foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro sob a forma de autarquias e, conseqüentemente, com personalidade jurídica de direito

¹³⁸ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?...*, pags. 36 e 37.

¹³⁹ Sobre as origens das agências reguladoras no direito comparado, *vide*: CARDOSO, José Lucas, *Autoridade Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra.

público. Assim sendo, estão sujeitas aos mandamentos do artigo 37, XIX da CRFB e a sua criação somente poderá se dar mediante lei específica e por força da simetria só podem ser extintas por lei.

No ordenamento jurídico brasileiro, essas entidades designadas como autarquias especiais, são dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas pela sua autonomia e independência em relação ao Poder Central, por isso, não se enquadram no modelo tradicional de autarquia executiva¹⁴⁰.

A instituição de um modelo especial para essas entidades visa principalmente preservar suas atividades de ingerências indevidas, sobretudo por parte do Estado e de seus agentes. Por essa razão, se procurou demarcar para essas autoridades o predomínio de juízos técnicos em detrimento das avaliações políticas. Sendo necessário, portanto, resguarda essas autarquias especiais de interferências inadequadas, dando-lhes autonomia político-administrativa e político-financeira¹⁴¹.

Em relação à autonomia político-administrativa, a legislação institucional de cada agência prevê um conjunto de procedimentos, garantias e cautelas. Quanto à nomeação de seus dirigentes, estes serão nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, mas deverão ser aprovados previamente pelo Senado Federal, exatamente para apaziguar as críticas acerca da possível nomeação dissociada da técnica.

Além disso, um traço importante dessa autonomia é o mandato fixo de seus diretores, de três ou quatro anos, em que não há possibilidade de livre exoneração ao longo desse período, salvo falta grave apurada mediante devido processo legal.

Nesse sentido, seus conselheiros e diretores possuem estabilidade ao longo do mandato, significa que esses agentes somente perderão o mandato em caso de renúncia, de condenação transitada em julgada ou de processo disciplinar.

Com efeito, o mandato dos dirigentes dessas entidades não coincide com a vigência do mandato eletivo dos agentes políticos. Houve, novamente, a preocupação em separar ao máximo a atuação técnica das ingerências governamentais, valorizando-se o seu tecnicismo¹⁴².

Contudo, essa dissociação entre o mandato eletivo dos diretores e dos agentes políticos tem gerado questionamentos jurídicos, eis que poderia frustrar a escolha

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Zanella, *Direito Administrativo...*, pag. 404 e 405.

¹⁴¹ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática», In *Revista de Direito Público da Procuradoria Geral do Rio de Janeiro, Número 56*, Centro de Estudos Jurídicos, CEJUR, Rio de Janeiro, 2002, pag. 212.

¹⁴² CARDOSO, José Lucas, *Autoridade Administrativas Independentes e Constituição...*, pag. 49.

popular. O doutrinador Gustavo Binembojm faz alguns comentários acerca dessa problemática afirmando que o não sincronismo poderá gerar uma convivência de uma agência reguladora gerenciada por uma cúpula de dirigentes que não condizem com o governo eleito, havendo um risco de uma clara dissociação da atuação da entidade com as políticas públicas, o que poderia prejudicar a escolha popular. Este fenômeno é chamado de “déficit democrático”¹⁴³.

É bem verdade que essas estruturas organizatórias não gozam de legitimidade democrática fundamentada no sufrágio eleitoral, porém, não podemos deixar de reconhecer aos titulares das autoridades administrativas independentes uma legitimidade democrática remota e mediata, na medida em que a designação dos mesmos é, na generalidade dos casos, da competência de outros órgãos de Governo dotados de legitimidade democrática direta¹⁴⁴.

Ademais, como propõe o próprio Gustavo Binembojm, a participação dos cidadãos se apresenta como a mais acertada forma de suprimento do problema do *déficit de legitimação democrática* das entidades reguladoras. Para o autor, se há dificuldade de legitimação decorrente da alocação de porção do poder do Estado em reguladores não eleitos pelo sufrágio eleitoral, o fomento à participação social nos processos regulatórios seria uma possível maneira de reforçar a autoridade das decisões das agências. Sugerindo, portanto, as audiências públicas como forma de viabilizar a participação popular em expor suas ideais e sugestões de forma a propiciar que a Administração Pública decida com maior probabilidade de atender aos anseios de todos envolvidos na atividade regulatória¹⁴⁵.

Além disso, as leis instituidoras dessas agências prevêm como regra, que seus dirigentes estarão impedidos de prestar, direta ou indiretamente qualquer tipo de serviço às empresas sob sua regulação ou fiscalização, ao longo de determinado período

¹⁴³ BINENBOJM, Gustavo, «As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil», In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Nº 3, Salvador, ago-set-out 2005, pag. 15 e 16. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Consulta em 22/04/2016.

¹⁴⁴ CARDOSO, José Lucas, *Autoridade Administrativas Independentes e Constituição...*, pag. 456. No mesmo sentido, confira-se: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, «A Regulação Sob a Perspectiva da Nova Hermenêutica», In *Revista Eletrônica de Direito Público, REDAE*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Número 12, Bahia, novembro/dezembro/janeiro 2008, pag. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>>. Consulta em 22/04/2016.

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo, «As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil», In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Nº 3, Salvador, ago-set-out 2005, pag. 15 e 16. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Consulta em 22/04/2016.

subsequente ao término de seus mandatos. Tal espaço de tempo é denominado como “período de quarentena”. Nesses casos, é assegurado ao ex dirigente dessas entidades a remuneração equivalente à do cargo de direção antes exercido¹⁴⁶.

Com relação à autonomia econômico-financeira, procura-se conferir a essas agências, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas provenientes de outras fontes, tais como taxas de fiscalização e regulação. Além disso, as leis instituidoras de cada uma das agências cuidaram de estabelecer as taxas de fiscalização ou de regulação do serviço público objeto de delegação como uma das importantes fontes de receita dessas autarquias¹⁴⁷.

4.1.3. Diferentes atividades das agências reguladoras

Quanto à atividade desenvolvida por essas entidades, com certeza a característica mais marcante é a sua independência. Traduz-se na possibilidade dessas agências desenvolverem a sua atividade sem nenhum tipo de sujeição a quaisquer ordens ou instrução por parte dos governos. Ou seja, isso significa que as suas decisões estão isentas de controle hierárquico ou tutelar do Poder Executivo, não podendo ser reformuladas e nem anuladas a não ser pela via jurisdicional¹⁴⁸.

Outra característica relativa à sua atividade é a sua neutralidade. Suas decisões pautam-se por critérios estritamente técnicos, isento de qualquer intromissão política. Na verdade, a atividade dessas agências deve ser norteada em um poder-dever no sentido de valorar e ponderar todos os interesses em jogo – públicos e privados – sem que haja qualquer tipo de privilégio ou discriminação a qualquer um deles.

Nesse sentido, os seus dirigentes devem desenvolver a sua atividade de maneira menos condicionada politicamente, ancoradas estritamente na técnica. Por esse motivo devem ser escolhidas pessoas com elevada preparação técnica para compor o seu quadro diretório¹⁴⁹. Desse modo, seu objetivo é o de garantir a maior neutralidade política, assegurando ao setor sobre o qual regulam maior segurança, já que suas

¹⁴⁶ DI PIETRO, Maria Zanella, *Direito Administrativo...*, pag. 405.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pag. 215.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, pag. 664.

¹⁴⁹ Vital Moreira e Fernanda Maçãs falam em constituição de uma espécie de “governo dos sábios”. *Autoridades Reguladoras Independentes...*, pag. 26.

decisões não ficarão a mercê dos sabores políticos do momento, pois serão tomadas com base no tecnicismo.

Com relação ao tecnicismo, vale destacar que a Administração Pública apela, cada vez mais, a critérios decisórios de natureza técnico-científica. São critérios que, situados fora de um puro raciocínio subsuntivo de aplicação de normas jurídicas ou de apelo a uma margem de autonomia jurídica de ponderação, pressupõem e remetem para pautas decisórias cujos referenciais se situam em domínios científicos e tecnológicos totalmente estranhos ao jurista. Estão em causa decisões técnico-científicas cujo conteúdo afasta-se do conhecimento do jurista, e mesmo estando alicerçadas em pressupostos e raciocínio não jurídicos, produzem efeitos jurídicos¹⁵⁰.

Ponto positivo é que essas decisões de natureza científica não se encontram submetidas ao “jogo de regras democráticas”, já que o avanço da ciência não depende de decisões pautadas no sufrágio universal. Como acentua Paulo Otero, onde se encontram decisões alicerçadas em critérios técnicos e científicos, expressando áreas de uma Administração Pública especializada, as noções de legitimidade política e democrática são substituídas pelas idéias de legitimidade científica e técnica. Portanto, o mérito técnico-científico do decisor limita, condiciona e anula a força da decisão política de quem se encontra legitimado democraticamente, ou seja, “a política verga-se totalmente aos ditames da técnica”¹⁵¹.

4.1.3.1. Função reguladora

Com relação à função reguladora das agências, em uma visão geral, significa o estabelecimento de regras, pautadas no tecnicismo, para um dado setor específico da economia de um Estado. Tem como objetivo fazer com que o resultado produzido por certo setor do mercado se aproxime de um “valor de referência” almejado ou alcance conformidade aceitável a um determinado “marco regulatório” previamente estabelecido, mantendo-o estabilizado nesse regime de funcionamento.

¹⁵⁰ OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Editora Almedina, Lisboa, 2013, pag. 453. No mesmo sentido, confira-se: MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes...*, pag. 29.

¹⁵¹ OTERO, Paulo, *Manual de Direito Administrativo...*, pag. 456.

Nesse sentido, ensina Maria Sylvia Anella Di Pietro, que regular significa organizar determinado setor afeto à agência reguladora, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor¹⁵².

Quer dizer que essas entidades têm o poder-dever de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos. A regulação considera uma gama mais ampla de atribuições relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização composição de conflitos e aplicação eventual de sanções. No Brasil, a essas agências têm sido praticada diversas tarefas tais como: (i) o controle de tarifa, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; (ii) universalização do serviço, estendendo-se a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força de escassez de recursos; (iii) fomento da competitividade, nas áreas que antes eram designadas como monopólios naturais; (iv) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; (v) arbitramento dos conflitos entre as diversas partes envolvidas (consumidores, Poder Concedente, concessionários, comunidade etc)¹⁵³.

Assim, a função reguladora pressupõe-se o estabelecimento de regras variadas, como as de natureza fiscalizadora, negociadoras, normativas, sancionadoras e decisórias com vistas à regular certo nicho do mercado, onde devem predominar sempre as decisões de caráter técnico em detrimento de escolhas tipicamente políticas.

4.1.3.2. Função normativa, executiva e decisória

A atividade executiva dessas entidades envolve a implementação das políticas públicas e diretrizes ditados pelo legislador, assim como a concretização e individualização das normas relativamente ao setor público ou privado regulado. De certo, é dentro desse espaço dado a elas que se enquadram os atos de fiscalização, bem como os de natureza sancionatória, em caso de descumprimento do regramento aplicável.

Uma questão que se coloca nesse ponto é a relação dessas entidades com as diretrizes políticas traçadas pelo Poder Executivo ou por agentes que deles recebem delegação. Por força de lei, as agências reguladoras quando exercem a função executiva

¹⁵² DI PIETRO, Maria Zanella, *Direito Administrativo...*, pag. 403.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pag. 217.

deverão implementar políticas expedidas pelos órgãos da Administração Pública Central¹⁵⁴.

Vale destacar que não cabe a essas entidades a determinação integral das políticas públicas para o setor regulado, uma vez que caso isso ocorra, restará pouco espaço de competência decisória para o Poder Executivo o que por certo prejudicaria a atuação estatal na implementação das políticas públicas num quadro de múltiplas entidades reguladoras¹⁵⁵.

Por outro lado, as mesmas leis prevêm que as agências não mantêm vínculo de hierarquia ou de subordinação decisória com a Administração direta ou com qualquer órgão do Governo. Não havendo, portanto, a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio contra suas decisões, dirigido à Administração direta¹⁵⁶.

Como observa Luís Roberto Barroso, ao contrário do se extrai das diversas normas que cuidaram desse assunto é certo que essas entidades funcionam como última instância administrativa para o julgamento dos recursos contra seus atos. Assim, não será possível o controle administrativo pela via do recurso hierárquico, sendo em princípio inadmissível que as decisões tomadas pelas agências possam ser revistas ou modificadas por algum agente político. Para o autor, o controle executivo limita-se, como regra, à escolha de seus dirigentes, sob pena de se ofender a autonomia que lhes é assegurada pelas leis instituidoras. Ou seja, a subordinação seria incompatível com a implementação eficiente da regulação de atividades que mobilizam interesses múltiplos do Estado¹⁵⁷.

¹⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo...*, pag. 671. Nesse sentido, confira-se jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2.095-MC, Pleno, Ministro Relator Octavio Gallotti, julgado em 22/3/2000: “Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos do Estado do Rio Grande do Sul (AGERGS). Insuficiência de relevo jurídico da oposição que se faz à sua autonomia perante o Chefe do Poder Executivo (CF, art. 84, II), dado que não se inclui na competência da Autarquia função política decisória ou planejadora sobre até onde e a que serviços estender a delegação do Estado, mas o encargo de prevenir e arbitrar segundo a lei os conflitos de interesses entre concessionários e usuários ou entre aqueles e o Poder concedente. Serviço de saneamento. Competência da Agência para regulá-los, em decorrência de convênio com os Municípios”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282095%2EENUME%2E+OU+2095%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lpr77pq>>. Consulta em 03/07/2016.

¹⁵⁵ Nesse sentido, confira-se decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, no acórdão nº 873/2010, Ministro Relator Augusto Nardes, julgado em 28/04/2010: “Aos órgãos de controle incumbe acompanhar as ações desenvolvidas pela Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, que regula o setor de telecomunicações, no sentido do atingimento das metas de universalização estipuladas nos planos gerais e específicos, incluídas nos contratos de concessão ou estabelecidas posteriormente”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Consulta em 03/07/2016.

¹⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo...*, pag. 668.

¹⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pag. 218.

Dentro da função executiva, temos a função sancionatória, onde essas entidades detêm competências para instaurar processos administrativos com punições, além de proceder à respectiva investigação e decidir, aplicando multas, medidas cautelares ou até mesmo sanções pecuniárias compulsórias¹⁵⁸.

Soma-se a isso a função consultiva, podendo emitir pareceres facultativos ou obrigatórios, vinculativos ou não, juntamente com a possibilidade de emitirem recomendações ao Governo ou à Administração para que seja adotado um dado comportamento, da mesma forma para seus regulados¹⁵⁹.

Ao lado do exercício de funções puramente administrativas temos ainda a competência decisória exercida por essas agências, em que resolvem conflitos em âmbito administrativo entre os agentes econômicos que atuam no setor e entre eles e os consumidores. As agências reguladoras costumam ser autorizadas por lei a dirimir tanto controvérsias nas quais o Poder Concedente é parte, quanto as que se instaurem entre dois ou mais particulares, sejam concessionárias ou empresas do setor, seja entre essas empresas e seus usuários, exercendo a função decisória tal como um árbitro¹⁶⁰.

A função normativa se caracteriza pelo exercício da função regulatória, outorgada pelo Legislativo através da deslegalização parcial da matéria¹⁶¹ – retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei passando-as ao domínio da norma secundária –, de forma a que elas possam instituir um regramento sublegal para o setor¹⁶². Desta feita, tais autoridades têm prerrogativas para propor ou aprovar regulamentos para o setor de atividade, emitir recomendações e diretivas genéricas e propor e homologar manuais de boas práticas¹⁶³.

Entretanto, nesse ponto reside uma das maiores controvérsias em relação às agências reguladoras. A problemática se dá porque praticamente todas as leis que organizam essas entidades asseguram a elas funções normativas de largo alcance. Ou seja, embora em alguns casos seja possível dizer que a lei apenas atribui um espaço discricionário amplo aos agentes administrativos, em outros casos, ocorre verdadeira

¹⁵⁸ DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; PALMA, Maria Fernanda, *Direito Sancionatório Das Entidades Reguladoras*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pag. 109.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pag. 438.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pags. 220 a 221.

¹⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo...*, pag. 285.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; PALMA, Maria Fernanda, *Direito Sancionatório Das Entidades Reguladoras...*, pag. 109.

delegação de funções do Poder Legislativo para a agência, transferindo-se quase que inteiramente a competência para disciplinar determinadas matérias.

Daí que Luís Roberto Barroso afirma que as leis das agências reguladoras conferem funções normativas de grande extensão, no qual ocorre verdadeira delegação de funções do Legislativo para a agência¹⁶⁴. O problema aqui seria o confronto dessas disposições com o princípio da legalidade, que, embora passe por ampla reformulação, continua a funcionar como uma das mais importantes garantias individuais, nos termos do art. 5º, II, da Constituição. É bem verdade que a doutrina vem construindo em torno do tradicional princípio da legalidade uma teorização mais sofisticada, sendo capaz de adaptá-lo à nova distribuição de espaços de atuação entre os três Poderes. Logo, a necessidade de agilidade nas ações estatais e a relação cada vez mais próxima entre ação estatal e conhecimentos técnicos especializados acabaram exigindo uma nova leitura do princípio da legalidade. Sendo assim, a grande dificuldade que envolve as agências reguladoras diz respeito ao seu convívio com o princípio da legalidade.¹⁶⁵

Nesse sentido, como aponta Suzana Tavares da Silva, há uma dificuldade em enquadrar os regulamentos das agências reguladoras no contexto das fontes de direito, assim como na sua articulação com as regras e princípios constitucionais. Já que são regulamentos externos, em boa medida com conteúdo inovador relativamente à lei e por isso verdadeiros regulamentos independentes que cumprem uma função administrativa reguladora, de criar regras, instituindo limites à liberdade privada¹⁶⁶.

