

ANÁLISE DOS ASPECTOS CONCORRENCIAIS NO ÂMBITO DA LEI 12.815/2013¹

ANALYSIS OF COMPETITIVE ISSUES UNDER THE LAW 12.815/2013

Eduarda Reuter Paoliello²

SUMÁRIO: Introdução; 1. Os objetivos e as diretrizes da lei; 2. As modalidades de exploração das instalações portuárias; 3. Competição entre porto organizado e terminais privados. Considerações finais. Referências das Fontes Citadas.

RESUMO

O artigo se propõe ao estudo das novas regras instituídas pelo marco regulatório para a exploração das infraestruturas portuárias e seu impacto na concorrência entre os diferentes modelos existentes e propostos pela nova lei. O desaparecimento da distinção entre os conceitos jurídicos de carga própria e de terceiros revolucionou a sistemática de exploração dos portos no Brasil. É justamente este sobre este aspecto da nova legislação que o artigo intenta analisar o impacto da mudança nas relações jurídicas já estabelecidas entre os detentores de infraestrutura no Brasil e também os usuários.

PALAVRAS-CHAVE: Exploração; Infraestrutura; Portos; Concorrência; Assimetria.

ABSTRACT

The article proposes to study the new rules imposed by the regulatory framework for the operation of port infrastructure and its impact on competition between existing models and proposed the new law. The disappearance of the distinction between the legal concepts of own cargo and others revolutionized the systematic exploitation of ports in Brazil. This is precisely on this aspect of the

¹ Este artigo é produção científica decorrente do II Congresso Nacional das Comissões de Direito Marítimo, Portuário e Aduaneiro da OAB, realizado em 31 de outubro e 1 de novembro de 2013, em Vitória-ES. Parte da atividade decorrente do Grupo de Pesquisa em Principiologia, Constitucionalismo, Regulação e Juridicidade, o qual se vincula à Linha de Pesquisa em Principiologia, Constitucionalismo, Regulação e Juridicidade do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – PPCJ/Univali.

² Advogada, especialista em Direito Portuário e Marítimo pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV (2013), membro da Associação Brasileira de Direito Marítimo. Email: Eduarda@ferreirareuter.com.br.

new legislation that the article tries to analyze the impact of change in the legal relations among the holders of infrastructure in Brazil and also users.

KEYWORDS: Exploration; infrastructure; ports; competition; Asymmetry.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objetivo debater acerca dos aspectos concorrenciais contidos na nova legislação que regulamenta o setor portuário. Conforme se verificará ao longo destes breves apontamentos, a lei 12.815/2013 foi publicada tendo como principal missão, estampada logo em seu artigo primeiro, a regulação da “exploração pela União, direta ou indiretamente, dos portos e instalações portuárias e as atividades desempenhadas pelos operadores portuários”.

Como técnica legislativa, a nova lei opta por estabelecer, logo de início e de forma inequívoca, três definições contidas nos parágrafos seguintes ao artigo 1º, que servirão como premissas básicas das mudanças intentadas pelo legislador na nova sistematização das regras para a exploração dos portos e instalações portuárias, quais sejam, *in literis*:

§ 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.

Como se pode observar, a lei inovou na tentativa de modificar o critério para a definição da natureza jurídica das instalações portuárias, deslocando o eixo para a área de sua localização e não mais para a natureza da carga a ser movimentada por elas, sistemática até então adotada pela revogada Lei nº 8.630/93. Esta mudança trouxe alguns reflexos diretos, tais como a modificação do próprio nome de classificação dos terminais localizados fora da área de porto

organizados, que passaram a ser denominados de privados e não mais privativos.

Além do nome, outro reflexo inerente ao novo critério de definição é a perda de importância do conceito de carga própria, tema polêmico, objeto de críticas e conflitos originados sob a égide da Lei nº 8.630/93 e suas regulamentações infralegais. A premissa estabelecida no transcrito parágrafo 2º, do artigo 1º, da Lei nº 12.815/2012 é justamente a base para a definição do conceito legal de terminal privado pelo artigo 2º, inciso IV, da mesma lei, que estabelece como sendo uma "instalação portuária explorada mediante autorização, localizada fora da área de porto organizado".