4.1.4. Tipos de controle das atividades das agências reguladoras – Executivo, Legislativo, Judiciário e Social

Em termos gerais, essas entidades são controladas: (i) pelo Poder Executivo que fará o controle político dessas entidades; (ii) pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas da União, no que se refere à sua atividade meio; (iii) pelo Poder Judiciário; (iv) pela sociedade, por meio das audiências e consultas públicas.

Com relação ao controle executivo, a existência do agente regulador independente não afasta, em nenhuma hipótese as regras de controle. A

¹⁶⁴ No mesmo sentido confira-se: FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo I*, 9ª Edição, Civitas Ediciones, Madrid, 1999, pag. 439.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pag. 223.

¹⁶⁶ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?*..., pag. 85.

“independência”, característica salutar dessas entidades, busca colocar o seu juízo técnico a salvo de ingerências políticas indesejáveis, todavia, não podemos negar que existe, sim, um controle político administrativo exercido pelos órgãos de Governo frente a essas autoridades.

A autonomia dessas agências é, apesar de especialmente reforçada em relação à autonomia das demais autarquias, limitada¹⁶⁷. A limitação inicia-se no próprio projeto de lei que dá origem à agência e que define suas competências. A lei estabelece a que estrutura da administração direta ficará vinculada a entidade, se a um Ministério ou diretamente à Chefia do Poder Executivo. Desta forma, elas integram a Administração Indireta e se submetem à função de direção do administrador público, ainda que livres da pressão política.

Tais entidades decorrem de um processo de descentralização administrativa, por meio do qual são transferidos poderes da entidade central para entidades autônomas, que ficarão responsáveis por regular certo setor do mercado. Quer dizer, transfere-se o exercício da atividade à pessoa diversa, que não se confunde com o ente federativo. Nessa relação, não há que se falar em subordinação ou hierarquização, e sim em vinculação ao órgão central, pois trata-se de uma relação linear.

Na verdade, essa relação gera uma fiscalização condicionada aos termos da lei, sendo denominada de controle finalístico ou supervisão ministerial, decorrente do poder de tutela¹⁶⁸. O que é totalmente diferente do controle existente na relação de subordinação, caso em que os órgãos superiores de governo poderão rever livremente os atos dos órgãos inferiores, gerando uma fiscalização incondicionada, o que também é chamado de controle hierárquico. Esta possibilidade de fiscalização interna decorre do poder de autotutela.

Pois bem, para o exercício da atividade regulatória optou-se pela descentralização funcional, ou seja, optou-se pela relação de vinculação e, por consequência pelo controle finalístico. Isso significa que as agências reguladoras se submetem a algum tipo de controle, senão representariam uma espécie “ilha” dentro do Estado, ou até mesmo como alguns autores entendem um quarto poder¹⁶⁹. Para que isso

¹⁶⁷ Para Alexandre Santos de Aragão, toda autonomia é, por definição, limitada. Ilimitada, só a soberania. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012, pag. 220.

¹⁶⁸ O controle das agências reguladoras é apenas externo e judicial e não interno ou político. As entidades reguladoras apenas estão sujeitas a uma mera tutela de legalidade por parte do Estado. MONCADA, Luís, Cabral De, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: Uma perspectiva Luso-Brasileira*, Editora Almedina, Coimbra, 2012, pag. 242.

¹⁶⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos De, *Curso de Direito Administrativo...*, pag. 220.

não ocorra, faz-se mister a existência de mecanismos que, sem prejudicar a sua especial autonomia, proporcionem a sua integração no conjunto das ações estatais e alguma permeabilidade em relação ao Chefe do Poder Executivo.

Além do mais, as agências reguladoras estão cingidas às políticas públicas traçadas pelos órgãos governamentais. Quer dizer, uma característica homogênea e subjacente a esses órgãos é a sua submissão à política pública traçada pelo Governo, seja pelo próprio Presidente da República, pelo Ministro de Estado ao qual estão vinculadas. Portanto, elas devem respeitar as metas e ações governamentais, pois, mesmo tendo independência funcional, é certo que integram o ramo executivo e, como entes da administração pública indireta estão submetidas ao cumprimento das políticas públicas¹⁷⁰.

Com efeito, temos ainda o controle exercido pelo Poder Legislativo que com o auxílio do Tribunal de Contas que julga as despesas mediante prestação de contas a esse órgão. A CRFB de 1988 esteve atenta ao tema e previu o controle externo das contas e gastos públicos no Texto Constitucional, competindo ao Poder Legislativo efetuar-lo, com auxílio do Tribunal de Contas, arts. 70 e 71 da CRFB. É bem verdade que a Constituição alargou de forma considerável essa atividade fiscalizatória externa, permitindo o exame não tão adstrito à legalidade e ampliando o controle a todos aqueles que venham a deter recursos públicos¹⁷¹.

Dessa forma, não há divergência doutrinária quanto aos campos em que se desenvolve a atuação dos Tribunais de Contas, são eles: i) auditoria financeira e orçamentária; ii) julgamento das contas dos administradores e responsáveis por bens e valores públicos; e iii) emissão de parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Executivo.

Assim, é próprio da fiscalização externa examinar as contas das entidades da administração direta e indireta, aos ângulos da legalidade, legitimidade e economicidade. É essencial, todavia, para que se abra a possibilidade de fiscalização, tratar-se efetivamente de dispêndio de recursos públicos, quando então até as pessoas privadas estarão sujeitas à prestação de contas. Dessa forma, escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando elas não envolvam o uso de dinheiro público. Isto acontece, por exemplo, quando o

¹⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo, *Novas Mutações Juspolíticas*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pag. 119.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pag. 218.

Tribunal de Contas visa obter informações a respeito de deveres dos concessionários, atividades que, a par de não envolverem dispêndio de dinheiro público, constituem a razão da criação da própria agência reguladora. Não lhe caberá avançar a atividade fiscalizadora sobre a atividade-fim da agência reguladora, sob pena de violação do princípio da separação de Poderes¹⁷².

Este, portanto, o limite da atribuição do Tribunal de Contas. Nada no texto constitucional o autoriza a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, muito menos de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza¹⁷³.

Para mais, é com o controle de fiscalização exercido pelos Tribunais de Contas que se estende a aplicação de sanções individuais aos responsáveis por ilegalidade de despesa ou irregularidades de contas e com cominações corretivas, voltadas às sanatória de ilegalidade¹⁷⁴.

Já no controle exercido pelo Poder Judiciário, cabe destacar que o exercício da atividade das agências reguladoras encontra-se limitado, desde logo, pela existência de controle jurisdicional dos seus atos. Mesmo alguns autores advogarem pela tese da imunidade jurisdicional das agências, por força da sua independência, a verdade é que esta tese não encontra respaldo, visto que se afigura incompatível com a natureza administrativa que a maioria reconhece a estas entidades e, bem assim, com o princípio do Estado de Direito¹⁷⁵.

Como decorrência deste princípio, constitui exigência fundamental a submissão dessas autoridades públicas ao direito, cabendo aos Tribunais apreciar a conformidade de seus atos com a lei. Ou seja, o judiciário deve investigar a juricidade das decisões tomadas por essas entidades.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, defende que o judiciário pode e deve investigar amplamente a juricidade do procedimento do espaço decisório exercido por atos regulatórios quanto a sua legalidade, legitimidade e licitude. Além

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pag. 219.

¹⁷³ *Ibidem*, pag. 220.

¹⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo, *Novas Mutações Juspolíticas...*, pag. 119.

¹⁷⁵ MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes...*, pag. 37.

disso, para assegurar a juridicidade do processo regulatório, principalmente contra o arbítrio e o exercício do voluntarismo decisório, abre-se a possibilidade do exame de razoabilidade e de proporcionalidade do ato decisório, ponderando suas vantagens e desvantagens relativamente aos direitos fundamentais, podendo anulá-los ou remetê-los à agência para corrigi-lo¹⁷⁶.

Já Luís Roberto Barroso, quando aborda o espaço de revisão judicial destas entidades, entende que o papel do Poder Judiciário deveria ser de autocontenção, somente invalidando as decisões dos órgãos reguladores quando estas não puderem resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os da razoabilidade, moralidade, isonomia ou dignidade da pessoa humana. Defende ainda que nas decisões informadas por critérios técnicos, o Poder Judiciário deverá agir com parcimônia, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo¹⁷⁷.

Entretanto, Suzana Tavares da Silva aponta que é necessário apurar o tipo de discricionariedade que estará em causa na respectiva atuação dessas agências, bem como o tipo de controle que sobre elas é possível exercer. Quanto a isso, muito se tem debatido na doutrina italiana sobre a discricionariedade técnica no contexto da atividade administrativa reguladora, o que leva há alguns autores a defender um “*modelo de controle judicial soft*” e outros a plena judicialização do controle através da ampliação da assessoria técnica dos juízes¹⁷⁸.

Essa problemática também foi debatida no modelo americano, porém, com uma formulação diferente. A *judicial review* das decisões proferidas pelas agências era defendida pela jurisprudência sob o fundamento da necessidade de submeter a um *strict-judicial scrutiny* os direitos fundamentais vulnerados pela *administrative arbitrariness*. Contudo, como apontado por Suzana Tavares da Silva, a decisão adotada no caso *Chevron USA Inc. versus Natural Resources Defense Council* foi decisiva para essa delimitação. A Suprema Corte Americana estabeleceu, por certo, a seguinte doutrina que se consolidou: (i) se o Congresso tratar diretamente a questão prevalece à interpretação que o mesmo venha a fixar e, caso a agência aplique uma interpretação diferente da norma, deve à respectiva decisão ser anulada; (ii) se o Congresso não se pronunciar diretamente sobre a questão ou se remeter essa tarefa para a entidade, deve questionar-se se a interpretação que a mesma venha a fixar pode ser considerada

¹⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo, *Novas Mutações Juspolíticas...*, pag. 120.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática»..., pag. 221.

¹⁷⁸ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?...*, pag. 84 e 85.

permissível, ou seja, suficientemente racional e razoável para excluir uma situação de controle judicial, caso em que deve prevalecer. Portanto, reconhece-se um controle judicial de mérito apenas subsidiário. Para a doutrinadora esse seria o melhor modelo a ser adotado em Portugal, por exemplo¹⁷⁹.

Por fim, o controle social concorre para a legitimidade corrente da atividade regulatória. Trata-se de uma fiscalização desenvolvida em paralelo com os atos decisórios, fundamental para a sua legitimação finalística e para a fiscalização dos resultados da atuação das agências.

Pode-se afirmar que será o desenvolvimento dessa atividade de controle social que poderá concorrer positivamente para o futuro da regulação. Para a legitimação da atuação das agências reguladoras é necessário ter em vista a opinião popular sobre sua atividade e eficiência¹⁸⁰.

Com efeito, o que presenciamos, ainda, em alguns ordenamentos jurídicos, é a falta da utilização dos instrumentos participativos, como a negociação, um instituto recente e considerado estranho às práticas das Administrações Públicas, acostumadas à atuação unilateral e imperativa do Estado. Apesar das previsões legais, ainda é muito escassa a participação efetiva, tanto dos cidadãos quanto das entidades privadas.

Tal problemática ocorre muito pelo fato de ainda termos enraizado os velhos hábitos paternalistas do Estado, que se distanciavam da sociedade, que abriam poucas brechas para o diálogo e, também, pela falta de interesse social cívico.

Entretanto, com a evolução do Estado Moderno, assistiu-se a uma crescente preocupação cidadã com relação ao exercício efetivo de um controle da gestão pública, desde o planejamento, passando pela orçamentação, execução, até o atingimento do resultado, evidenciando uma saudável tendência, que se manifesta na própria transformação do Direito Administrativo – de um Direito do Estado para tornar-se um Direito do Cidadão¹⁸¹.

Com isso, pouco a pouco, abre-se cada vez espaço à ação consensual, valorizando as possibilidades de negociação pública, como um amplo futuro de experiências aberto à Administração.

¹⁷⁹ TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?...*, pag. 85.

¹⁸⁰ No Brasil, chega a ser assustador a desigualdade do tratamento da participação social nas leis instituidoras das agências reguladoras. Entre as oito primeiras agências criadas no Brasil, apenas quatro tinham legalmente prevista a participação popular. Há, todavia, um Projeto de Lei nº 3.337 de 2004 que torna obrigatório para todas as agências o processo participativo, com realização de consulta pública para validar qualquer deliberação sobre questões relevantes, prevendo ainda outros meios participativos. MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo, *Novas Mutações Juspolíticas...*, pag. 121.

¹⁸¹ *Ibidem*, pag. 232.

4.2. A agência reguladora portuária Brasileira e novo marco regulatório

4.2.1. Transferência da função de poder concedente da ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários) para a SEP (Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República)

No regime anterior de exploração da infraestrutura portuária a função do Poder Concedente era exercida pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), sob diretrizes da Secretaria Especial dos Portos da Presidência da República (SEP), órgão ministerial.

Embora o órgão com status de ministério exercesse a função política de avaliar a conveniência e a oportunidade em licitar a infraestrutura do porto organizado, quem figurava na qualidade de Poder Concedente era a agência reguladora setorial, a ANTAQ.

Quer dizer, nesse antigo modelo, a ANTAQ exercia a função tanto de entidade contratante como de agência reguladora, o que por certo comprometia a sua independência, sob um viés de neutralidade, para o exercício da função regulatória setorial.

Ora bem, quando as agências reguladoras exercem a função de Poder Concedente, ficam, necessariamente, incumbidas das funções de: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar penalidade regulamentares e contratuais; intervir na prestação dos serviços, nos casos e condições previstos em lei; extinguir a concessão; homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas; extinguir a concessão; homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas; cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão; zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários – artigo 29, incisos I a IV da Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.

Tratava-se, pois, de funções que comprometiam a neutralidade dessas entidades para o exercício da função regulatória, na medida em que as transformava em parte contratual, com interesses próprios e divergentes dos concessionários. Tal arquitetura institucional, porém, foi alterada pelo novo marco regulatório do setor

portuário. De acordo com o parágrafo único do Decreto Lei nº 8.033 de 2013 a função do Poder Concedente foi transferida da ANTAQ para SEP¹⁸².

Trata-se de modificação importante, já que a entidade reguladora encontrava-se em manifesto conflito de interesse, uma vez que exercia de forma concomitante as funções de Poder Concedente e de agente fiscalizador dessas atividades. Ou seja, a neutralidade da agência reguladora se apresentava comprometida quando o mesmo órgão tem responsabilidade pela concessão e pela fiscalização dos contratos estabelecidos no setor portuário. Tendo em vista que quando a entidade reguladora exerce a função de Poder Concedente, a sua vontade técnica acaba sendo substituída pela vontade política do Governo Central¹⁸³.

No entanto, como forma de pacificar a celeuma, o novo modelo institucional do setor portuário retirou a função de Poder Concedente da ANTAQ. Ou seja, equilibrou as funções técnicas que devem ser exercidas por uma entidade reguladora setorial, e as funções políticas, que devem ser exercidas pelos órgãos do Governo. Um avanço de modelagem institucional regulatória dado que a alteração legislativa poderá fomentar a realização de grandes investimentos para o setor portuário, pois gera uma segurança jurídica entre as partes envolvidas e consequente segurança regulatória.

4.2.2. Novo marco regulatório e o problema da subordinação entre a ANTAQ e a SEP

A nova diretriz trazida pelo novo marco regulatório do setor portuário estabeleceu uma subordinação da ANTAQ (agência reguladora) frente à SEP (órgão do governo).

¹⁸² MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pags. 32.

¹⁸³ Nesse sentido, confira-se a conclusão que se extrai do Relatório do Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória (PRO-REG): “A retirada da concessão das agências que lidam com setores de infraestrutura é defendida pelos formuladores dos anteprojetos com o argumento de que há um conflito de interesses quando um mesmo órgão tem a responsabilidade pela concessão e pela fiscalização dos contratos estabelecidos”. Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória (PRO-REG), *Análise dos contratos de gestão celebrados com as agências reguladoras quanto à regularidade, efetividade e contribuição para a gestão regulatória e fiscalizatória*, Período de 2003 a 2012, pag. 20. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/estudo-sobre-os-contratos-de-gestao-firmados-pelas-agencias-reguladoras-federais>>. Consulta em 03/07/2016.

Essa recente subordinação pode ser extraída da disciplina dos procedimentos licitatórios prévios à delegação das concessões de portos organizados. Os parágrafos 2º e 3º do artigo 6º da Lei nº 12.815 de 2013 prescrevem uma subordinação técnica da ANTAQ em relação ao Poder Concedente na condução das licitações para a delegação da infraestrutura portuária, prevendo que “cabe a ANTAQ, com base nas diretrizes do Poder Concedente, realizar os procedimentos licitatórios de que trata o artigo 6º da mesma lei”.

O parágrafo 5º do mesmo dispositivo preceitua que a ANTAQ deverá observar a determinação do Poder Concedente para a transferência das competências de elaboração do edital e da realização dos procedimentos licitatórios para a Administração do Porto.

Da mesma forma, o artigo 10 da lei determina que a ANTAQ se subordinará às determinações do Poder Concedente para que instaure o procedimento de chamada pública.

Observando a sistemática do novo marco regulatório, a SEP, na qualidade de Poder Concedente, não se limita somente a fixar as políticas públicas do setor portuário, tal como previsto originalmente, na Lei nº 11.518 de 5 de setembro de 2007¹⁸⁴.

Esse órgão de governo, como bem observa o jurista Diogo Moreira Neto e Rafael Vêras, passa a se imiscuir nas atribuições técnicas da agência reguladora, podendo, desta forma, violar a sistemática regulatória do Estado Brasileiro¹⁸⁵. Na verdade, o órgão ministerial deveria ficar limitado ao estabelecimento das políticas públicas e das metas governamentais – as prioridades que orientarão a prossecução do interesse público– e a fixar as diretrizes para o órgão regulador, ou seja, os limites da implementação técnica pela agência e não interferir diretamente na atividade dessa entidade reguladora setorial.

¹⁸⁴ Essa Lei acresce e altera dispositivos das Leis nºs 10.683, de 28 de maio de 2003, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.893, de 13 de julho de 2004, 5.917, de 10 de setembro de 1973, 11.457, de 16 de março de 2007, e 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, para criar a Secretaria Especial de Portos, e dá outras providências.

¹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 36 e 37. A ANTAQ está agora claramente em posição hierárquica inferior à SEP tanto em termos políticos quanto jurídicos, já que antes a ANTAQ propunha à SEP os planos gerais de outorga, cabendo à SEP aprová-los; agora, a SEP é que os elabora (art. 24, § 2º, III, da Lei 10.683, e art. 27, III, da Lei 10.233). PEREIRA, Cesar A. Guimarães, «A Medida Provisória nº 595: Mudanças no Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil» In *Migalhas*, jan. de 2013, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI170276,61044A+medida+provisoria+595+mudancas+no+marco+regulatorio+do+setor>. Consulta em 10/05/2016.

Que dizer, pelo arranjo institucional desse domínio, a atuação do órgão de governo deveria se limitar ao planejamento da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias. Preocupando-se nesse sentido com questões políticas como: elaborar o plano geral de outorgas no setor portuário; disciplinar o conteúdo, forma periodicidade de atualização dos planos de desenvolvimento e zoneamento dos portos; definir as diretrizes para a elaboração dos regulamentos de exploração do porto organizado; na elaboração do relatório com o resultado da implementação das medidas previstas para o setor e, não estabelecer diretrizes e determinações à agência reguladora¹⁸⁶ – artigo 2º, incisos I,II,III e VI do Decreto Lei nº 8.033 de 2013.

Trata-se, portanto, de funções preponderantemente políticas e não técnicas. Não por outra razão, que Diogo Figueiredo Moreira Neto e Rafael Vêras entendem que o Poder Concedente não poderia interferir na função técnica de elaboração dos instrumentos convocatórios, nem, muito menos, de expedir determinações à ANTAQ, para que este órgão delegue à Administração do Porto as competências de elaboração do edital e da realização dos procedimentos licitatórios¹⁸⁷.

Nesse sentido, como observa Egon Bockmann, o que mais chama a atenção na nova lei dos portos é que ela consolida a centralização da autoridade no Executivo (Presidente da República e Secretaria dos Portos). Todo o poder agora para o referido autor está com o Executivo, que planeja globalmente o setor, disciplina quase tudo o que importa nas outorgas e as expede concretamente, previstos nos artigos 15 e 16 da Lei nº 12.815 de 2013. O que faz a ANTAQ é, no geral, apenas assessorar e operacionalizar medidas do Executivo, sendo mais uma agente de fiscalização e de execução do Executivo do que uma agência reguladora. Portanto, a lei claramente procura criar condições para o Executivo, decidindo diretamente ou dirigindo as mãos da ANTAQ, sendo uma regulação agora fortemente política¹⁸⁸.

Quer dizer, que nesse caso estamos diante de um típico caso de captura política da agência reguladora. Esse tipo de captura ocorre quando o Poder Concedente esvazia as competências das agências reguladoras ou lhe retira suas características inerentes,

¹⁸⁶ PEREIRA, Cesar A. Guimarães, «A Medida Provisória nº 595: Mudanças no Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil» In *Migalhas*, jan. de 2013, Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI170276,61044A+medida+provisoria+595+mudancas+no+marco+regulatorio+do+setor>. Consulta em 10/05/2016.

¹⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo, VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 39.

¹⁸⁸ BOCKMANN, Egon, «O Caminho do Desenvolvimento na Lei dos Portos»..., pag. 29.

por meio de lei ou ato de império¹⁸⁹. Portanto, podemos afirmar que todo esse arranjo institucional restou em parte violado pelo novo marco regulatório, já que nitidamente estamos diante de um captura regulativa política.

Um dos grandes problemas das agências reguladoras é a existência de interferências políticas no seio de suas decisões. Tal disfunção deve-se principalmente a busca de objetivos políticos, muitas vezes, distantes dos objetivos das agências, mas que imperam e maculam a sua atividade. Essas ações políticas, de certo modo, momentâneas, prejudicam drasticamente a atuação das entidades reguladoras na regulação do mercado¹⁹⁰.

Atitudes políticas predominam em detrimento de ações técnicas, em alguns casos, em função do calendário eleitoral, ocasionando, por exemplo, políticas de preços mais baixos do que seriam economicamente aconselháveis, para agradar a um conjunto de eleitores ou, até mesmo intervenções mais incisivas, como a possibilidade de tais autoridades não realizarem certos investimentos necessários no setor porque o governo decide utilizar os seus meios financeiros para beneficiar outras atividades¹⁹¹.

Com efeito, vale mencionar que existem, ainda, mais dois tipos de captura regulatória: a captura regulativa pelas empresas privadas e a captura exercida pelo consumidor.

No primeiro caso, temos que os interesses particulares que deveriam ser regulados acabam por serem os principais beneficiados com a regulação, quer dizer, as entidades reguladoras podem vir a agir favorecendo os interesses privados que deveriam regular e, nesse caso, são elas as capturadas. Desta forma, uma dada intervenção regulativa pode iniciar tendo em conta uma perspectiva de interesse público, mas acabar capturada pelos interesses privados em detrimento dos interesses gerais que deveriam ser protegidos¹⁹².

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, *Manual de Direito Administrativo...*, pag. 434.

¹⁹⁰ Os contratos de concessão de serviços públicos se submetem a vários riscos, que podem ser causados pelas próprias partes ou mesmo à sua vontade. Uma da espécie de risco a preocupar mais o parceiro privado e os investidores é o risco político. O grande desafio do Poder Público é escolher adequadamente as políticas públicas e implementar as mudanças regulatórias necessárias, sem macular a estabilidade da relação pactuada pelo contrato de concessão. CAMARA DE ALMEIDA, Aline; Paola, Correa, Braga, *As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração Dos Serviços Públicos*, Editora Lumen e Juris, Rio de Janeiro, 2009, pag. 34.

¹⁹¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005, pag. 261.

¹⁹² CONFRARIA, João, *Regulação e Concorrência, Desafios do Século XXI*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pags. 114 a 116.

Outrossim, quando um ordenamento é setorizado, os dirigentes das empresas reguladas, pela formação técnico-profissional especializada no setor, tendem a ter um contato mais estreito e frequente com os agentes econômicos regulados o que, por um lado é positivo, por outro, se não forem criados os instrumentos necessários, poderá levar à parcialidade das suas decisões¹⁹³.

Ademais, a captura regulativa pelas empresas privadas pode ser reforçada devido aos problemas ocasionados pela assimetria da informação. Eis que, o conhecimento que a administração pública tem do mercado é necessariamente limitado e depende muitas vezes das informações prestadas pelas próprias entidades privadas. Quer dizer, muitas vezes para se exercer a atividade regulatória é necessária a troca de informações entre a entidade reguladora e os privados regulados ou não. Contudo, nalgumas vezes, ocorre problemas na comunicação entre o órgão regulador e as empresas reguladas ocasionado por diversos motivos. Dentre algumas causas temos que a empresa privada muitas vezes não tem interesse em fornecer dados porque quanto menos conhecimento tiver o regulador menos capaz ele fica para tomar decisões ou mais dependente se torna dessas mesmas entidades reguladas; ou às vezes, os interesses privados podem acabar por fornecer somente informações que mais lhe interesse ou até mesmo aprovisionar informações contraditórias¹⁹⁴.

No entanto, temos, também, a captura exercida pelo consumidor que detendo o direito de voto, pode organizar greves e manifestações, valendo-se de grupos de pressão e de instituições oficiais, que desautorizam as ações do regulador¹⁹⁵.

Por isso tudo, a lei que cria as agências reguladoras lhes assegura autonomia administrativa, técnica e financeira, pois, do contrário, pode haver o que se chama “colapso regulatório” que como, leciona Marco Juruena Villela Souto, origina-se de alguns fatores, dentre os quais se destacam: a captura regulatória, que é agravada por políticas públicas mal formuladas e pela falta de capacitação e recursos para implementar regulamentações de forma apropriada. Por essa razão, a independência do regulador, sua qualificação técnica e a disponibilidade de recursos são requisitos básicos para que o sistema regulatório cumpra seu papel e contribua para a melhor alocação dos recursos na economia¹⁹⁶.

¹⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos De, *Curso de Direito Administrativo...*, pag. 223.

¹⁹⁴ CONFRARIA, João, *Regulação e Concorrência, Desafios do Século XXI...*, pags. 116 e 117.

¹⁹⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo Regulatório...*, pag. 261.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pag. 352.

Ao mesmo tempo, para minimizar uma possível captura é necessário desenvolver um sistema de participação nas entidades reguladoras de representantes de interesses de terceiros, designadamente dos consumidores e dos utentes. Esta participação é também essencial para que as agências reguladoras não se encerrem dentro da defesa de interesses meramente profissionais ou de grupos econômicos (captura pelas empresas privadas) ou de interesses políticos (captura política) perdendo de vista os interesses coletivos¹⁹⁷.

Por isso tudo, qualquer tipo de captura da agência reguladora no âmbito da regulação setorial é extremamente prejudicial para a regulação já que as decisões não serão tomadas, em princípio, baseadas pela técnica e sim por outros motivos que enfraquecem drasticamente o setor regulado.

Nesse sentido, a deliberação final em determinado assunto regulativo deve ser de competência exclusiva dos dirigentes dessas entidades. O governo, para a saúde de certo setor econômico, não pode influenciar a tomada de decisões, assim como não pode questionar seus fundamentos ou revogá-las. Não à toa, qualquer questionamento imputado a essas deliberações deverá ser dirigido aos Tribunais responsáveis e não ao Ministro de Estado.

Todavia, no Brasil, muito, ainda, se discute sobre a função e controle dessas entidades. O que se observa na prática, são as constantes intervenções políticas a esses órgãos. A regra de que esses organismos técnicos são independentes da administração central não é respeitado nesse ordenamento jurídico¹⁹⁸.

A função regulatória é a atividade administrativa equidistante dos interesses de governo e deve se desenvolver com autonomia e independência. Ou seja, as agências reguladoras devem desenvolver suas atividades com um grau elevado de independência

¹⁹⁷ MONCADA, Luís, Cabral De, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: Uma perspectiva Luso-Brasileira...*, pag. 244.

¹⁹⁸ Nesse sentido confira-se a conclusão que se extrai do Relatório do Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória (PRO-REG): “A captura do processo de regulação por uma das partes envolvidas no processo (governo, iniciativa privada, burocracia estatal, usuários) traz prejuízos para a economia, comprometendo a virtuosidade que deve prevalecer na relação entre o poder público, prestadores de serviços e usuários. No Brasil, não faltam exemplos da captura do processo de regulação, ora pelo governo (Poder Executivo), ora pelas entidades representativas dos concessionários, desequilibrando, assim, as relações entre os agentes”. Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória (PRO-REG), *Análise dos contratos de gestão celebrados com as agências reguladoras quanto à regularidade, efetividade e contribuição para a gestão regulatória e fiscalizatória*, Período de 2003 a 2012, pag. 17. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/estudo-sobre-os-contratos-de-gestao-firmados-pelas-agencias-reguladoras-federais>>. Consulta em 03/07/2016.

em face do poder político sob pena de se colocar em risco toda a regulação de certo setor.

Como bem observa Vital Moreira, em artigo sobre as agências reguladoras brasileiras independentes, foi apresentado ao Congresso Nacional deste país um projeto de lei destinado a reduzir a independência das entidades e permitir que o poder executivo controle as suas ações¹⁹⁹. O documento que teria o aval do Chefe do Executivo prevê a redução do poder das agências reguladoras, que ficariam em muitos casos submetidos ao controle estatal direto. Dentre as alterações propostas há limitação da duração dos mandatos, fazendo com que coincidam com o do governo, e a possibilidade de destituição a todo o tempo, em caso de incumprimento das políticas públicas determinadas pelos ministérios de tutela de cada setor regulado. O argumento utilizado para justificar essa submissão das agências reguladoras ao Poder Central é de que como o regime é o presidencialista o poder delas não pode se sobrepor ao do Poder Executivo²⁰⁰.

De acordo com o site da Câmara dos Deputados esse Projeto de Lei nº 413 de 2003, que restringe a autonomia e a independência das agências reguladoras, encontra-se sujeito à apreciação do plenário desta Casa Legislativa²⁰¹.

Contudo, como forma de controlar indiretamente as agências reguladoras brasileiras a Advocacia Geral da União publicou em 23 de maio de 2006 o Parecer nº 51 entendendo caber revisão ministerial das decisões das agências reguladoras. Uma das características especiais das agências reguladoras era a impossibilidade de aceitação de recurso hierárquico impróprio. Porém, com esse parecer tal possibilidade foi aceita. Lembre-se que, o Parecer do Advogado da União aprovado pelo Presidente da República e publicado junto com o despacho presidencial tem força normativa e vincula toda a Administração Federal. Desta forma, desde 2006, há possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio em face de decisão de agência reguladora em caso de ilegalidade ou descumprimento de políticas públicas, pois não há autonomia imune à supervisão ministerial²⁰².

¹⁹⁹ Sobre o tema pode-se consultar o sítio da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/27605.html>. Consulta em 18/04/2016.

²⁰⁰ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível, Mercado e Regulação...*, pag. 227 a 229.

²⁰¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=107198>. Consulta em 18/04/2016.

²⁰² Parecer número 51 da advocacia geral da união, disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453>. Consulta em 18/04/2016. Acerca dos riscos

Por esse motivo, as agências reguladoras brasileiras enfrentam agora um desafio político, que contesta a sua própria filosofia como autoridades independentes. Nas bem ditas palavras de Vital Moreira, “a sua lógica está justamente em estabelecer uma separação entre a definição de opções de política regulatória, que devem ser do foro governamental e permanecer dentro da esfera do “comercio político” e sob o império das orientações mutáveis de cada governo, e a regulação econômica e “técnica” propriamente dita, que deve ser desgovernamentalizada, depender somente de lei e ficar isenta de orientações governamentais, porque deve constituir um quadro estável, seguro e previsível para a economia, ou seja, para os empresários e investidores”²⁰³.

Isto é, a instituição de uma relação de hierarquia entre a entidade reguladora setorial e um órgão de governo macula frontalmente o conceito de tutela administrativa e não se coaduna com a natureza jurídica dessas agências. Ora bem, não é adequado haver nessa relação à existência de um controle hierárquico ou de subordinação, mas, sim e somente, um controle finalístico, que será exercido com base nas finalidades previstas em lei para a entidade.

Ademais, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma lei prevê a possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio contra as decisões das agências reguladoras, logicamente porque tal recurso não se coaduna com a sistemática desses órgãos.

Enfim, por todo o exposto, e diante de tal desvirtuamento, só nós resta concluir ser imprescindível a independência das agências reguladoras brasileiras e da ANTAQ para que atuem de forma sistêmica, harmonizadoras e dotadas de maior neutralidade, buscando ponderar e equilibrar de forma equidistante os interesses públicos e privados, almejando como fim último o atendimento do interesse público²⁰⁴.

regulatórios confira-se: ORTIZ, Gaspar, Ariño, «Privatización, Liberalización y Desregulación: Balance De Um Processo...», pag. 27.

²⁰³ LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível, Mercado e Regulação...*, pag. 228. É importante realçar que o recurso hierárquico impróprio não constitui ato de tutela. A rigor, não cabe recurso perante a Administração Direta, contra atos praticados por entidades descentralizadas. O recurso existe onde haja subordinação hierárquica, o que não ocorre no caso das entidades reguladoras. DI PIETRO, Maria Zanella, *Direito Administrativo...*, pag. 411.

²⁰⁴ GARCIA, Flávio Amaral, «A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências»..., pag. 86.

5 - UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO FERRAMENTA PARA A HARMONIZAÇÃO ENTRE AS POLÍTICAS DE GOVERNO E A COMPETÊNCIA TÉCNICA DA AGÊNCIA REGULADORA PORTUÁRIA BRASILEIRA

5.1. Análise do impacto regulatório e seus benefícios para a regulação setorial

5.1.1. Definição de AIR

Iremos lançar mão neste tópico da Análise de Impacto Regulatório como um excelente instrumento de compatibilização entre as competências políticas de Governo e as competências técnicas das agências reguladoras. Sendo, um mecanismo disponível, apesar de pouco usado em alguns países, que pode auxiliar o controle político frente às ações das agências reguladoras, proporcionando a sua integração no conjunto das ações estatais.

A AIR é uma das ferramentas acessível para melhorar a qualidade da regulação²⁰⁵. De acordo com uma abordagem sistêmica, a AIR é um dos instrumentos que deve ser utilizado na busca da melhoria da qualidade das decisões regulatórias, ao lado de outras políticas públicas.

Consiste na análise e avaliação dos possíveis benefícios, custos e impactos de regulamentações novas ou já existentes. Essa ferramenta configura-se como requisito prévio necessário à implantação de qualquer inovação relevante na regulação setorial²⁰⁶.

Em termos práticos, AIR começa com a identificação e análise do problema e dos objetivos que buscam se alcançar por meio de determinada política regulatória e continua com a avaliação dos custos e benefícios dos possíveis processos para a sua implementação, optando pela alternativa que oferece o maior benefício público²⁰⁷.

Auxiliando o ciclo de políticas públicas, trazendo informações, dados empíricos relevantes e construindo bases racionais para a tomada de decisões que

²⁰⁵ Quanto à independência dos organismos reguladores confira-se: ORTIZ, Gaspar, Ariño, «Privatización, Liberalización y Desregulación: Balance De Um Processo...», pag. 17.

²⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo...*, pag. 645.

²⁰⁷ PECI, Alketa, *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise de Impacto Regulatório*, PRO-REG, Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, pag. 8. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/desenho-de-uma-estrategia-de-implantacao-e-institucionalizacao-da-analise-do-impacto-regulatorio>>. Consulta em 27/04/2016.

possibilitam a promoção de uma política de regulação mais coerente com os ditames governamentais.