A opção do legislador, todavia, na visão do jurista Carlos Afonso Rodrigues Fontes³, não foi satisfatória, uma vez que, para o renomado autor, faltar-lhe-ia elementos para a determinação do conteúdo dos institutos denominados de "instalações portuárias" e, conseqüentemente, do regime jurídico ao qual estarão submetidas. Para o autor:

(...) Tal conceito revela-se útil tão somente para indicar a localização dos terminais, a partir do novo marco legal. Todavia, não fornece elementos suficientes para determinação do conteúdo do instituto. Para esse fim, é inútil. Determinar a natureza jurídica para o terminal de uso privado revela-se útil para fins de determinar o conteúdo do instituto. Conforme advertido alhures, tal definição além de instrumento didático de indicar topograficamente a posição do instituto, segundo suas afinidades, e, mais propriamente, identificar, *prima facie*, as normas que lhe são aplicáveis, a partir dessa estruturação enquanto ciência, tem por escopo auxiliar na atividade de interpretação jurídica, com o fim de afastar-se do casuismo, do senso comum e do próprio erro etc. (...)

A crítica do autor faz sentido, uma vez que o mero deslocamento do eixo de definição do instituto jurídico não é capaz de, por si só, promover a sua

³ FONTES, Carlos Afonso Rodrigues. **Dos terminais portuários de uso privado, na disciplina da MP nº 595/2012.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12661>. Acesso em: 20 ago. 2013.

conceituação e o seu enquadramento dentro das normas jurídicas a ele aplicáveis. Para Tânia Lobo Muniz⁴:

(...) a explanação e compreensão de qualquer conceito jurídico devemos pensar o direito de forma sistemática, sendo que essa sistematização pressupõe uma análise dos valores e fins das normas e dos princípios jurídicos e a existência de ligações entre os institutos que o compõem, relacionando-os entre as diversas categorias jurídicas e o conjunto de normas de acordo com a determinação de suas características essenciais. Essas características compõem a sua natureza jurídica e determinam sua localização e relação com as demais normas integrantes do sistema jurídico (...).

A nova lei, portanto, modificou o requisito para definição da natureza jurídica de uma instalação portuária, mas o fez sem, no entanto, promover qualquer alteração no enquadramento do regime jurídico aplicável no que se refere às instalações privadas. Em outras palavras, a Lei nº 12.815/2013 eliminou a distinção de tipo de carga a ser movimentada no terminal, sepultando a diferença até então existente entre terminais privativos de uso exclusivo e de uso misto, mas manteve o regime jurídico aplicável a elas inalterado, qual seja, a outorga de autorização.

O legislador assim procedeu com objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do país, conforme se verifica no artigo 3º, a ser comentado no próximo tópico. No relatório final aprovado pela Comissão Mista instalada para discutir a Medida Provisória 595, o relator, o senador Eduardo Braga⁵, do mesmo modo consignou:

(...) o Brasil precisa expandir e aperfeiçoar seu setor portuário. Em outras palavras, necessita de mais portos e de avanços no processo de modernização das operações portuárias. Nesse sentido, é imprescindível a atração de capital privado para suprir a necessidade de investimentos. A MPV, acertadamente, elimina restrições ao investimento

⁴ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 30.

⁵ A íntegra do parecer do senador Eduardo Braga é disponibilizada no sítio eletrônico do Senado: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=126162&tp=1>

privado no setor portuário, quando, por exemplo, *suprime da legislação a diferenciação entre movimentação de carga própria e de terceiros, permitindo a empreendedores que não tenham cargas próprias o investimento no setor portuário, o que deve aumentar a oferta do serviço, em benefício do País (...).*

O relatório que deu suporte técnico à aprovação do Projeto de Lei de Conversão nº 9 de 2013, que por sua vez originou a Lei nº12.815/2013, induz ao raciocínio de que a nova lei seria absolutamente necessária para desatramancar o setor e garantir maior segurança jurídica aos investidores privados. Os nobres objetivos foram transportados para a lei e são balizadores da nova sistemática de exploração portuária, que deverá estar respaldada pelas diretrizes elencadas nos incisos de I a V, do artigo 3º, que igualmente serão explorados no próximo tópico.