De acordo com o site da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Análise de Impacto Regulatório é uma abordagem sistêmica que criticamente avalia os efeitos positivos e negativos da regulação que engloba uma variedade de métodos. É um elemento importante que deve ser levado em conta na formulação de políticas. A análise da OCDE mostra que a realização de AIR dentro de uma estrutura sistemática apropriada pode apoiar a capacidade dos governos de garantir que os regulamentos sejam eficientes e eficazes em um mundo em mudança e complexo. Alguma forma de AIR já foi adotada por quase todos os membros da OCDE, e todos eles têm encontrado sucesso na sua implementação²⁰⁸. Percebe-se, também, a tendência crescente da adoção desta ferramenta por outros países ao redor do mundo.

Do ponto de vista histórico, é um instrumento de surgimento e adoção muito recente, mas que vem ganhando importância no processo de tomada de decisão. Traduz um modo de pensar econômico que deve balizar a ação do regulador. Este, por sua vez, como qualquer agente econômico, administra recursos escassos e deve fazê-lo de forma eficiente, especialmente por tratar-se de recursos públicos. A AIR fundamenta a comparação entre as alternativas regulatórias de forma sistemática e técnica²⁰⁹.

Sendo, portanto, um instrumento formal que permite a explicitação dos problemas regulatórios, das opções disponíveis de política e das consequências das decisões regulatórias, em cada caso concreto, mediante a utilização de dados empíricos que auxiliam na redução da assimetria da informação entre as ações das agências reguladoras e as políticas públicas empregadas pelo Governo.

²⁰⁸ Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Análise de Impacto Regulatório. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>>. Consulta em 27/04/2016. A exigência de realização de *Regulatory Impact Assessment (RIA)* está presente, por exemplo, nos Estados Unidos e em países da União Européia, como Reino Unido, Áustria, Dinamarca, Alemanha, Itália, entre outros.

²⁰⁹ PINGO BORGES, Eduardo Bizzo De; SALGADO, Helena Lúcia, «Análise de Impacto Regulatório: Uma Análise Exploratória», In *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA*, Brasília, 2010, pag. 7. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2669/1/TD_1463.pdf>. Consulta em 27/04/2016.

5.1.2. Benefícios da AIR

A AIR se materializa em um relatório analítico que ao estabelecer prospectivamente as possíveis consequências da intervenção indireta do Estado no domínio econômico visa incrementar a racionalidade da regulação. Ela fornece dados empíricos para a tomada de decisões do Poder Público.

A AIR tem como principais objetivos aferir: (i) se a intervenção regulatória na economia é o meio adequado para equilibrar as forças de mercado; (ii) se a regulação é o meio que imputaria a menor onerosidade para o setor regulador; (iii) se os custos a serem suportados pelos agentes econômicos são inferiores aos benefícios obtidos pelo mercado; (iv) se, por meio da regulação, serão corrigidas falhas de mercado, os monopólios, externalidades negativas, bens públicos e assimetria da informação; (v) se há configuração de falhas de governo, notadamente a captura política dessas entidades pelos órgãos centrais²¹⁰.

Tais objetivos são analisados, avaliados e procedimentalizados previamente pelo regulador, para que se possa aferir se a medida regulatória escolhida gerará efeitos desejáveis, ou seja, se serão eficientes. Noutras palavras, torna-se possível ao se realizar a AIR avaliar concretamente se as normas regulatórias produzidas serão realmente eficientes e se atingirão o máximo de bem estar para o maior número de pessoas.

Quer dizer, por meio da utilização desta ferramenta regulatória, torna-se possível alcançar resultados positivos práticos para a regulação como: (i) o fortalecimento da governança regulatória; (ii) a melhoria da competitividade do país via um ambiente regulatório mais sólido; (iii) a difusão de uma cultura e linguagem comum em termos de regulação. Ademais, a AIR ajuda a reduzir, por exemplo, o número de exigências regulatórias repetidas e gera previsibilidade das futuras regulações, além de contribuir para a avaliação da necessidade da própria intervenção regulatória.

AIR, portanto, apóia os tomadores de decisão a optarem por políticas públicas mais eficientes e com maior impacto social, além de trazer maior transparência ao processo. Mais do que um simples instrumento, a AIR pode ser considerada um processo ou sistema que questiona propostas regulatórias e justifica as opções governamentais favorecendo a racionalização da atividade do Estado e a diminuição da assimetria da informação na implementação da governança regulatória.

²¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 51.

5.1.3. Controle político dos agentes reguladores por intermédio da AIR e sua utilização no setor portuário

Como já exposto neste trabalho, o exercício da função regulatória é formado, de um lado, por órgãos de natureza política, que são responsáveis pela formulação das políticas públicas e, do outro lado, por agências reguladoras com funções de elaboração da política reguladora, baseada, principalmente, na técnica. Nesse sistema, o regulador baseando-se no tecnicismo e no conhecimento do setor regulado, pondera todos os interesses envolvidos, procurando alcançar como *ultima ratio* o “ponto ótimo ou ideal” na materialização das políticas públicas.

Porém, não raras vezes, o regulador vai além do estipulado nas políticas públicas, extrapolando, pois, essas políticas delineadas pelos órgãos de Governo, de modo a atender seus próprios anseios e objetivos.

Essa situação acontece, principalmente, devido a problemas na comunicação entre o órgão regulador e o órgão de governo, designado por assimetria da informação. Assimetria da informação significa que diferentes pessoas têm conhecimentos diferentes sobre o mesmo assunto e, por conta disso, as soluções produzidas dificilmente alcançaram a eficiência, já que a troca de informações se dá de forma imperfeita.

Essa assimetria da informação como bem assevera Diogo De Figueiredo Moreira Neto pode ser explicada pela chamada Teoria da Agência. Segundo a referida teoria, que tem origem no estudo das organizações burocráticas e das estruturas hierárquicas, existem, no âmbito de uma relação econômica, ao menos dois lados: o principal, que determina o objetivo a ser perseguido; e o agente regulador que é responsável por executar a tarefa transferida ou imposta pelo principal²¹¹.

Na prática, verificamos, porém, que o principal não dispõe de todas as informações necessárias para averiguar se a tarefa transferida ao agente está sendo adequadamente cumprida segundo seus ditames. Isso acontece, essencialmente, porque o agente, muitas vezes, omite deliberadamente tais informações ou, porque o risco da agência é sobremaneira incrementado em razão de altos custos na implementação dos objetivos ordenados pelo principal²¹².

²¹¹ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 52.

²¹² A falta de comunicação e de colaboração é um dos motivos para a ineficiência da Administração Pública Espanhola. Este problema, em um contexto de multiplicação exponencial dos entes públicos, sem suficiente adaptação as novas realidades do Estado descentralizado produz a situação que os economistas

Pois bem, tal teoria pode ser perfeitamente incorporada ao campo da regulação econômica. Nesse sentido, ela pode servir como ferramenta para se compreender melhor o verdadeiro relacionamento entre os órgãos políticos e as entidades reguladoras.

Como já apontado nesse trabalho, para o exercício da função regulatória, o Poder Executivo e Legislativo deslegalizam as políticas públicas²¹³. Como a atividade dessas entidades é extremamente complexa, tornaram-se necessário deslegalizar determinados assuntos para que o exercício da atividade regulatória seja executado com mais rapidez e eficiência.

Baseando-se na Teoria da Agência, quando dá deslegalização, as entidades reguladoras assumem o papel do principal. Da mesma forma, quando assumem a responsabilidade de executarem as atribuições que lhes foram conferidas pelos órgãos políticos, assumem o papel de agente²¹⁴.

Nesse modelo, as agências reguladoras (agentes) podem ter interesses conflitantes com os órgãos políticos (principal), ou seja, os interesses poderão não coincidir por inúmeras razões como, por exemplo, vicissitudes endógenas institucionais ou até mesmo por conta da captura pelo mercado regulado. Daí surge à importância de os órgãos políticos terem acesso às razões que motivaram as decisões regulatórias.

Nesse cenário, a AIR poderá servir como uma excelente ferramenta de redução da assimetria da informação existente entre esses órgãos. Pois que, o agente regulador utilizando-se da AIR deverá instrumentalizar previamente suas decisões, demonstrando as razões que o levaram a tomar tal decisão e a optar por certa medida regulatória, com isso, o órgão de governo poderá ter acesso às razões que levaram a adotar certa opção regulatória em detrimento de outra, o que acabará por suprir a lacuna informacional existente entre as agências reguladoras e o Poder Central, propiciando um controle político de suas atividades.

Na prática, a AIR é mais eficaz se praticada pelos órgãos reguladores para o controle político do que a supervisão constante do Poder Central. Além de ser muito menos oneroso, já que haverá uma redução dos custos do monitoramento pelo principal, permitindo, ainda, que a informação chegue a ele de forma mais rápida e eficaz.

particularmente abominam. ORTEGA, Ricardo Riveiro, *La Necesaria Innovación em Las Instituciones Administrativas: Organización, Procedimento, Función Pública, Contratos Administrativos y Regulación*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012, pag. 50.

²¹³ Espaço decisório deslegalizado é o espaço aberto pela lei para que nele sejam tomadas decisões normativas regulatórias de natureza técnica complexa. MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo, *Novas Mutações Juspolíticas...*, pag. 105.

²¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária...*, pag. 53.

Portanto, a AIR melhora a aderência do regulador as diretrizes políticas e, serve, também, como um ótimo instrumento de controle da discricionariedade dos atos regulatórios, no que tange à sua compatibilidade com os mandamentos políticos.

No âmbito do setor portuário brasileiro a AIR, caso venha a ser contemplado, representará uma importante ferramenta jurídica e econômica, de controle político da atividade reguladora da ANTAQ, sem que, para tanto, sejam transferidas competências técnicas desta entidade reguladora, para a SEP. Na verdade, trata-se de uma vertente da AIR que, se utilizada, reduzirá a assimetria de informações existentes entre o órgão do governo central e a agência reguladora portuária.

6- REGULAÇÃO TARIFÁRIA DO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO

Na atual crise financeira “global” que vem assolando a economia de muitos países, a escassez de recursos públicos impede um maior dispêndio na prestação de serviços públicos, e a demanda, cada vez maior, de usuários tem exigido a sua execução de modo adequado. Nesse cenário, não resta outra opção ao Estado que não contar com a ajuda da iniciativa privada para disponibilizar os valores necessários.

Através da concessão o Estado delega a execução de um serviço público ao privado, que será em regra custeado pelos usuários, por meio de tarifas cobradas e gerido por conta e risco do particular. Essas tarifas decorrem do fato de que mesmo antes de os usuários utilizarem este serviço público, o concessionário terá que realizar investimentos indispensáveis à execução destes, seja na construção de bens ou na sua recuperação, e, ainda, terão a incumbência de prestá-los adequadamente, por isso, utilizam-se das tarifas como forma de custeio por todo o investimento empreendido. A regra aqui é quanto maior for o risco do negócio, maior será o seu custo, seja para os usuários, que pagarão pelo serviço público, seja para o concessionário²¹⁵.

Com efeito, um dos maiores desafios no âmbito das concessões de serviços públicos é o equilíbrio entre o interesse do concessionário que busca o lucro justo pela operação do negócio, que envolve a recuperação do capital que foi investido e a cobertura dos custos inerentes a manutenção do serviço em operação e uma série de exigências sociais que reclamam pela universalidade do serviço e que deve ser atendida por meio da instituição de uma política tarifária justa. O objetivo é a aplicação de

²¹⁵ CAMARA DE ALMEIDA, Aline; Paola, Correa, Braga, *As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração Dos Serviços Públicos...*, pag. 6.

economicidade, visando ao maior benefício possível com o menor custo que possa ser realizado²¹⁶.

No fundo, o que se almeja é um justo equilíbrio entre a tarifa, que deve garantir a justa remuneração do concessionário e a adequada prestação dos serviços públicos. Nessa esteira, a tarifa desempenha duas funções: na relação entre concessionário e público, a de regular o preço das prestações do serviço público, nas relações entre concessionário e Poder Concedente, a de regular os termos em que se admite a este à remuneração da sua iniciativa e do capital investido no negócio.

Acerca da variedade dos serviços públicos prestados pelos particulares, vale consignar que cada um tem a sua técnica tarifária e seu quadro econômico próprio. E a discussão acerca dos sistemas de avaliação pressupõe o conhecimento antecipado da estrutura geral da economia das empresas operadoras.

No ordenamento jurídico brasileiro a política tarifária encontra-se disposta no artigo 175, inciso III, parágrafo único da CRFB e, significa dispor sobre se, quando e em que circunstâncias e proporção a remuneração do concessionário deve ser suportada por usuários, Poder Público ou por outras receitas alternativas decorrentes ou associadas à prestação dos serviços à população²¹⁷.

Com relação à política tarifária portuária brasileira, no artigo 17, parágrafo 1º, inciso IV, da Lei nº 12.815 de 2013 dispõe que caberá a Administração do Porto (exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado) arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades. Tanto na Lei nº 12.815 de 2013 bem como o Decreto Lei nº 8.033 de 2013 não há qualquer referência acerca da política tarifária e nem de que forma e quais os critérios serão utilizados para a sua atualização. Contudo, essa lacuna será preenchida adiante com as leis esparsas sobre o tema e com as informações prestadas pelo site da ANTAQ sobre as tarifas das autoridades portuárias²¹⁸.

Por ora, devemos consignar o que está previsto no site do Governo Federal Brasileiro que as classifica como a “pauta de preços pela qual a Administração do Porto

²¹⁶ CAMARA DE ALMEIDA, Aline; Paola, Correa, Braga, *As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração Dos Serviços Públicos...*, pag. 6.

²¹⁷ BINENBOJM, Gustavo, «As Parcerias Público-Privadas (PPPs e a Constituição)», In *Revista de Direito Público da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Volume XVII, Editora Lumen e Juris, Rio de Janeiro, 2006, pag. 98.

²¹⁸ Agência Nacional de Transporte Aquaviário, Tarifa das Autoridades Portuárias. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/index.html>>. Consulta em 20/06/2016.

cobre os serviços prestados aos usuários”²¹⁹. A Resolução nº 55 de 16 de dezembro de 2002 da ANTAQ, classifica as tarifas portuárias como “taxas cobradas pela Autoridade Portuária, como contrapartida pelo uso da infraestrutura portuária e pela prestação de serviços de uso comum”²²⁰.

A área designada de “porto” abrange não só o porto em sentido estrito que diz respeito a sua infraestrutura, destinada ao atracamento de barcos e navios, com pessoal e serviços necessários ao carregamento e descarregamento de cargas e ao estoque temporário desta, mas também todo o conjunto de instalações para o movimento de pessoas e carga localizada ao redor porto, isto é, todo um sistema de armazéns e entrepostos aduaneiros²²¹.

Quer dizer, um porto dispõe de uma série de facilidades físicas e uma série de serviços prestados que servem como um ponto de intercâmbio entre o mar e a terra. Se por um lado, os usuários logram benefícios com a utilização das facilidades e dos serviços prestados, por outro, a manutenção das instalações e a própria prestação de serviços geram gastos para o porto. Nesse sentido, as tarifas portuárias, como preço dos serviços cobrados, constituem um dos fatores importantes para possibilitar a melhoria dos serviços prestados, e por consequência, estimular o comércio exterior e a economia nacional²²².

Com efeito, no setor portuário, o estabelecimento dos valores tarifários é resultado de um processo de negociação entre as partes: Governo Federal, Administração do Porto e Conselho de Autoridade Portuária (CAP). Inicialmente, a administração do porto apresenta uma proposta de reajuste ou revisão tarifária, devidamente aprovada pelo governo, e posteriormente a submete à homologação pelo CAP²²³. O CAP por sua vez é um órgão deliberativo, consultivo e normativo,

²¹⁹ Disponível no site do Governo Federal, Portal de Informações Portuárias, Glossário Portuário <http://www.portosempapel.gov.br/glossario?pathbar=glossario_portuario>. Consulta em 17/05/2016.

²²⁰ Artigo 2º, inciso V, da Resolução da ANTAQ nº 55 de 2002, de 16 de dezembro, alterada pelas Resoluções nº 126, de 2003, de 13 de outubro e nº 138, de 2004, de 30 de junho.

Disponível em: <http://www.antaq.gov.br/portal/pdf/Sistema/publicacao/0000000603.pdf>. Consulta em 17/05/2016.

²²¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado»..., pag. 76.

²²² LUNKES, Rogério João; SANTOS, Vinícius Faoro Dos; SOUZA, Paula De, «Tarifas Portuárias: Estudo Comparativo entre os Modelos Brasileiro e Português», In *5º Congresso da Universidade Federal de Santa Catarina de Controladoria e Finanças e Iniciação Científica em Contabilidade*, Santa Catarina, 19 a 21 de maio de 2014, pag. 6. Disponível em: <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/arquivos_artigos/artigos/993/20140422123456.pdf>. Consulta em 17/05/2016.

²²³ FERREIRA, Gian Carlos Moreira; TOVAR, Antonio Carlos De Andrada, «A Infra-Estrutura Portuária Brasileira: O Modelo Atual e Perspectivas para seu Desenvolvimento», In *Revista do BNDES*, V. 13, Nº 25, Rio de Janeiro, 2006, pags. 215 e 216.

constituído pelas entidades diretamente envolvidas na atividade portuária. O CAP atua como fórum consultivo, de regulamentação e supervisão quanto às atividades e serviços realizados no porto, mas não tem personalidade jurídica. Um de suas principais funções é homologação dos valores das tarifas portuária²²⁴.