Adentrando um pouco mais no debate, perceberemos que o inciso V, do artigo 3º, fala expressamente em estímulo à concorrência. Assim, interpretando sistematicamente os dispositivos até então estudados, vemos que o legislador elimina a suposta “barreira” para atração do investimento privado no setor, objetivando o aumento da capacidade portuária e, conseqüentemente, a concorrência.

Neste contexto, surge uma indagação: ao eliminar a diferença da natureza da carga que pode ser movimentada pelos terminais privados, o legislador também eliminou a natureza de serviço público típica da exploração portuária? Uma das evidências que negativam esta indagação é justamente a manutenção do regime jurídico de direito público ao qual permanecem atrelados os portos organizados e instalações nele contidas.

Então, no caso dos terminais privados, há que se falar em prestação de serviços públicos mediante simples autorização baseada exclusivamente no regime jurídico de direito privado e sem qualquer subordinação administrativa ou financeira à autoridade portuária? Esta nova situação possui enquadramento constitucional? Seria um fator de desequilíbrio com os portos públicos e

instalações portuárias localizadas dentro da área de porto organizado? Estas perguntas balizarão o debate sobre a possível existência de uma sistemática que propicie assimetria concorrencial no setor.

1. OS OBJETIVOS E AS DIRETRIZES DA LEI

A lei nº 12.815/2013 traz em seu artigo 3º os objetivos que ensejaram o estabelecimento das novas regras para o setor e as diretrizes que direcionarão a exploração dos portos organizados e instalações portuárias, *in verbis*:

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.

O citado artigo 3º da referida lei foi um dos únicos que não sofreu qualquer alteração durante toda a conturbada tramitação da Medida Provisória nº 595/2012 no Congresso Nacional. Trata-se de uma norma infraconstitucional revestida de caráter programático, cujo conteúdo principiológico deverá nortear a interpretação da lei, direcionando a sua aplicação e sua regulamentação administrativa.

José Afonso da Silva⁶ explica com maestria a definição jurídica de uma norma constitucional de conteúdo programático, tal explicação se aplica perfeitamente às normas infraconstitucionais, *verbis*:

(...) Podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Levando-se em consideração o brocardo jurídico que diz que a lei não contém palavras inúteis, as normas insculpidas no transcrito artigo 3º possuem conteúdo programático e apesar de terem eficácia limitada, impõem limites e restrições. Portanto, exercem importante papel vetorial na ordem e no regime jurídico dos portos.

Nas palavras do jurista Sebastião Pinto Marques⁷:

(...) as normas programáticas indicam para legislação infraconstitucional um caminho a seguir. Elas podem não obrigar o legislador a normatizar no sentido apontado por elas, mas pelo menos, com certeza elas obrigam que ele não legisle em sentido contrário (...).

Assim, a interpretação conferida aos dispositivos trazidos pela nova lei dos portos, e toda a regulamentação infralegal que dela se originar, devem estar atreladas às diretrizes e aos objetivos listados no artigo 3º. Da mesma forma, a interpretação conferida às diretrizes também deve coadunar com os objetivos da lei e vice-versa.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. P. 139.

⁷ MARQUES, Sebastião Fabiano Pinto. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais a luz de José Afonso da Silva**. Trabalho de complementação de carga horária (Curso de Direito) – IPTAN, Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. São João del-Rei, 2010.

O artigo 3º prevê em seu inciso I a “expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias”, assim como o inciso V fala em “estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias”. Há que se interpretar as diretrizes de forma conjunta e teleológica, ou seja, de forma sistêmica.

O sistema portuário nacional precisa de uma legislação que permita o desenvolvimento em patamares elevados, tendo em vista a relevância da atividade para a economia brasileira, conforme destacado nos capítulos anteriores. Desburocratizar os serviços portuários, tornar a gestão do porto organizado mais eficiente, garantir atração de investimentos privados e a modicidade das tarifas e preços, são todas premissas ineludíveis.

Todavia, a legislação, por sua vez, deve guardar pertinência com os dispositivos constitucionais que regulam a matéria portuária, bem como garantir um ambiente jurídico equânime para a expansão dos portos e para estimular a concorrência simétrica entre os portos organizados, terminais privados novos e terminais arrendados.

Sob o viés da interação econômica que existirá no mercado entre autorizatários e arrendatários, o direito de movimentar cargas independentemente de sua natureza, tem, na teoria, potencial para desencadear uma externalidade negativa no ambiente concorrencial entre os terminais arrendados localizados dentro da área de porto organizado e os terminais privados, uma vez que o regime jurídico de ambas as instalações é distinto.

Da mesma forma, sob a ótica dos usuários, excepcionar a atuação da ANTAQ para obrigar os terminais arrendados ou autorizados a movimentarem suas cargas pode ensejar, no caso do artigo 7º e 13º, potencial limitação do acesso às facilidades de infraestruturas, com claro prejuízo ao usuário/interessado e em franco desrespeito ao inciso V, do artigo 3º da mesma lei.

Ambos os pontos serão destacados nos tópicos abaixo para serem discutidos com fulcro nos objetivos e diretrizes ora comentados, de modo a se identificar se há na lei dispositivos em dissonância com os princípios da livre concorrência e da universalidade de acesso às facilidades de infraestrutura.

2. AS MODALIDADES DE EXPLORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS

Mais uma vez o setor portuário brasileiro sofreu alterações no que tange ao modelo de exploração da atividade portuária. Conforme analisado no capítulo anterior, o Brasil já passou por modelagens distintas, desde o monopólio publicista, burocrata e concentrador evoluindo até a formatação dos terminais privativos de uso exclusivo e uso misto existentes até a revogação da lei nº 8.630/93 pela MP nº 595.

Para adentrarmos nas modificações intentadas pela Lei 12.815/2013 nos modelos de exploração portuária, inevitável rememorar que, sob a égide da última legislação infraconstitucional revogada, o debate jurídico em torno da privatização da exploração dos portos brasileiros esteve respaldado pela presença do termo "autorização" no artigo 21, inciso XII, "f" e sua possível compatibilização com o artigo 175, ambos da Constituição.

Diz o artigo 21, XII, "f", da Constituição Federal de 1988⁸:

Art. 21. Compete à União:
XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
(...)
f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão,

⁸ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

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.

Jackeline Daros⁹ advoga a tese de que a Constituição Federal não estabeleceu de forma clara sobre a atividade portuária tratar-se de serviço público e ainda contrapõe ao afirmar que apenas a existência das cláusulas do parágrafo único, do artigo 175 mencionado não teria aptidão para, de *per si*, tornar de prestação de serviços públicos qualquer contrato com a administração. Para ela, a existência da prestação do serviço público é que implicaria numa relação jurídica a ser balizada por um contrato administrativo contendo tais condições.

A diferenciação dos conceitos jurídicos de “concessão” e “autorização” balizou a discussão acerca da natureza das atividades portuárias delegadas aos particulares e do conseqüente regime ao qual estariam inexoravelmente atreladas: se público, se privado ou se híbrido. Isso porque, a disposição isolada do artigo 21, XII, “f”, da Constituição não classificou a atividade portuária como sendo serviço público, ou então, atividade puramente privada.

Em rápida síntese, concessão e permissão são instrumentos jurídicos de delegação de serviço de natureza pública à iniciativa privada, conservado o regime jurídico de direito público. Já autorização é um ato de controle do Estado quanto aos requisitos para o exercício de atividades exploradas sob o regime de direito privado.

⁹ OLIVEIRA, Jackeline Daros Abreu de. **Autorização de Terminal Privativo de Uso Misto e a Responsabilidade Civil da União por Dano ao Arrendatário**. Tese de Mestrado. P.89.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁰ faz importantes ponderações acerca dessa possibilidade de repasse à iniciativa privada, pelo Estado, de atividades que, originariamente, lhe competem:

Visando a um interesse público, os serviços públicos se incluem como um dos objetivos do Estado. É por isso que são eles criados e regulamentados pelo Poder Público, a quem também incumbe a fiscalização. É claro que as relações sociais e econômicas modernas permitem que o Estado delegue a particulares a execução de certos serviços públicos. No entanto, essa delegação não descaracteriza o serviço como público, vez que o Estado sempre se reserva o poder jurídico de regulamentar, alterar e controlar o serviço. Não é por outra razão que a Constituição atual dispõe no sentido de que é ao Poder Público que incumbe a prestação dos serviços públicos (art. 175).