Nesse cenário, portanto, a Administração Portuária apresenta à ANTAQ a proposta de reajuste das tarifas portuárias, justificando os acréscimos ou variações de custos ou despesas que não podem ser absorvidos por aumento de produtividade ou de eficiência operacional e que, necessitam ser repassados aos usuários das facilidades oferecidas ou dos serviços prestados e observando periodicidade mínima anual. Essa proposta de alteração deverá apresentar no mínimo os seguintes dados e demonstrações: (i) demonstrativo das alterações dos custos operacionais e da evolução de índices de preço ou tarifas de serviços públicos, regionais ou nacionais; (ii) demonstrativo da composição do custo ou despesa total – cálculo das alterações ocorridas no período; (iii) demonstrativo da incorporação de receitas de outras fontes para fins de modicidade das tarifas; (iv) demonstrativo da situação econômico-financeira – cálculo da deficiência ou do excesso de reajuste tarifário; (v) demonstrativo da situação econômico-financeira – cálculo da necessidade de reajuste tarifário; (vi) demonstrativo da transferência aos usuários de parcela dos ganhos de eficiência da Administração do Porto – deverá as principais ações empreendidas e os correspondentes resultados alcançados em termos de eficiência, quantificando os benefícios diretos e relacionando os indiretos, que foram transferidos aos usuários; e (vii) anexos às propostas de reajuste tarifário, tais como tarifas em vigor, comparativo das principais taxas da Administração do Porto com as taxas correspondentes da tarifa de portos da mesma região ou de idêntica expressão econômica, dentre outras²²⁵.

A competência da ANTAQ para aprovação, homologação e fixação de reajustes e revisões tarifárias está estabelecida nos seguintes dispositivos: (i) Lei nº 9.069 de 29 de junho de 1995, artigo 70: “a partir de 1º de julho de 1994, o reajuste e a revisão dos

²²⁴ Informações sobre o CAP estão disponíveis no sítio: < <https://portogente.com.br/portopedia/73213-cap-conselho-de-autoridade-portuaria>>. Consulta em 17/05/2016. A estrutura Organizacional do CAP é composta pelos seguintes blocos: bloco do Poder Público (Representante do Governo Federal, do Governo do Estado e do Município); bloco dos Operadores Portuários (Representantes da Administração dos Portos, dos Armadores, dos Titulares de Instituições privadas dentro do porto e dos demais Operadores Portuários); bloco da Classe dos Trabalhadores Portuários (Representantes dos Trabalhadores Portuários Avulsos e dos demais Trabalhadores Portuários); bloco dos Usuários dos Serviços Portuários e Afins (Representantes dos Exportadores e Importadores de Mercadorias, dos Proprietários e Consignatários de Mercadorias e dos Terminais Retroportuários).

²²⁵ Dados disponíveis em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/index.html>>. Consulta em 17/05/2016.

preços públicos e das tarifas de serviços públicos far-se-ão: I – conforme atos, normas e critérios a serem fixados pelo Ministro da Fazenda; II – anualmente; (ii) Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001, artigo 27, inciso VII (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013): “compete à ANTAQ promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de quinze dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda”; (iii) Decreto nº 4.122 de 13 de 2012, artigo 3º, inciso VIII: “compete à ANTAQ aprovar as propostas de revisão e reajuste de tarifas encaminhadas pelas Administrações Portuárias, após comunicação ao Ministério da Fazenda, com antecedência mínima de quinze dias”; e (iv) Portaria nº 118 de 17 de maio de 2000, do Ministro de Estado da Fazenda, emitida considerando o disposto no artigo 70, incisos I e II, da Lei nº 9.069 de 1995, combinado com o disposto no artigo 27, inciso VII, da Lei nº 10.233 de 2001 que estabelece os critérios a serem observados para os reajustes e as revisões das tarifas dos serviços públicos regulados pela ANTAQ.

A ANTAQ por sua vez analisará as propostas recebidas para fins de aprovação, podendo interromper a qualquer tempo o processo de análise para solicitar informações adicionais que julgar necessário. Concluído o processo, e havendo aprovação dos pleitos, os reajustes tarifários serão comunicados pela ANTAQ ao Poder Concedente e ao Ministério da Fazenda, bem como as Administrações Portuárias. Cabendo ao CAP a decisão de aprovar e homologar o reajuste tarifário.

Por sua vez, as revisões dos regulamentos tarifários estão divididas em: (i) ordinárias, que tem por função principal estabelecer uma receita que permita cobrir custos operacionais e remunerar o capital investido; e (ii) extraordinárias, que tem a mesma finalidade, mas motivada por algum desequilíbrio econômico e financeiro nos contratos²²⁶.

Quanto à padronização na cobrança dos serviços portuários, a legislação estabelece apenas, em sua estrutura tarifária, duas tabelas: (i) Tabela de Infraestrutura (I a II), que correspondem às tarifas obrigatórias relativas às operações que envolvam embarcações e infraestrutura marítima e terrestre, aplicadas aos armadores, donos das mercadorias ou operadores portuários. Serão cobradas pela Administração Portuária, na função de Autoridade Portuária e remuneram a utilização da infraestrutura marítima e

²²⁶ LUNKES, Rogério João; SANTOS, Vinícius Faoro Dos; SOUZA, Paula De, «Tarifas Portuárias: Estudo Comparativo entre os Modelos Brasileiro e Português», In *5º Congresso da Universidade Federal de Santa Catarina de Controladoria e Finanças e Iniciação Científica em Contabilidade*, Santa Catarina, 19 a 21 de maio de 2014, pag. 6. Disponível em: <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/arquivos_artigos/artigos/993/20140422123456.pdf>. Consulta em 17/05/2016.

terrestre, uso das instalações de acostagem e facilidades de superestrutura portuária colocadas à disposição para realização das operações portuárias; (ii) Tabela de Serviços e Facilidades (IV a VII), correspondem aos preços cobrados pela Administração Portuária, na função de Operador Portuário ou como referenciais para Operador Portuário privado, inclusive remunerando os serviços prestados de armazenagem, suprimentos, equipamentos e diversos²²⁷. Para melhor entendimento vide tabela abaixo:

Divisão das Tarifas Portuárias	Serviço
I	Utilização da infraestrutura de acesso aquaviário
II	Utilização das instalações de acostagem
III	Utilização da infraestrutura operacional ou terrestre
IV	Serviços de movimentação de cargas
V	Armazenagem
VI	Utilização de equipamentos
VII	Serviços diversos ou gerais

Existe ainda, uma oitava divisão, que diz respeito à utilização de áreas e instalações, mediante contrato de uso temporário. Este quadro tarifário foi autorizado pela ANTAQ a alguns portos, como por exemplo, o Porto de Forno no Estado do Rio de Janeiro, por meio da Resolução nº 2.702 de 22 de novembro de 2012 da ANTAQ²²⁸.

²²⁷ Informações dadas pela Secretaria de Portos (SEP), Companhia Docas do Pará, Autoridade Portuária. Disponível em: < <https://www.cdp.com.br/tarifas-portuarias/conceitos-basicos>>. Consulta em 17/05/2016.

²²⁸ Resolução n. 2.702, de 2012, de 22 de novembro da ANTAQ. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000005574.pdf>>. Consulta em 17/05/2016. LUNKES, Rogério João; SANTOS, Vinícius Faoro Do; SOUZA, Paula De, «Tarifas Portuárias: Estudo Comparativo entre os Modelos Brasileiro e Português», *In. 5º Congresso da Universidade Federal de Santa Catarina de Controladoria e Finanças e Iniciação Científica em Contabilidade*, Santa Catarina, 19 a 21 de maio de 2014, pag. 6. Disponível em: <http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/arquivos_artigos/artigos/993/20140422123456.pdf>. Consulta em 17/05/2016.

7- CONCLUSÃO

Com a publicação da nova Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013 regulamentada pelo Decreto Lei nº 8.033 de 2013, inaugurou-se um novo marco regulatório para o setor portuário brasileiro que desafia aos intérpretes da norma a traçarem balizas axiológicas para a sua implementação. A nova regulação do setor portuário foi modulada para promover, por meio de sua abertura à competição, a modernização e a expansão da infraestrutura portuária.

Em nosso trabalho procuramos demonstrar a importância que tem hoje a regulação dos setores infraestruturais em rede e, assim, do setor infraestrutural portuário brasileiro, já que a rede, como um todo indissolúvel, deve ser operada de forma una, sem que ocorra a fragmentação dos seus componentes sob pena de haver a perda de sua funcionalidade, o que faz necessário, nesse sentido, uma gestão sistêmica pelo Estado de toda a rede, traduzindo-se na necessidade de se estabelecerem regras e parâmetros de conduta comuns a todos os operadores econômicos que operam a rede em prol da boa operação de todo o setor.

Nesse sentido, definimos como é feita a regulação desse setor, no qual o Estado elege tanto a regulação por contrato como a regulação por agência, configurando-se, assim, uma regulação “mista”.

A técnica de intervenção regulatória pela via contratual significa que o contrato assume o principal espaço jurídico conformador de decisões e escolhas regulatórias que serão determinantes para conceber e formatar aspectos essenciais na prestação do serviço público ou na gestão da infraestrutura. Exposto em outros termos, esses contratos refletem escolhas que definem e cristalizam políticas públicas de longo prazo e que são essenciais para a consecução do interesse público. Esses contratos, nesse sentido, representam parcela significativa da função regulatória estatal.

Será no contrato regulatório que se estabelecerão a estrutura tarifária, metas de qualidade, indicadores de desempenho, sistemas de monitoramento e avaliação dos resultados a serem atingidos, dentre outras metas, que são algumas das escolhas regulatórias que serão determinantes para a aferição da eficiência do operador econômico na consecução do interesse público. Dessa forma, a estratégia regulatória volta-se para a indução do operador econômico a alcançar metas, objetivos e finalidade previamente definidos no contrato, revelando-se como uma regulação contratual por performance.

Já quanto à escolha regulatória por agência, o Estado entendeu por bem adotar para esse setor o modelo de entidade reguladora independente, ou seja, desgovernamentalizada, dotada de autonomia e independência, imune as pressões políticas. Eis que quanto mais independência tiver a agência, mais autoridade ela terá para garantir o acesso a todos os operadores econômicos em condições equitativas a rede, garantindo, desta forma, o respeito dessas obrigações de serviço público, em benefício dos utentes.

Entretanto, a previsão estabelecida pela nova lei de subordinação entre ANTAQ e a SEP pode ser perigosa, eis que se abre a possibilidade da SEP se imiscuir nas atividades técnicas desenvolvidas pela ANTAQ, o que acaba por violar parte significativa do arcabouço regulatório instituído no Estado Brasileiro. Abrindo espaço para que ocorra a captura política da agência reguladora pelo órgão político, fato este extremamente preocupante, pois coloca em risco a tecnicidade tanto prezada por essas entidades. Além disso, ocorrendo esse tipo de captura, esse setor econômico estratégico acaba por ficar enfraquecido e vulnerável aos ditames políticos, prejudicando desta maneira a captação dos investimentos privados, tão importantes para a o crescimento desse setor, pois gera insegurança jurídica e conseqüentemente insegurança regulatória.

Diante dessa problemática propõe-se a utilização da Análise de Impacto Regulatório (AIR) como uma ferramenta jurídica e econômica disponível para o controle político da atividade reguladora da ANTAQ, vez que permite que o órgão de governo tenha acesso aos motivos que levaram a adoção de certa medida regulatória pela autoridade reguladora setorial. Eis que por intermédio deste instrumento, através da procedimentalização e da avaliação da qualidade da regulação seria possível reduzir a lacuna informacional existente entre esta agência reguladora e o Poder Central, propiciando um controle político de suas atividades, sem que fosse estabelecida uma relação de subordinação hierárquica.

A lei, ainda, trouxe substanciais mudanças, algumas indispensáveis para o desenvolvimento e modernização dos portos brasileiros, como a que exclui os conceitos de “carga própria” e “carga de terceiros”. Essa sem dúvida foi uma das grandes alterações ocorridas com a publicação da nova lei, visto que enterrou definitivamente a exigência de movimentação predominante de carga própria, liberando, assim, as instalações portuárias para movimentar cargas de qualquer natureza. Além disso, estabeleceu de forma clara a assimetria regulatória existente entre os prestadores de serviços públicos e os exploradores de atividades econômicas.

Nesse sentido, será a poligonal do porto organizado que definirá a natureza jurídica da exploração da infraestrutura portuária. Ou seja, dentro da poligonal do porto organizado somente será permitido à prestação de serviços públicos *strito sensu*, por meio dos contratos de concessão e arrendamentos portuários. A diferença existente entre esses dois contratos é que no caso da concessão, esta é voltada à delegação da administração de todo o porto organizado, ou seja, a concessionária assume as atribuições e as funções da Autoridade Portuária. Já os arrendamentos portuários dedicam-se a delegar a exploração de áreas específicas dentro deste referido espaço. Isso significa que dentro da poligonal não haverá a exploração de atividades econômicas, pelos privados, que somente poderão exercê-las fora da delimitação desta área, por meio de terminais privados. Ou seja, somente poderão ser outorgadas novas autorizações para a exploração de infraestrutura portuária fora do porto.

Ademais, pela leitura da lei é possível concluir que a concessão do porto organizado possui natureza jurídica de concessão de serviços públicos, através do qual a União Federal delega a prestação do serviço portuário para terceiros, para que eles disciplinem a utilização e a gestão desse bem público.

Quanto ao arrendamento portuário, este detém natureza jurídica de “subconcessão” de serviços públicos. Nesses casos, haverá o estabelecimento de uma relação jurídica com o concessionário do porto organizado e secundariamente com o Poder Concedente.

Para mais, as autorizações portuárias não se enquadram no conceito tradicional de autorizações de operação do Direito Administrativo, caracterizando-se como autorizações de funcionamento, em que há uma vinculação permanente com a Administração e necessitam de um controle permanente acerca do seu exercício por esta. Possuem natureza jurídica de uma autorização vinculada que tem como pressuposto disciplinar uma atividade econômica realizada fora da área da poligonal do porto.

Outrossim, propõe-se a utilização das Parcerias Público-Privadas como uma alternativa ao modelo tradicional das concessões na implementação de projetos de infraestrutura e na gestão portuária. Eis que além de desonerar os cofres públicos, o modelo prevê formas especiais de remuneração e maior segurança jurídica ao parceiro privado – repartição objetiva do risco e garantias diferenciadas de pagamento – e outros benefícios que permitem a formalização de projetos complexos e com custos elevados. Nesse setor especificamente as PPPs podem ser aplicadas quando dá delegação da

gestão dos portos, delegação individualizada de cada terminal portuário e nas atividades acessórias dentro e fora do porto organizado. Porém, até o presente momento, não existem registros desse tipo de contrato sendo utilizado nesse setor, o que é lamentável quando levamos em conta os benéficos e os ganhos de eficiências que as PPPs poderiam trazer.

Bem assim, as tarifas portuárias, como preços cobrados pelos serviços prestados e pelas facilidades físicas disponíveis aos usuários, deve garantir a justa remuneração do concessionário e ao mesmo tempo a adequada prestação dos serviços públicos. Nesse sentido, torna-se necessário estabelecer uma política tarifária equilibrada para que haja simultaneamente a recuperação do capital investido pelo concessionário e o atendimento das exigências sociais que buscam a universalidade do serviço, com o menor custo.

Por fim, não foi nossa pretensão analisar de forma pormenorizada toda a lei, mas sim trazer e debater as principais alterações jurídicas introduzidas com a sua publicação. A lei ainda é muito recente no Brasil e exige um árduo processo hermenêutico que será construído ao longo do tempo através do debate jurídico entre todos os agentes envolvidos nesse setor, em que lacunas serão integradas e as divergências resolvidas. Espera-se que esse novo modelo regulatório não seja desvirtuado por interesses políticos de ocasião, mas que sirva como uma ferramenta jurídica consistente e atualizada que beneficiará o desenvolvimento econômico de todo o país.

8 - BIBLIOGRAFIA

AMADEU, Rocha, «Gestão Financeira do Espaço Portuário: Visão Institucional». In *Os Novos Desafios Da Política Portuária*, Editora Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, pags. 99 a 120.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/TarifasPortuarias/index.html>>. Consulta em 17/05/2016.

ARAGÃO, Alexandre, Santos De, *Direito dos Serviços Públicos*, 2ª Edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012.

BARROSO, Luís Roberto, «Agências reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e legitimidade democrática», In *Revista de Direito Público da Procuradoria Geral, Número 56*, Centro de Estudos Jurídicos, CEJUR, Rio De Janeiro, 2002, pags. 201 a 227.

BINENBOJM, Gustavo, «As Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil», In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Nº 3, Salvador, ago-set-out 2005, pags. 1 a 20. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Consulta em 22/04/2016.

BINENBOJM, Gustavo, «As Parcerias Público-Privadas (PPPs e a Constituição)», In *Revista de Direito Público da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Volume XVII, Editora Lumen e Juris, Rio de Janeiro, 2006, pags. 91 a 107.

BOCKMANN, Egon, «O Caminho do Desenvolvimento na Lei dos Portos», In *Portos e seus Regimes Jurídicos*, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 25 a 31.

_____. «Portos Brasileiros e seus Regimes Jurídicos», In *Portos e seus Regimes Jurídicos*, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 33 a 74.

CALVÃO DA SILVA, Mercado e Estado, *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Comunitárias na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/27605.html>>. Consulta em 18/04/2016.

CAMARA DE ALMEIDA, Aline; Paola, Correa, Braga, *As Tarifas e as Demais Formas de Remuneração Dos Serviços Públicos*, Editora Lumen e Juris, Rio de Janeiro, 2009.

CARBONE, Sergio, «L'Equilibrio Tra Autorità Portuale e Mercato», In *Diritto Dei Trasporti 1994*, Anno VII, Número 3, Instituto Per Lo Studio Del Diritto Dei Trasporti, Roma, 1994.

CARDOSO, José Lucas, *Autoridade Administrativas Independentes e Constituição*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

CARVALHO FILHO, José Dos Santos, *Manual de Direito Administrativo*, 18º Edição, Editora Lumen e Juris, Rio de Janeiro, 2007.

CONFRARIA, JOÃO, *Regulação e Concorrência*, Desafios do Século XXI, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

CONSTANTE, Jonas Mendes, FARREL, Sheila, «Uma Análise de Modelos de PPPs no Setor Portuário Internacional», In *PPP Brasil; Observatório das Parcerias Público Privadas*, 2013, pags. 1 a 14. Disponível em: <<https://dl.dropboxusercontent.com/u/18438258/Modelos%20de%20PPP%20no%20Setor%20Portu%C3%A1rio%20-%20Versao%20Final.pdf>>. Consulta em 15/05/2016.