Diante das ponderações feitas pelo autor, relevante destacar a premissa administrativa de que o serviço público é atribuído por força Constitucional ao Estado, em razão da essencialidade de sua prestação à coletividade. É exatamente por sua relevância no contexto social que Maria Slyvia Zanello Di Pietro¹¹ destaca que a prestação dos serviços pela iniciativa privada deve ser regida pelo regime jurídico predominantemente de direito público.

Transportando este raciocínio para a atividade de exploração portuária, durante a vigência da lei nº 8.630/93, destacamos a ocorrência do fenômeno da delegação de serviço público por meio da concessão de portos organizados e de instalações portuárias públicas, estritamente vinculadas ao regime jurídico de direito público.

Esta configuração conviveu perfeitamente com a autorização para exploração de instalações privativas de uso misto ou exclusivo, que operavam no exercício de atividade econômica *stricto sensu*, acertadamente sujeitas às limitações de

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. P. 350.

¹¹ DI PIETRO, Maria Slyvia Zanello. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**. P.48.

movimentações de cargas de terceiros em razão do seu regime jurídico de direito privado.

Com relação a esta definição, o jurista Marçal Justen Filho¹² defende que a configuração da natureza jurídica da atividade portuária independe de uma escolha puramente discricionária do legislador infraconstitucional. Para o ilustre doutrinador,

[...] todas as atividades que se configurarem como instrumento de realização dos valores e princípios fundamentais, cuja prestação for indispensável para a satisfação de necessidades comuns a todos os membros da coletividade e se traduzir num imperativo constitucional, serão necessariamente subordinadas ao regime de serviço público [...].

Nesse sentido, para o autor, o tratamento constitucional dispensado à exploração portuária pela Carta Magna seria o de serviço público, uma vez que o porto é uma facilidade indispensável à promoção do bem comum e do desenvolvimento da economia, que o vincularia ao regime jurídico de direito público.

Tratamento diferente deveria ser concedido aos terminais privativos, pois notadamente operando sob o regime de autorização, no formato desenhado na legislação infraconstitucional, não poderiam utilizá-lo para fins de serviço público, senão para movimentação de carga própria e subsidiariamente cargas de terceiros quando da ociosidade do terminal, sem que houvesse qualquer interferência pública.

Nesse sentido, impossível se cogitar a existência de um regime jurídico de delegação híbrida, sob a o comando da lei nº 8.630/93, uma vez que, conforme ressalta Carlos Afonso Rodrigues¹³

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Regulação Portuária no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público e Regulação**. P. 12.

¹³ FONTES, Carlos Afonso Rodrigues. **Dos terminais portuários de uso privado, na disciplina da MP nº 595/2012**. Disponível em: <<http://www.ambito->

a assimetria regulatória (grau de intervenção do Estado numa e noutra situação) é de tamanha ordem, concorrendo em sentido contrário, para evidenciar o predomínio da concepção tradicional do instituto de autorização, como mero ato de polícia a condicionar a atuação do particular. Seria mesmo impensável o estabelecimento de um modelo de livre e aberta competição entre os terminais públicos e privados, com tamanha assimetria regulatória, sem o legítimo (ou sua genérica previsão legal; norma primária aberta; standards) estabelecimento de salvaguardas para a exploração no regime jurídico de direito público, que, por mais paradoxo que seja, é muito menos eficiente que o modelo privado.

Na visão de Justen Filho¹⁴, “assim como a concessão não transforma o serviço público em privado, também a concessão de porto não pode conduzir ao surgimento de um porto regido e disciplinado exclusivamente pelo direito privado”. Exatamente por esta razão, fez-se necessário o redesenho do modelo de exploração pela nova lei nº 12.815/2013 que além de se adequar ao atendimento das necessidades pelo aumento de capacidade e de competição, também estivesse alinhado, por óbvio, às delimitações constitucionais ora ressaltadas.

Para estar alinhado às disposições constitucionais que elevam a atividade portuária à condição de serviço de relevância e interesse públicos, o novo modelo precisaria aproximar-se ao máximo do regime jurídico de direito público, sem, no entanto, perder a agilidade típica da iniciativa privada.

Para tanto, o legislador infraconstitucional simplificou o modelo, instituindo apenas duas novas formas de exploração da atividade portuária: por intermédio de concessão, no caso dos portos e das instalações portuárias localizadas dentro dos portos organizados, e por meio de autorização, na hipótese de instalação portuária localizada fora da área de porto organizado.

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12661>. Acesso em: 20 ago. 2013.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Regulação Portuária no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público e Regulação**. P. 13.

A manutenção da modalidade de outorga de autorização, sem licitação, para os terminais privados localizados fora da área de porto organizado caracteriza, neste caso específico, a existência do chamado regime híbrido, em oposição à situação existente no regime anterior da lei nº 8.630/93. Isto se justifica, pois no caso da lei nº 12.815/2013, o legislador disciplinou as condições do contrato de adesão que regulará a relação jurídica entre o particular e o Estado, de forma muito diferente da que fez quando dos extintos terminais privativos.

Conforme destacado no tópico do capítulo anterior, o artigo 8º, parágrafo primeiro, que disciplina as autorizações, impõe ao autorizatário cláusulas que compõem massivamente os contratos de arrendamento, na sua mais pura forma de regime jurídico de direito público. A exceção, no caso dos terminais privados, fica por conta da exclusão das condições contratuais que dizem respeito ao controle tarifário e reversibilidade de bens ao final do contrato.

Nessa linha, Carlos Afonso Rodrigues:

(...) as cláusulas destacadas dizem respeito à supremacia do interesse público, próprio do prevalecente regime jurídico de direito público, em especial aquelas relacionadas com o modo de execução do serviço, os parâmetros definidores da qualidade da atividade prestada, prazos para alcance de determinados níveis de serviço, direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e respectivas sanções. Das relacionadas com a modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos serviços; da forma de fiscalização das instalações, equipamentos, métodos e práticas de execução das atividades; da responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução o deficiente execução das atividades. Observe-se, pois importante para a conclusão, que o art. 6º, da Lei nº 8.630/93, retirou dos terminais de uso privativo cláusulas essenciais para a definição do regime jurídico, inclusive no que tange aos direitos e garantias para a supremacia do interesse público.

Ante o apresentado denota-se, portanto, que a lei autoriza que o Poder Público se exima na prestação direta de determinados serviços à coletividade, passando a se utilizar, todavia, da colaboração de particulares que irão assumir a execução

dos mesmos, razão pela qual a doutrina esclarece a submissão ao chamado regime híbrido. Neste regime o particular não irá possuir todas as prerrogativas inerentes ao Estado, mas, em contrapartida, também não deve observância a todas as limitações impostas ao Poder Público quando opta por prestar os serviços diretamente.

A este respeito, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ entende que

Não se precisa admitir que a disciplina seja integralmente de direito público, porque, como é sabido, alguns particulares prestam serviços em colaboração com o Poder Público. Embora nessas hipóteses incidam algumas regras de direito privado, nunca incidirão elas integralmente, sendo necessário que algumas normas de direito público disciplinem a prestação do serviço. Pode-se até mesmo dizer que nesses casos o regime será híbrido, predominando, porém o regime de direito público quando em rota de colisão com o de direito privado.

Ante o apresentado, pode-se afirmar que a lógica supramencionada também se aplica ao caso dos terminais privados sob a formatação dada pela lei nº 12.815/2013.

3. COMPETIÇÃO ENTRE PORTO ORGANIZADO E TERMINAIS PRIVADOS

Na nova conformação estipulada pela lei nº 12.815/2013, a natureza da carga passou a ser desimportante, uma vez que o critério de definição do conceito de instalações portuárias privadas e públicas agora é a sua localização geográfica. Ao assim fazê-lo, o legislador intencionalmente optou por encerrar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da natureza jurídica da atividade de exploração portuária.

Sob o postulado das normas anteriores, a definição do quantitativo de carga própria mínima a ser movimentada pelos terminais privativos de uso misto foi o elemento que desencadeou toda a problemática narrada. Isso porque, se

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. P. 351.

sustentava que os autorizatários de terminais privativos de uso misto, cuja atividade estivesse baseada, primordialmente, na movimentação de carga de terceiros, estariam, por vias inconstitucionais reflexas, prestando um típico serviço público.