Comitê Gestor do Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para a Gestão Regulatória (PRO-REG), *Análise dos contratos de gestão celebrados com as agências reguladoras quanto à regularidade, efetividade e contribuição para a gestão regulatória e fiscalizatória*, Período de 2003 a 2012. Disponível em: <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/estudo-sobre-os-contratos-de-gestao-firmados-pelas-agencias-reguladoras-federais>>. Consulta em 03/07/2016.

DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa; PALMA, Maria Fernanda, *Direito Sancionatório Das Entidades Reguladoras*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

DI PIETRO, Maria Zanella, *Direito Administrativo*, 17ª Edição, Editora Atlas Jurídico, São Paulo, 2004.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo I*, 9ª Edição, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.

FERREIRA, Gian Carlos Moreira; TOVAR, Antonio Carlos De Andrada, «A Infra-Estrutura Portuária Brasileira: O Modelo Atual e Perspectivas para seu Desenvolvimento», In *Revista do BNDES*, V. 13, Nº 25, Rio de Janeiro, 2006, pags. 209 a 230.

GARCIA, Flavio, Amaral; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, «Portos Brasileiros e a Nova Assimetria Regulatória», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014.

GARCIA, Flávio Amaral, «A Mutabilidade e Incompletude na Regulação por Contrato e a Função Integrativa das Agências», In *Revista de Contratos Públicos, RCP*, Ano 4, nº 5, Editora Fórum, Belo Horizonte, mar. 2014/ago. 2015, pags. 1 a 35.

GARCIA, *Licitações e Contratos Administrativos, Casos Polêmicos*, 4ª Edição, Editora Malheiros, 2016.

GUIMARÃES, Bernado; Strobel, KATO; Mariana, Almeida, «Arrendamentos Públicos, Licitações, Proteção à Concorrência e o Direito dos Arrendatários», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 199 a 219.

GONÇALVES, Pedro, *A Concessão De Serviços Públicos*, Editora Almedina, Coimbra, 1999.

_____. *Reflexões sobre o Estado Regulador e Estado Contratante*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

GOVERNO FEDERAL, PORTAL DE INFORMAÇÕES PORTUÁRIAS, GLOSSÁRIO PORTUÁRIO. Disponível em: <http://www.portosempapel.gov.br/glossario?pathbar=glossario_portuario>. Consulta em 17/05/2016.

JUSTEN FILHO, Marçal, «Regulação Portuária no Direito brasileiro», In *Revista de Direito Público e Regulação, número 4*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), Coimbra, novembro de 2009, pags. 5 a 23. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/cedipre/publicacoes/rdpr/revista_4.pdf>. Consulta em 22/06/2016.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital, *A Mão Visível, Mercado e Regulação*, Editora Almedina, Coimbra, 2008.

LODGE, Martin; WEGRICH, Kai, *Managing Regulation, Regulatory Analysis, Politics and Policy*, Palgrave Macmillan, Nova York, 2012.

LUNKES, Rogério João; SANTOS, Vinícius Faoro Dos, SOUZA, Paula De, «Tarifas Portuárias: Estudo Comparativo entre os Modelos Brasileiro e Português», In *5º Congresso da Universidade Federal de Santa Catarina de Controladoria e Finanças e Iniciação Científica em Contabilidade*, Santa Catarina, 19 a 21 de maio de 2014, pags. 1 a 14. Disponível em:

<http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/arquivos_artigos/artigos/993/20140422123456.pdf>.

Consulta em 17/05/2016.

MAÇÃS, Fernanda; MOREIRA, Vital, *Autoridades Reguladoras Independentes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

MARQUES NETO, Floriano De Azevedo, «A Nova Regulação Dos Serviços Públicos», In. *Revista Eletrônica De Direito Econômico*, Nº 1, Salvador, 2005, pags. 1 a 18. Disponível em: https://moodle.unipampa.edu.br/pluginfile.php/145927/mod_resource/content/1/A%20nova%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20dos%20servi%C3%A7os%20p%C3%BAblicos.pdf. Consulta em 05/05/2016.

MARQUES NETO, Floriano De Azevedo, «Concessões Portuárias» In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 263 a 288.

MARTÍNEZ, Ignacio, Arroy, *Compendio De Derecho Marítimo*, 3ª Edição, Editora Tecnos, Madrid, 2009.

MAYER, Giovanna, «Notas Sobre o Regime dos Portos Brasileiros», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 75 a 110.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De, *Curso de Direito Administrativo*, 27ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2010.

MONCADA, Luís, Cabral De, *Manual Elementar de Direito Público da Economia e da Regulação: Uma perspectiva Luso-Brasileira*, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

MONIZ, Ana Raquel, «Considerações Sobre o Domínio Público Portuário: Em Especial, As Concessões», In *Os Novos Desafios Da Política Portuária*, Editora Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, pags. 75 a 98.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, «A Regulação Sob a Perspectiva da Nova Hermenêutica», In *Revista Eletrônica de Direito Público, REDAE*, Instituto Brasileiro de Direito Público, Número 12, Bahia, novembro/dezembro/janeiro 2008, pag. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-DIOGO%20DE%20FIGUEIREDO.pdf>>. Consulta em 22/04/2016.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2014.

_____. *Novas Mutações Juspolíticas*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016.

MOREIRA NETO, Diogo De Figueiredo; VÉRAS DE FREITAS, Rafael, *A Nova Regulação Portuária*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2015.

MORENO, Natália, De Almeida, *Smart Grids, Modelagem Regulatória de Infraestruturas*, Synergia Editora, Rio de Janeiro, 2015.

RESOLUÇÃO N. 2.702, DE 2012, DE 22 DE NOVEMBRO DA ANTAQ. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/portal/pdfSistema/Publicacao/0000005574.pdf>>. Consulta em 17/05/2016.

SECRETARIA DE PORTOS (SEP), COMPANHIA DOCAS DO PARÁ, AUTORIDADE PORTUÁRIA. Disponível em: <<https://www.cdp.com.br/tarifas-portuarias/conceitos-basicos>>. Consulta em 17/05/2016.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE), Análise de Impacto Regulatório. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>>. Consulta em 27/04/2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho, «Parcerias Público-Privadas: Um Mar Ainda Não Navegado», In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 76 a 102.

ORTEGA, Ricardo Riveiro, *La Necesaria Innovación em Las Instituciones Administrativas: Organización, Procedimento, Función Pública, Contratos Administrativos y Regulación*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2012.

ORTIZ, Gaspar, Ariño, «Privatización, Liberalización y Desregulación: Balance De Um Processo (1989-2010)», In *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, nº 47, ano 12, outubro/dezembro 2014, pags. 9 a 32.

OTERO, Paulo, «Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública», In *Os Caminhos Da Privatização Da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pags. 31 a 57.

_____. *Manual de Direito Administrativo*, Volume I, Editora Almedina, Lisboa, 2013.

QUADROS, Fausto, «Serviço Público e Direito Comunitário», In *Os Caminhos Da Privatização Da Administração Pública*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pags. 279 a 299.

PARECER NÚMERO 51 DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8453>>. Consulta em 18/04/2016.

PECI, Alketa, *Desenho de uma Estratégia de Implantação e Institucionalização da Análise de Impacto Regulatório*, PRO-REG, Programa de Fortalecimento da Capacidade Institucional para Gestão em Regulação, pags. 1 a 92. Disponível em <<http://www.regulacao.gov.br/acompanhe-o-pro-reg/trabalhos-de-consultoria/desenho-de-uma-estrategia-de-implantacao-e-institucionalizacao-da-analise-do-impacto-regulatorio>>. Consulta em 27/04/2016.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães, «A Medida Provisória nº 595: Mudanças no Marco Regulatório do Setor Portuário no Brasil» In *Migalhas*, jan. de 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI170276,61044A+medida+provisoria+595+mudancas+no+marco+regulatorio+do+setor>>. Consulta em 10/05/2016.

PINGO BORGES, Eduardo Bizzo De; SALGADO, Helena Lúcia, «*Análise de Impacto Regulatório: Uma Análise Exploratória*», Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, Brasília, 2010, pags. 1 a 30. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2669/1/TD_1463.pdf>. Consulta em 27/04/2016.

PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Acórdão nº 873/2010, Ministro Relator Augusto Nardes, julgado em 28/04/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvIHighLight>>. Consulta em 03/07/2016.

RIBEIRO, Leonardo, Coelho, «O Novo Marco Regulatório dos Portos, Entre Grandes Objetivos e Inadequadas Exigências», In *Portos e seus Regimes Jurídicos, A Lei 12.815/2013 e seus Desafios*, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2014, pags. 111 a 142.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*, 3ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

_____. *Direito Administrativo das Concessões*, 5ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

_____. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 2.095-MC, Pleno, Ministro Relator Octavio Gallotti, julgado em 22/3/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%282095%2E%2E+OU+2095%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/lpr77pq>>. Consulta em 03/07/2016.

TAVARES DA SILVA, Suzana, *Um Novo Direito Administrativo?*, Editora Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010.

ANEXOS

Anexo I - LEI Nº 12.815, DE 5 DE JUNHO DE 2013

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

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; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

DEFINIÇÕES E OBJETIVOS

Art. 1º Esta Lei regula a exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários.

§ 1º A exploração indireta do porto organizado e das instalações portuárias nele localizadas ocorrerá mediante concessão e arrendamento de bem público.

§ 2º A exploração indireta das instalações portuárias localizadas fora da área do porto organizado ocorrerá mediante autorização, nos termos desta Lei.

§ 3º As concessões, os arrendamentos e as autorizações de que trata esta Lei serão outorgados a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Art. 2º Para os fins desta Lei, consideram-se:

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

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

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

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

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

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

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

VIII - (VETADO):

a) (VETADO);

b) (VETADO); e

c) (VETADO);

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

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

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

XII - autorização: outorga de direito à exploração de instalação portuária localizada fora da área do porto organizado e formalizada mediante contrato de adesão;
e

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

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.

CAPÍTULO II

DA EXPLORAÇÃO DOS PORTOS E INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS

Seção I

Da Concessão de Porto Organizado e do Arrendamento de Instalação Portuária

Art. 4º A concessão e o arrendamento de bem público destinado à atividade portuária serão realizados mediante a celebração de contrato, sempre precedida de licitação, em conformidade com o disposto nesta Lei e no seu regulamento.

Art. 5º São essenciais aos contratos de concessão e arrendamento as cláusulas relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo;

II - ao modo, forma e condições da exploração do porto organizado ou instalação portuária;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, assim como às metas e prazos para o alcance de determinados níveis de serviço;

IV - ao valor do contrato, às tarifas praticadas e aos critérios e procedimentos de revisão e reajuste;

V - aos investimentos de responsabilidade do contratado;

VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas;

VII - às responsabilidades das partes;

VIII - à reversão de bens;

IX - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive os relacionados a necessidades futuras de suplementação, alteração e expansão da atividade e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações;

X - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução das atividades, bem como à indicação dos órgãos ou entidades competentes para exercê-las;

XI - às garantias para adequada execução do contrato;

XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução das atividades;

XIII - às hipóteses de extinção do contrato;

XIV - à obrigatoriedade da prestação de informações de interesse do poder concedente, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e das demais autoridades que atuam no setor portuário, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização;

XV - à adoção e ao cumprimento das medidas de fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas;

XVI - ao acesso ao porto organizado ou à instalação portuária pelo poder concedente, pela Antaq e pelas demais autoridades que atuam no setor portuário;

XVII - às penalidades e sua forma de aplicação; e

XVIII - ao foro.

§ 1º (VETADO).

§ 2º Findo o prazo dos contratos, os bens vinculados à concessão ou ao arrendamento reverterão ao patrimônio da União, na forma prevista no contrato.

Art. 6º Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

§ 1º As licitações de que trata este artigo poderão ser realizadas na modalidade leilão, conforme regulamento.

§ 2º Compete à Antaq, com base nas diretrizes do poder concedente, realizar os procedimentos licitatórios de que trata este artigo.

§ 3º Os editais das licitações de que trata este artigo serão elaborados pela Antaq, observadas as diretrizes do poder concedente.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Sem prejuízo das diretrizes previstas no art. 3º, o poder concedente poderá determinar a transferência das competências de elaboração do edital e a realização dos

procedimentos licitatórios de que trata este artigo à Administração do Porto, delegado ou não.

§ 6º O poder concedente poderá autorizar, mediante requerimento do arrendatário, na forma do regulamento, expansão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, sempre que a medida trouxer comprovadamente eficiência na operação portuária.

Art. 7º A Antaq poderá disciplinar a utilização em caráter excepcional, por qualquer interessado, de instalações portuárias arrendadas ou exploradas pela concessionária, assegurada a remuneração adequada ao titular do contrato.

Seção II

Da Autorização de Instalações Portuárias

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:

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

§ 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.

§ 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.

§ 3º A Antaq adotará as medidas para assegurar o cumprimento dos cronogramas de investimento previstos nas autorizações e poderá exigir garantias ou aplicar sanções, inclusive a cassação da autorização.

§ 4º (VETADO).

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.

§ 2º (VETADO).

§ 3º (VETADO).

Art. 10. O poder concedente poderá determinar à Antaq, a qualquer momento e em consonância com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, a abertura de processo de chamada pública para identificar a existência de interessados na obtenção de autorização de instalação portuária, na forma do regulamento e observado o prazo previsto no inciso II do § 1º do art. 9º.

Art. 11. O instrumento da abertura de chamada ou anúncio público indicará obrigatoriamente os seguintes parâmetros:

I - a região geográfica na qual será implantada a instalação portuária;

II - o perfil das cargas a serem movimentadas; e

III - a estimativa do volume de cargas ou de passageiros a ser movimentado nas instalações portuárias.

Parágrafo único. O interessado em autorização de instalação portuária deverá apresentar título de propriedade, inscrição de ocupação, certidão de aforamento, cessão de direito real ou outro instrumento jurídico que assegure o direito de uso e fruição do respectivo terreno, além de outros documentos previstos no instrumento de abertura.

Art. 12. Encerrado o processo de chamada ou anúncio público, o poder concedente deverá analisar a viabilidade locacional das propostas e sua adequação às diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário.

§ 1º Observado o disposto no regulamento, poderão ser expedidas diretamente as autorizações de instalação portuária quando:

I - o processo de chamada ou anúncio público seja concluído com a participação de um único interessado; ou

II - havendo mais de uma proposta, não haja impedimento locacional à implantação de todas elas de maneira concomitante.

§ 2º Havendo mais de uma proposta e impedimento locacional que inviabilize sua implantação de maneira concomitante, a Antaq deverá promover processo seletivo público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

§ 3º O processo seletivo público de que trata o § 2º atenderá ao disposto no regulamento e considerará como critério de julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital.

§ 4º Em qualquer caso, somente poderão ser autorizadas as instalações portuárias compatíveis com as diretrizes do planejamento e das políticas do setor portuário, na forma do caput.

Art. 13. A Antaq poderá disciplinar as condições de acesso, por qualquer interessado, em caráter excepcional, às instalações portuárias autorizadas, assegurada remuneração adequada ao titular da autorização.

Seção III

Dos Requisitos para a Instalação dos Portos e Instalações Portuárias

Art. 14. A celebração do contrato de concessão ou arrendamento e a expedição de autorização serão precedidas de:

- I - consulta à autoridade aduaneira;
- II - consulta ao respectivo poder público municipal; e
- III - emissão, pelo órgão licenciador, do termo de referência para os estudos ambientais com vistas ao licenciamento.

Seção IV

Da Definição da Área de Porto Organizado

Art. 15. Ato do Presidente da República disporá sobre a definição da área dos portos organizados, a partir de proposta da Secretaria de Portos da Presidência da República.

Parágrafo único. A delimitação da área deverá considerar a adequação dos acessos marítimos e terrestres, os ganhos de eficiência e competitividade decorrente da escala das operações e as instalações portuárias já existentes.

CAPÍTULO III DO PODER CONCEDENTE

Art. 16. Ao poder concedente compete:

I - elaborar o planejamento setorial em conformidade com as políticas e diretrizes de logística integrada;

II - definir as diretrizes para a realização dos procedimentos licitatórios, das chamadas públicas e dos processos seletivos de que trata esta Lei, inclusive para os respectivos editais e instrumentos convocatórios;

III - celebrar os contratos de concessão e arrendamento e expedir as autorizações de instalação portuária, devendo a Antaq fiscalizá-los em conformidade com o disposto na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001; e

IV - estabelecer as normas, os critérios e os procedimentos para a pré-qualificação dos operadores portuários.

§ 1º Para os fins do disposto nesta Lei, o poder concedente poderá celebrar convênios ou instrumentos congêneres de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da administração pública federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive com repasse de recursos.

§ 2º No exercício da competência prevista no inciso II do caput, o poder concedente deverá ouvir previamente a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis sempre que a licitação, a chamada pública ou o processo seletivo envolver instalações portuárias voltadas à movimentação de petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.

CAPÍTULO IV DA ADMINISTRAÇÃO DO PORTO ORGANIZADO

Seção I

Das Competências

Art. 17. A administração do porto é exercida diretamente pela União, pela delegatária ou pela entidade concessionária do porto organizado.

§ 1º Compete à administração do porto organizado, denominada autoridade portuária:

I - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos e os contratos de concessão;

II - assegurar o gozo das vantagens decorrentes do melhoramento e aparelhamento do porto ao comércio e à navegação;

III - pré-qualificar os operadores portuários, de acordo com as normas estabelecidas pelo poder concedente;

IV - arrecadar os valores das tarifas relativas às suas atividades;

V - fiscalizar ou executar as obras de construção, reforma, ampliação, melhoramento e conservação das instalações portuárias;

VI - fiscalizar a operação portuária, zelando pela realização das atividades com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente;

VII - promover a remoção de embarcações ou cascos de embarcações que possam prejudicar o acesso ao porto;

VIII - autorizar a entrada e saída, inclusive atracação e desatracação, o fundeio e o tráfego de embarcação na área do porto, ouvidas as demais autoridades do porto;

IX - autorizar a movimentação de carga das embarcações, ressalvada a competência da autoridade marítima em situações de assistência e salvamento de embarcação, ouvidas as demais autoridades do porto;

X - suspender operações portuárias que prejudiquem o funcionamento do porto, ressalvados os aspectos de interesse da autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego aquaviário;

XI - reportar infrações e representar perante a Antaq, visando à instauração de processo administrativo e aplicação das penalidades previstas em lei, em regulamento e nos contratos;

XII - adotar as medidas solicitadas pelas demais autoridades no porto;

XIII - prestar apoio técnico e administrativo ao conselho de autoridade portuária e ao órgão de gestão de mão de obra;

XIV - estabelecer o horário de funcionamento do porto, observadas as diretrizes da Secretaria de Portos da Presidência da República, e as jornadas de trabalho no cais de uso público; e

XV - organizar a guarda portuária, em conformidade com a regulamentação expedida pelo poder concedente.

§ 2º A autoridade portuária elaborará e submeterá à aprovação da Secretaria de Portos da Presidência da República o respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

§ 3º O disposto nos incisos IX e X do § 1º não se aplica à embarcação militar que não esteja praticando comércio.

§ 4º A autoridade marítima responsável pela segurança do tráfego pode intervir para assegurar aos navios da Marinha do Brasil a prioridade para atracação no porto.

§ 5º (VETADO).

Art. 18. Dentro dos limites da área do porto organizado, compete à administração do porto:

I - sob coordenação da autoridade marítima:

a) estabelecer, manter e operar o balizamento do canal de acesso e da bacia de evolução do porto;

b) delimitar as áreas de fundeadouro, de fundeio para carga e descarga, de inspeção sanitária e de polícia marítima;

c) delimitar as áreas destinadas a navios de guerra e submarinos, plataformas e demais embarcações especiais, navios em reparo ou aguardando atracação e navios com cargas inflamáveis ou explosivas;

d) estabelecer e divulgar o calado máximo de operação dos navios, em função dos levantamentos batimétricos efetuados sob sua responsabilidade; e

e) estabelecer e divulgar o porte bruto máximo e as dimensões máximas dos navios que trafegarão, em função das limitações e características físicas do cais do porto;

II - sob coordenação da autoridade aduaneira:

a) delimitar a área de alfandegamento; e

b) organizar e sinalizar os fluxos de mercadorias, veículos, unidades de cargas e de pessoas.

Art. 19. A administração do porto poderá, a critério do poder concedente, explorar direta ou indiretamente áreas não afetas às operações portuárias, observado o disposto no respectivo Plano de Desenvolvimento e Zoneamento do Porto.

Parágrafo único. O disposto no caput não afasta a aplicação das normas de licitação e contratação pública quando a administração do porto for exercida por órgão ou entidade sob controle estatal.

Art. 20. Será instituído em cada porto organizado um conselho de autoridade portuária, órgão consultivo da administração do porto.

§ 1º O regulamento disporá sobre as atribuições, o funcionamento e a composição dos conselhos de autoridade portuária, assegurada a participação de representantes da classe empresarial, dos trabalhadores portuários e do poder público.

§ 2º A representação da classe empresarial e dos trabalhadores no conselho a que alude o caput será paritária.

§ 3º A distribuição das vagas no conselho a que alude o caput observará a seguinte proporção:

I - 50% (cinquenta por cento) de representantes do poder público;

II - 25% (vinte e cinco por cento) de representantes da classe empresarial; e

III - 25% (vinte e cinco por cento) de representantes da classe trabalhadora.

Art. 21. Fica assegurada a participação de um representante da classe empresarial e outro da classe trabalhadora no conselho de administração ou órgão equivalente da administração do porto, quando se tratar de entidade sob controle estatal, na forma do regulamento.

Parágrafo único. A indicação dos representantes das classes empresarial e trabalhadora a que alude o caput será feita pelos respectivos representantes no conselho de autoridade portuária.

Art. 22. A Secretaria de Portos da Presidência da República coordenará a atuação integrada dos órgãos e entidades públicos nos portos organizados e instalações portuárias, com a finalidade de garantir a eficiência e a qualidade de suas atividades, nos termos do regulamento.

Seção II

Da Administração Aduaneira nos Portos Organizados e nas Instalações Portuárias Alfandegadas

Art. 23. A entrada ou a saída de mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas somente poderá efetuar-se em portos ou instalações portuárias alfandegados.

Parágrafo único. O alfandegamento de portos organizados e instalações portuárias destinados à movimentação e armazenagem de mercadorias importadas ou à exportação será efetuado após cumpridos os requisitos previstos na legislação específica.

Art. 24. Compete ao Ministério da Fazenda, por intermédio das repartições aduaneiras:

I - cumprir e fazer cumprir a legislação que regula a entrada, a permanência e a saída de quaisquer bens ou mercadorias do País;

II - fiscalizar a entrada, a permanência, a movimentação e a saída de pessoas, veículos, unidades de carga e mercadorias, sem prejuízo das atribuições das outras autoridades no porto;

III - exercer a vigilância aduaneira e reprimir o contrabando e o descaminho, sem prejuízo das atribuições de outros órgãos;

IV - arrecadar os tributos incidentes sobre o comércio exterior;

V - proceder ao despacho aduaneiro na importação e na exportação;

VI - proceder à apreensão de mercadoria em situação irregular, nos termos da legislação fiscal;

VII - autorizar a remoção de mercadorias da área portuária para outros locais, alfandegados ou não, nos casos e na forma prevista na legislação aduaneira;

VIII - administrar a aplicação de regimes suspensivos, exonerativos ou devolutivos de tributos às mercadorias importadas ou a exportar;

IX - assegurar o cumprimento de tratados, acordos ou convenções internacionais no plano aduaneiro; e

X - zelar pela observância da legislação aduaneira e pela defesa dos interesses fazendários nacionais.

§ 1º No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira terá livre acesso a quaisquer dependências do porto ou instalação portuária, às embarcações atracadas ou não e aos locais onde se encontrem mercadorias procedentes do exterior ou a ele destinadas.

§ 2º No exercício de suas atribuições, a autoridade aduaneira poderá, sempre que julgar necessário, requisitar documentos e informações e o apoio de força pública federal, estadual ou municipal.

CAPÍTULO V

DA OPERAÇÃO PORTUÁRIA

Art. 25. A pré-qualificação do operador portuário será efetuada perante a administração do porto, conforme normas estabelecidas pelo poder concedente.

§ 1º As normas de pré-qualificação devem obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

§ 2º A administração do porto terá prazo de 30 (trinta) dias, contado do pedido do interessado, para decidir sobre a pré-qualificação.

§ 3º Em caso de indeferimento do pedido mencionado no § 2º, caberá recurso, no prazo de 15 (quinze) dias, dirigido à Secretaria de Portos da Presidência da República, que deverá apreciá-lo no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do regulamento.

§ 4º Considera-se pré-qualificada como operador portuário a administração do porto.

Art. 26. O operador portuário responderá perante:

I - a administração do porto pelos danos culposamente causados à infraestrutura, às instalações e ao equipamento de que a administração do porto seja titular, que se encontre a seu serviço ou sob sua guarda;

II - o proprietário ou consignatário da mercadoria pelas perdas e danos que ocorrerem durante as operações que realizar ou em decorrência delas;

III - o armador pelas avarias ocorridas na embarcação ou na mercadoria dada a transporte;

IV - o trabalhador portuário pela remuneração dos serviços prestados e respectivos encargos;

V - o órgão local de gestão de mão de obra do trabalho avulso pelas contribuições não recolhidas;

VI - os órgãos competentes pelo recolhimento dos tributos incidentes sobre o trabalho portuário avulso; e

VII - a autoridade aduaneira pelas mercadorias sujeitas a controle aduaneiro, no período em que lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área onde se encontrem depositadas ou devam transitar.

Parágrafo único. Compete à administração do porto responder pelas mercadorias a que se referem os incisos II e VII do caput quando estiverem em área por ela controlada e após o seu recebimento, conforme definido pelo regulamento de exploração do porto.

Art. 27. As atividades do operador portuário estão sujeitas às normas estabelecidas pela Antaq.

§ 1º O operador portuário é titular e responsável pela coordenação das operações portuárias que efetuar.

§ 2º A atividade de movimentação de carga a bordo da embarcação deve ser executada de acordo com a instrução de seu comandante ou de seus prepostos, responsáveis pela segurança da embarcação nas atividades de arrumação ou retirada da carga, quanto à segurança da embarcação.

Art. 28. É dispensável a intervenção de operadores portuários em operações:

I - que, por seus métodos de manipulação, suas características de automação ou mecanização, não requeiram a utilização de mão de obra ou possam ser executadas exclusivamente pela tripulação das embarcações;

II - de embarcações empregadas:

a) em obras de serviços públicos nas vias aquáticas do País, executadas direta ou indiretamente pelo poder público;

b) no transporte de gêneros de pequena lavoura e da pesca, para abastecer mercados de âmbito municipal;

c) na navegação interior e auxiliar;

d) no transporte de mercadorias líquidas a granel; e

e) no transporte de mercadorias sólidas a granel, quando a carga ou descarga for feita por aparelhos mecânicos automáticos, salvo quanto às atividades de recheio;

III - relativas à movimentação de:

a) cargas em área sob controle militar, quando realizadas por pessoal militar ou vinculado a organização militar;

b) materiais por estaleiros de construção e reparação naval; e

c) peças sobressalentes, material de bordo, mantimentos e abastecimento de embarcações; e

IV - relativas ao abastecimento de aguada, combustíveis e lubrificantes para a navegação.

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 29. As cooperativas formadas por trabalhadores portuários avulsos, registrados de acordo com esta Lei, poderão estabelecer-se como operadores portuários.

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.

Art. 31. O disposto nesta Lei não prejudica a aplicação das demais normas referentes ao transporte marítimo, inclusive as decorrentes de convenções internacionais ratificadas, enquanto vincularem internacionalmente o País.

CAPÍTULO VI DO TRABALHO PORTUÁRIO

Art. 32. Os operadores portuários devem constituir em cada porto organizado um órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, destinado a:

I - administrar o fornecimento da mão de obra do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso;

II - manter, com exclusividade, o cadastro do trabalhador portuário e o registro do trabalhador portuário avulso;

III - treinar e habilitar profissionalmente o trabalhador portuário, inscrevendo-o no cadastro;

IV - selecionar e registrar o trabalhador portuário avulso;

V - estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso;

VI - expedir os documentos de identificação do trabalhador portuário; e

VII - arrecadar e repassar aos beneficiários os valores devidos pelos operadores portuários relativos à remuneração do trabalhador portuário avulso e aos correspondentes encargos fiscais, sociais e previdenciários.

Parágrafo único. Caso celebrado contrato, acordo ou convenção coletiva de trabalho entre trabalhadores e tomadores de serviços, o disposto no instrumento precederá o órgão gestor e dispensará sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto.

Art. 33. Compete ao órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário avulso:

I - aplicar, quando couber, normas disciplinares previstas em lei, contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho, no caso de transgressão disciplinar, as seguintes penalidades:

a) repreensão verbal ou por escrito;

b) suspensão do registro pelo período de 10 (dez) a 30 (trinta) dias; ou

c) cancelamento do registro;

II - promover:

a) a formação profissional do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso, adequando-a aos modernos processos de movimentação de carga e de operação de aparelhos e equipamentos portuários;

b) o treinamento multifuncional do trabalhador portuário e do trabalhador portuário avulso; e

c) a criação de programas de realocação e de cancelamento do registro, sem ônus para o trabalhador;

III - arrecadar e repassar aos beneficiários contribuições destinadas a incentivar o cancelamento do registro e a aposentadoria voluntária;

IV - arrecadar as contribuições destinadas ao custeio do órgão;

V - zelar pelas normas de saúde, higiene e segurança no trabalho portuário avulso; e

VI - submeter à administração do porto propostas para aprimoramento da operação portuária e valorização econômica do porto.

§ 1º O órgão não responde por prejuízos causados pelos trabalhadores portuários avulsos aos tomadores dos seus serviços ou a terceiros.

§ 2º O órgão responde, solidariamente com os operadores portuários, pela remuneração devida ao trabalhador portuário avulso e pelas indenizações decorrentes de acidente de trabalho.

§ 3º O órgão pode exigir dos operadores portuários garantia prévia dos respectivos pagamentos, para atender a requisição de trabalhadores portuários avulsos.

§ 4º As matérias constantes nas alíneas *a* e *b* do inciso II deste artigo serão discutidas em fórum permanente, composto, em caráter paritário, por representantes do governo e da sociedade civil.

§ 5º A representação da sociedade civil no fórum previsto no § 4º será paritária entre trabalhadores e empresários.

Art. 34. O exercício das atribuições previstas nos arts. 32 e 33 pelo órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário avulso não implica vínculo empregatício com trabalhador portuário avulso.

Art. 35. O órgão de gestão de mão de obra pode ceder trabalhador portuário avulso, em caráter permanente, ao operador portuário.

Art. 36. A gestão da mão de obra do trabalho portuário avulso deve observar as normas do contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Art. 37. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão de obra, comissão paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação do disposto nos arts. 32, 33 e 35.

§ 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais.

§ 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes.

§ 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes, e o laudo arbitral proferido para solução da pendência constitui título executivo extrajudicial.

§ 4º As ações relativas aos créditos decorrentes da relação de trabalho avulso prescrevem em 5 (cinco) anos até o limite de 2 (dois) anos após o cancelamento do registro ou do cadastro no órgão gestor de mão de obra.

Art. 38. O órgão de gestão de mão de obra terá obrigatoriamente 1 (um) conselho de supervisão e 1 (uma) diretoria executiva.

§ 1º O conselho de supervisão será composto por 3 (três) membros titulares e seus suplentes, indicados na forma do regulamento, e terá como competência:

I - deliberar sobre a matéria contida no inciso V do caput do art. 32;

II - editar as normas a que se refere o art. 42; e

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis do órgão e solicitar informações sobre quaisquer atos praticados pelos diretores ou seus prepostos.

§ 2º A diretoria executiva será composta por 1 (um) ou mais diretores, designados e destituíveis na forma do regulamento, cujo prazo de gestão será de 3 (três) anos, permitida a redesignação.

§ 3º Até 1/3 (um terço) dos membros do conselho de supervisão poderá ser designado para cargos de diretores.

§ 4º No silêncio do estatuto ou contrato social, competirá a qualquer diretor a representação do órgão e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

Art. 39. O órgão de gestão de mão de obra é reputado de utilidade pública, sendo-lhe vedado ter fins lucrativos, prestar serviços a terceiros ou exercer qualquer atividade não vinculada à gestão de mão de obra.

Art. 40. O trabalho portuário de capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações, nos portos organizados, será

realizado por trabalhadores portuários com vínculo empregatício por prazo indeterminado e por trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - capatazia: atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário;

II - estiva: atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo;

III - conferência de carga: contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações;

IV - conserto de carga: reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição;

V - vigilância de embarcações: atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; e

VI - bloco: atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos.

§ 2º A contratação de trabalhadores portuários de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações com vínculo empregatício por prazo indeterminado será feita exclusivamente dentre trabalhadores portuários avulsos registrados.

§ 3º O operador portuário, nas atividades a que alude o caput, não poderá locar ou tomar mão de obra sob o regime de trabalho temporário de que trata a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.

§ 4º As categorias previstas no caput constituem categorias profissionais diferenciadas.

Art. 41. O órgão de gestão de mão de obra:

I - organizará e manterá cadastro de trabalhadores portuários habilitados ao desempenho das atividades referidas no § 1º do art. 40; e

II - organizará e manterá o registro dos trabalhadores portuários avulsos.

§ 1º A inscrição no cadastro do trabalhador portuário dependerá exclusivamente de prévia habilitação profissional do trabalhador interessado, mediante treinamento realizado em entidade indicada pelo órgão de gestão de mão de obra.

§ 2º O ingresso no registro do trabalhador portuário avulso depende de prévia seleção e inscrição no cadastro de que trata o inciso I do caput, obedecidas a disponibilidade de vagas e a ordem cronológica de inscrição no cadastro.

§ 3º A inscrição no cadastro e o registro do trabalhador portuário extinguem-se por morte ou cancelamento.

Art. 42. A seleção e o registro do trabalhador portuário avulso serão feitos pelo órgão de gestão de mão de obra avulsa, de acordo com as normas estabelecidas em contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Art. 43. A remuneração, a definição das funções, a composição dos ternos, a multifuncionalidade e as demais condições do trabalho avulso serão objeto de negociação entre as entidades representativas dos trabalhadores portuários avulsos e dos operadores portuários.

Parágrafo único. A negociação prevista no caput contemplará a garantia de renda mínima inserida no item 2 do Artigo 2 da Convenção nº 137 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Art. 44. É facultada aos titulares de instalações portuárias sujeitas a regime de autorização a contratação de trabalhadores a prazo indeterminado, observado o disposto no contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Art. 45. (VETADO).

CAPÍTULO VII

DAS INFRAÇÕES E PENALIDADES

Art. 46. Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe em:

I - realização de operações portuárias com infringência ao disposto nesta Lei ou com inobservância dos regulamentos do porto;

II - recusa injustificada, por parte do órgão de gestão de mão de obra, da distribuição de trabalhadores a qualquer operador portuário; ou

III - utilização de terrenos, área, equipamentos e instalações portuárias, dentro ou fora do porto organizado, com desvio de finalidade ou com desrespeito à lei ou aos regulamentos.

Parágrafo único. Responde pela infração, conjunta ou isoladamente, qualquer pessoa física ou jurídica que, intervindo na operação portuária, concorra para sua prática ou dela se beneficie.