Neste cenário, passou-se a discutir a possibilidade da existência de concorrência assimétrica entre os terminais privativos de uso misto e os terminais de uso público, possivelmente originada pela perda de competitividade destes últimos em razão do regime jurídico diferenciado e mais rígido ao qual estariam submetidos.

O aumento quantitativo da movimentação de cargas pelos terminais de uso privativo pode, de fato, ser atestada de acordo com o relatório do Anuário Estatístico da ANTAQ¹⁶, que ao longo do ano de 2012 catalogou dados relativos à movimentação nos portos organizados e instalações portuárias de uso privativo. Ao longo do último ano, os portos brasileiros movimentaram aproximadamente 904 milhões de toneladas, tendo alcançado um crescimento de 2,03% em comparação com o ano anterior.

O anuário demonstra claramente uma preponderância de maior movimentação de carga nos terminais de uso privativo - 588 milhões contra 316 milhões de toneladas movimentadas pelos portos organizados - registrando que a participação daqueles terminais na tonelagem de carga movimentada é de 65%.

Em comparação com o ano anterior, pode-se afirmar que, proporcionalmente e em pontos percentuais, os portos organizados cresceram mais, 2,27% contra 1,91% dos terminais de uso privativo. Importante observar no referido relatório, que em análise dos últimos 10 anos, os terminais privativos alcançaram uma crescente evolutiva e mais que dobraram sua movimentação, de 257 milhões de toneladas em 1993 para 588 milhões de toneladas em 2012.

¹⁶ BRASIL. Anuário Estatístico Aquaviário. **Agência Nacional de Transportes Aquaviários**. 2012. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/Anuarios/Anuario2012/index.htm>>. Acesso em: 10 set. 2013.

Os portos organizados também mantiveram uma crescente e mais que triplicaram a quantidade de carga movimentada, de 90 milhões em 1993 para aproximadamente 316 milhões de toneladas em 2012. Todavia, em termos de números absolutos, os terminais privados movimentaram, sob a égide da lei nº 8.630/93, mais carga que os portos organizados. A razão, portanto, dos conflitos entre estes terminais, em boa parte, se justifica pelo receio da perda de competitividade e da transferência de cargas do porto público para o privado em virtude das possíveis assimetrias existentes nos diferentes regimes jurídicos.

A nova lei não ignorou simplesmente a existência desses conflitos, mas objetivou claramente desbordar da discussão e permitir a evolução da modalidade de exploração portuária no sentido de justamente estimular ainda mais competição entre e intra portos, conforme se depreende dos objetivos do artigo 3º que repetiram a exposição de motivos da MP nº 595.

Ao modificar o critério para definição do conceito, a lei, necessariamente, teve de adequar a natureza e substancialmente o regime jurídico do terminal doravante denominado de privado. O legislador não poderia, assim como não o fez, simplesmente alterar a nomenclatura do instituto, excluir da sua definição jurídica qualquer restrição para movimentação de carga, sem minimamente modificar também os procedimentos e condições para a obtenção da outorga de autorização.

Caso assim não tivesse procedido, o legislador certamente ocorreria em grave inconsistência absolutamente incompatível com os ditames constitucionais. Em outras palavras, eliminar as restrições para movimentação de cargas pelos terminais privados e mantê-los enquadrados no regime jurídico estritamente de direito privado, sem qualquer interferência do poder público na atividade ali desenvolvida seria uma incongruência não suportada pelo artigo 21, XII, "f" e 175 ambos da Constituição Federal.

Nesse sentido, importante observar que, enquanto o terminal privativo esteve enquadrado como instrumento para permitir o exercício de atividade econômica pelo detentor da outorga, as regras da lei nº 8.630/93 e do subsistema infralegal, conduziram às limitações de movimentação de carga de terceiros, justamente para que não houvesse configuração da prestação de serviços públicos por via oblíqua e sem licitação.

Da mesma forma, esse mesmo sistema jurídico conferiu ampla liberdade contratual típica das normas de direito privado, consignado no revogado art. 6, parágrafo 2º da lei nº 8.630/93. Tal situação já não ocorre no arcabouço legislativo proposto pela lei nº 12.815/2013, onde não há restrição para movimentação de cargas pelos recém instituídos terminais privados, mas igualmente não há a garantia da plena liberdade contratual, havendo sim certo nível de intervenção do poder público nas relações a serem ali desenvolvidas.