Art. 47. As infrações estão sujeitas às seguintes penas, aplicáveis separada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade da falta:

I - advertência;

II - multa;

III - proibição de ingresso na área do porto por período de 30 (trinta) a 180 (cento e oitenta) dias;

IV - suspensão da atividade de operador portuário, pelo período de 30 (trinta) a 180 (cento e oitenta) dias; ou

V - cancelamento do credenciamento do operador portuário.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto nesta Lei, aplicam-se subsidiariamente às infrações previstas no art. 46 as penalidades estabelecidas na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, separada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade da falta.

Art. 48. Apurada, no mesmo processo, a prática de 2 (duas) ou mais infrações pela mesma pessoa física ou jurídica, aplicam-se cumulativamente as penas a elas cominadas, se as infrações não forem idênticas.

§ 1º Serão reunidos em um único processo os diversos autos ou representações de infração continuada, para aplicação da pena.

§ 2º Serão consideradas continuadas as infrações quando se tratar de repetição de falta ainda não apurada ou objeto do processo, de cuja instauração o infrator não tenha conhecimento, por meio de intimação.

Art. 49. Na falta de pagamento de multa no prazo de 30 (trinta) dias, contado da ciência pelo infrator da decisão final que impuser a penalidade, será realizado processo de execução.

Art. 50. As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas previstas nesta Lei reverterão para a Antaq, na forma do inciso V do caput do art. 77 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001.

Art. 51. O descumprimento do disposto nos arts. 36, 39 e 42 desta Lei sujeitará o infrator à multa prevista no inciso I do art. 10 da Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

Art. 52. O descumprimento do disposto no caput e no § 3º do art. 40 desta Lei sujeitará o infrator à multa prevista no inciso III do art. 10 da Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

CAPÍTULO VIII

DO PROGRAMA NACIONAL DE DRAGAGEM PORTUÁRIA E HIDROVIÁRIA II

Art. 53. Fica instituído o Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II, a ser implantado pela Secretaria de Portos da Presidência da República e pelo Ministério dos Transportes, nas respectivas áreas de atuação.

§ 1º O Programa de que trata o caput abrange, dentre outras atividades:

I - as obras e serviços de engenharia de dragagem para manutenção ou ampliação de áreas portuárias e de hidrovias, inclusive canais de navegação, bacias de evolução e de fundeio, e berços de atracação, compreendendo a remoção do material submerso e a escavação ou derrocamento do leito;

II - o serviço de sinalização e balizamento, incluindo a aquisição, instalação, reposição, manutenção e modernização de sinais náuticos e equipamentos necessários às hidrovias e ao acesso aos portos e terminais portuários;

III - o monitoramento ambiental; e

IV - o gerenciamento da execução dos serviços e obras.

§ 2º Para fins do Programa de que trata o caput, consideram-se:

I - dragagem: obra ou serviço de engenharia que consiste na limpeza, desobstrução, remoção, derrocamento ou escavação de material do fundo de rios, lagos, mares, baías e canais;

II - draga: equipamento especializado acoplado à embarcação ou à plataforma fixa, móvel ou flutuante, utilizado para execução de obras ou serviços de dragagem;

III - material dragado: material retirado ou deslocado do leito dos corpos d'água decorrente da atividade de dragagem e transferido para local de despejo autorizado pelo órgão competente;

IV - empresa de dragagem: pessoa jurídica que tenha por objeto a realização de obra ou serviço de dragagem com a utilização ou não de embarcação; e

V - sinalização e balizamento: sinais náuticos para o auxílio à navegação e à transmissão de informações ao navegante, de forma a possibilitar posicionamento seguro de acesso e tráfego.

Art. 54. A dragagem por resultado compreende a contratação de obras de engenharia destinadas ao aprofundamento, alargamento ou expansão de áreas portuárias e de hidrovias, inclusive canais de navegação, bacias de evolução e de fundeio e berços de atracação, bem como os serviços de sinalização, balizamento, monitoramento ambiental e outros com o objetivo de manter as condições de profundidade e segurança estabelecidas no projeto implantado.

§ 1º As obras ou serviços de dragagem por resultado poderão contemplar mais de um porto, num mesmo contrato, quando essa medida for mais vantajosa para a administração pública.

§ 2º Na contratação de dragagem por resultado, é obrigatória a prestação de garantia pelo contratado.

§ 3º A duração dos contratos de que trata este artigo será de até 10 (dez) anos, improrrogável.

§ 4º As contratações das obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II poderão ser feitas por meio de licitações internacionais e utilizar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

§ 5º A administração pública poderá contratar empresa para gerenciar e auditar os serviços e obras contratados na forma do caput.

Art. 55. As embarcações destinadas à dragagem sujeitam-se às normas específicas de segurança da navegação estabelecidas pela autoridade marítima e não se submetem ao disposto na Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997.

CAPÍTULO IX

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 56. (VETADO).

Parágrafo único. (VETADO).

Art. 57. Os contratos de arrendamento em vigor firmados sob a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que possuam previsão expressa de prorrogação ainda não realizada, poderão ter sua prorrogação antecipada, a critério do poder concedente.

§ 1º A prorrogação antecipada de que trata o caput dependerá da aceitação expressa de obrigação de realizar investimentos, segundo plano elaborado pelo arrendatário e aprovado pelo poder concedente em até 60 (sessenta) dias.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Caso, a critério do poder concedente, a antecipação das prorrogações de que trata o caput não seja efetivada, tal decisão não implica obrigatoriamente na recusa da prorrogação contratual prevista originalmente.

§ 4º (VETADO).

§ 5º O Poder Executivo deverá encaminhar ao Congresso Nacional, até o último dia útil do mês de março de cada ano, relatório detalhado sobre a implementação das iniciativas tomadas com base nesta Lei, incluindo, pelo menos, as seguintes informações:

I - relação dos contratos de arrendamento e concessão em vigor até 31 de dezembro do ano anterior, por porto organizado, indicando data dos contratos, empresa detentora, objeto detalhado, área, prazo de vigência e situação de adimplemento com relação às cláusulas contratuais;

II - relação das instalações portuárias exploradas mediante autorizações em vigor até 31 de dezembro do ano anterior, segundo a localização, se dentro ou fora do porto organizado, indicando data da autorização, empresa detentora, objeto detalhado, área, prazo de vigência e situação de adimplemento com relação às cláusulas dos termos de adesão e autorização;

III - relação dos contratos licitados no ano anterior com base no disposto no art. 56 desta Lei, por porto organizado, indicando data do contrato, modalidade da licitação, empresa detentora, objeto, área, prazo de vigência e valor dos investimentos realizados e previstos nos contratos de concessão ou arrendamento;

IV - relação dos termos de autorização e os contratos de adesão adaptados no ano anterior, com base no disposto nos arts. 58 e 59 desta Lei, indicando data do contrato de autorização, empresa detentora, objeto, área, prazo de vigência e valor dos investimentos realizados e previstos nos termos de adesão e autorização;

V - relação das instalações portuárias operadas no ano anterior com base no previsto no art. 7º desta Lei, indicando empresa concessionária, empresa que utiliza efetivamente a instalação portuária, motivo e justificativa da utilização por interessado não detentor do arrendamento ou concessão e prazo de utilização.

Art. 58. Os termos de autorização e os contratos de adesão em vigor deverão ser adaptados ao disposto nesta Lei, em especial ao previsto nos §§ 1º a 4º do art. 8º, independentemente de chamada pública ou processo seletivo.

Parágrafo único. A Antaq deverá promover a adaptação de que trata o caput no prazo de 1 (um) ano, contado da data de publicação desta Lei.

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.

Parágrafo único. Os pedidos de autorização para exploração de instalações portuárias enumeradas nos incisos I a IV do art. 8º, localizadas dentro da área do porto organizado, protocolados na Antaq até dezembro de 2012, poderão ser deferidos pelo poder concedente, desde que tenha sido comprovado até a referida data o domínio útil da área.

Art. 60. Os procedimentos licitatórios para contratação de dragagem homologados e os contratos de dragagem em vigor na data da publicação desta Lei permanecem regidos pelo disposto na Lei nº 11.610, de 12 de dezembro de 2007.

Art. 61. Até a publicação do regulamento previsto nesta Lei, ficam mantidas as regras para composição dos conselhos da autoridade portuária e dos conselhos de supervisão e diretorias executivas dos órgãos de gestão de mão de obra.

Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizadas e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão

final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações.

§ 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Regulamento)

§ 2º O impedimento previsto no caput também se aplica às pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas, ou de controlador comum com a inadimplente.

Art. 63. As Companhias Docas observarão regulamento simplificado para contratação de serviços e aquisição de bens, observados os princípios constitucionais da publicidade, impessoalidade, moralidade, economicidade e eficiência.

Art. 64. As Companhias Docas firmarão com a Secretaria de Portos da Presidência da República compromissos de metas e desempenho empresarial que estabelecerão, nos termos do regulamento:

I - objetivos, metas e resultados a serem atingidos, e prazos para sua consecução;

II - indicadores e critérios de avaliação de desempenho;

III - retribuição adicional em virtude do seu cumprimento; e

IV - critérios para a profissionalização da gestão das Docas.

Art. 65. Ficam transferidas à Secretaria de Portos da Presidência da República as competências atribuídas ao Ministério dos Transportes e ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT em leis gerais e específicas relativas a portos fluviais e lacustres, exceto as competências relativas a instalações portuárias públicas de pequeno porte.

Art. 66. Aplica-se subsidiariamente às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária o disposto nas Leis nºs 12.462, de 4 de agosto de 2011, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 67. Aplica-se subsidiariamente a esta Lei o disposto na Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, em especial no que se refere às competências e atribuições da Antaq.

Art. 68. As poligonais de áreas de portos organizados que não atendam ao disposto no art. 15 deverão ser adaptadas no prazo de 1 (um) ano.

Art. 69. (VETADO).

Art. 70. O art. 29 da Lei nº 5.025, de 10 de junho de 1966, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 29. Os serviços públicos necessários à importação e exportação deverão ser centralizados pela administração pública em todos os portos organizados.

§ 1º Os serviços de que trata o caput serão prestados em horário corrido e coincidente com a operação de cada porto, em turnos, inclusive aos domingos e feriados.

§ 2º O horário previsto no § 1º poderá ser reduzido por ato do Poder Executivo, desde que não haja prejuízo à segurança nacional e à operação portuária.

.....” (NR)

Art. 71. A Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 13. Ressalvado o disposto em legislação específica, as outorgas a que se refere o inciso I do caput do art. 12 serão realizadas sob a forma de:

.....” (NR)

“Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes:

.....

III - depende de autorização:

.....

c) a construção e a exploração das instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;

.....

g) (revogada);

h) (revogada);

.....” (NR)

“Art. 20.

I - implementar, nas respectivas esferas de atuação, as políticas formuladas pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, pelo Ministério dos Transportes e pela Secretaria de Portos da Presidência da República, nas respectivas áreas de competência, segundo os princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei;

.....” (NR)

“Art. 21. Ficam instituídas a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, entidades

integrantes da administração federal indireta, submetidas ao regime autárquico especial e vinculadas, respectivamente, ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República, nos termos desta Lei.

.....” (NR)

“Art. 23. Constituem a esfera de atuação da Antaq:

.....

II - os portos organizados e as instalações portuárias neles localizadas;

III - as instalações portuárias de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;

.....

§ 1º A Antaq articular-se-á com órgãos e entidades da administração, para resolução das interfaces do transporte aquaviário com as outras modalidades de transporte, com a finalidade de promover a movimentação intermodal mais econômica e segura de pessoas e bens.

.....” (NR)

“Art. 27.

I - promover estudos específicos de demanda de transporte aquaviário e de atividades portuárias;

.....

III - propor ao Ministério dos Transportes o plano geral de outorgas de exploração da infraestrutura aquaviária e de prestação de serviços de transporte aquaviário;

a) (revogada);

b) (revogada);

.....

VII - promover as revisões e os reajustes das tarifas portuárias, assegurada a comunicação prévia, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, ao poder concedente e ao Ministério da Fazenda;

.....

XIV - estabelecer normas e padrões a serem observados pelas administrações portuárias, concessionários, arrendatários, autorizatários e operadores portuários, nos termos da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;

XXV - elaborar editais e instrumentos de convocação e promover os procedimentos de licitação e seleção para concessão, arrendamento ou autorização da exploração de portos organizados ou instalações portuárias, de acordo com as diretrizes do poder concedente, em obediência ao disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;

XXVI - cumprir e fazer cumprir as cláusulas e condições dos contratos de concessão de porto organizado ou dos contratos de arrendamento de instalações portuárias quanto à manutenção e reposição dos bens e equipamentos reversíveis à União de que trata o inciso VIII do caput do art. 5º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;

.....
XXII - fiscalizar a execução dos contratos de adesão das autorizações de instalação portuária de que trata o art. 8º da Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;

.....
XXV - celebrar atos de outorga de concessão para a exploração da infraestrutura aquaviária, gerindo e fiscalizando os respectivos contratos e demais instrumentos administrativos;

XXVI - fiscalizar a execução dos contratos de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, em conformidade com o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012;

XXVII - (revogado).

§ 1º

.....
II - participar de foros internacionais, sob a coordenação do Poder Executivo; e

.....
§ 3º (Revogado).

§ 4º (Revogado).” (NR)

“Art. 33. Ressalvado o disposto em legislação específica, os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão editados e celebrados pela ANTT e pela Antaq obedecerão ao disposto na Lei nº8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas Subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares editadas pelas Agências.” (NR)

“Art. 34-A.

.....
§ 2º O edital de licitação indicará obrigatoriamente, ressalvado o disposto em legislação específica:

.....” (NR)

“Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a:

.....” (NR)

“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:

.....” (NR)

“Art. 44. A autorização, ressalvado o disposto em legislação específica, será disciplinada em regulamento próprio e será outorgada mediante termo que indicará:

.....” (NR)

“Art. 51-A. Fica atribuída à Antaq a competência de fiscalização das atividades desenvolvidas pelas administrações de portos organizados, pelos operadores portuários e pelas arrendatárias ou autorizatárias de instalações portuárias, observado o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

§ 1º Na atribuição citada no caput incluem-se as administrações dos portos objeto de convênios de delegação celebrados nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996.

§ 2º A Antaq prestará ao Ministério dos Transportes ou à Secretaria de Portos da Presidência da República todo apoio necessário à celebração dos convênios de delegação.” (NR)

“Art. 56.

Parágrafo único. Cabe ao Ministro de Estado dos Transportes ou ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República, conforme o caso, instaurar o processo administrativo disciplinar, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir o julgamento.” (NR)

“Art. 67. As decisões das Diretorias serão tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros, cabendo ao Diretor-Geral o voto de qualidade, e serão registradas em atas.

Parágrafo único. As datas, as pautas e as atas das reuniões de Diretoria, assim como os documentos que as instruem, deverão ser objeto de ampla publicidade, inclusive por meio da internet, na forma do regulamento.” (NR)

“Art. 78. A ANTT e a Antaq submeterão ao Ministério dos Transportes e à Secretaria de Portos da Presidência da República, respectivamente, suas propostas orçamentárias anuais, nos termos da legislação em vigor.

.....” (NR)

“Art. 78-A.

§ 1º Na aplicação das sanções referidas no caput, a Antaq observará o disposto na Lei na qual foi convertida a Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

§ 2º A aplicação da sanção prevista no inciso IV do caput, quando se tratar de concessão de porto organizado ou arrendamento e autorização de instalação portuária, caberá ao poder concedente, mediante proposta da Antaq.” (NR)

“Art. 81.

.....

III - instalações e vias de transbordo e de interface intermodal, exceto as portuárias;

IV - (revogado).” (NR)

“Art. 82.

.....

§ 2º No exercício das atribuições previstas neste artigo e relativas a vias navegáveis, o DNIT observará as prerrogativas específicas da autoridade marítima.

.....” (NR)

Art. 72. A Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 24-A. À Secretaria de Portos compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres e, especialmente, promover a execução e a avaliação de medidas, programas e projetos de apoio ao desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura dos portos e instalações portuárias marítimos, fluviais e lacustres.

.....
§ 2º

.....
III - a elaboração dos planos gerais de outorgas;
.....

V - o desenvolvimento da infraestrutura e da superestrutura aquaviária dos portos e instalações portuárias sob sua esfera de atuação, com a finalidade de promover a segurança e a eficiência do transporte aquaviário de cargas e de passageiros.

.....” (NR)

“Art. 27.
.....

.....
XXII -

a) política nacional de transportes ferroviário, rodoviário e aquaviário;

b) marinha mercante e vias navegáveis; e

c) participação na coordenação dos transportes aeroviários;

.....” (NR)

Art. 73. A Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A:

“Art. 10-A. É assegurado, na forma do regulamento, benefício assistencial mensal, de até 1 (um) salário mínimo, aos trabalhadores portuários avulsos, com mais de 60 (sessenta) anos, que não cumprirem os requisitos para a aquisição das modalidades de aposentadoria previstas nos arts. 42, 48, 52 e 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e que não possuam meios para prover a sua subsistência.

Parágrafo único. O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.”

Art. 74. (VETADO).

Art. 75. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 76. Ficam revogados:

I - a Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

II - a Lei nº 11.610, de 12 de dezembro de 2007;

III - o art. 21 da Lei nº 11.314, de 3 de julho de 2006;

IV - o art. 14 da Lei nº 11.518, de 5 de setembro de 2007;

V - os seguintes dispositivos da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001:

- a) as alíneas g e h do inciso III do caput do art. 14;
 - b) as alíneas a e b do inciso III do caput do art. 27;
 - c) o inciso XXVII do caput do art. 27;
 - d) os §§ 3º e 4º do art. 27; e
 - e) o inciso IV do caput do art. 81; e
- VI - o art. 11 da Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998.

Brasília, 5 de junho de 2013; 192º da Independência e 125º da República.

DILMA ROUSSEFF

José Eduardo Cardozo

Guido Mantega

César Borges

Manoel Dias

Miriam Belchior

Garibaldi Alves Filho

Luis Inácio Lucena Adams

Mário Lima Júnior

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.6.2013 - edição extra