O ambiente competitivo que almeja a nova lei criar, não deve, contudo, estar amparado em um sistema que possa potencialmente encorajar a criação de uma assimetria concorrencial predatória. O espírito da nova legislação é, sem dúvida, propiciar a ampla competição, mas as bases entre os diferentes regimes jurídicos comportados por ela devem estar minimamente equilibradas, sob pena de ofensa à ordem econômica.

Um dos caminhos para se alcançar o citado equilíbrio de bases é, sem dúvida, a assimetria regulatória, amplamente utilizada pelo marco legal das telecomunicações, que de acordo com Floriano Azevedo Marques Neto¹⁷:

(...) a regulação é assimétrica, à medida que esta nova prestadora que assume o serviço de telecomunicações não possuirá o ônus de universalizar o serviço, isto é, de levar aos habitantes dos rincões do Tocantins, ficando livre para atacar o mercado que o seu concorrente (que adquiriu empresas do sistema TELEBRÁS) não consegue atender. Surge aqui a competição. Esta empresa que assumiu o sistema Telebrás tem vantagens competitivas, mas, no

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Direito das Telecomunicações e a ANATEL**. P. 307.

entanto, terá o ônus de universalizar o serviço. Sendo assim, aquele concorrente, inserido no mercado para competir com suas prestadoras que assumiram o sistema TELEBRÁS, possuirá sem dúvida, uma série de obrigações quanto à qualidade do serviço. No entanto, prestará o serviço em um regime jurídico diferente, compatível com suas obrigações, e não possuirá obrigação de universalizar o serviço.

O autor faz menção, portanto, a um sistema que não visa a proteção de nenhuma das partes, ainda que coexistam regimes jurídicos eventualmente com alguma diferença. A competição, como visto, é desejável e importante para alcançar a melhoria do nível dos serviços prestados e aumentar a capacidade portuária, através da qual se espera uma redução de custos dos serviços.

Desta forma, a nova lei redesenhou o procedimento e os critérios para concessão da outorga de autorização aos terminais privados, de modo que, embora passem a poder movimentar cargas sem restrição e, portanto, a disputar o mesmo mercado relevante junto com os terminais públicos, esteja estabelecida uma competição em bases simétricas.

Um primeiro passo dado nesse sentido pela nova legislação foi a tentativa de separar geograficamente os terminais. Novos terminais privados só poderão ser instalados fora da área de porto organizado, de acordo com o artigo 8º da lei e os que eventualmente estiverem em operação dentro do porto terão sua continuidade assegurada, desde que haja adaptação às condições estabelecidas na lei, especialmente as descritas nos parágrafos 1º ao 4º, do citado artigo no prazo de um ano.

Essa adaptação envolverá, inclusive, alteração de cláusulas contratuais para inclusão de novas condições para os autorizatários, tais como a obrigação de seguir e cumprir o cronograma de investimentos a ser estabelecido pela ANTAQ, previsto no parágrafo 3º, do artigo 8º, como uma das condições para manutenção da autorização.

Os novos contratos de adesão, assim como os termos de autorização em vigor, terão necessariamente que contemplar a maioria das cláusulas previstas para os contratos de arrendamento, listadas no artigo 5º da lei, com exceção das inscritas nos incisos IV e VIII, conforme segue:

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 consequente 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.

Vislumbra-se, neste caso, que a lei inova com relação à lei nº 8.630/93 e acrescenta aos contratos de adesão cláusulas que imputam deveres inerentes ao regime próprio da administração pública, tais como a relação de direitos e deveres dos usuários, adoção de critérios que estipulam o nível do serviço a ser prestado, bem como as obrigações e as sanções previstas para o autorizatário, no caso de descumprimento.

A instituição do procedimento de chamada e/ou anúncio públicos para identificação de demais interessados em explorar área objeto de requerimento de autorização, de fato, aproxima ainda mais o processo de outorga ao regime jurídico de direito público. É evidente que não estamos aqui tratando de uma licitação, todavia, o intuito da lei é criar procedimentos transparentes que possibilitem a escolha do investimento que trará maior resultado para o setor portuário. Inclusive os critérios que serão adotados nos procedimentos de chamada ou anúncio público são exatamente os mesmos usados nos licitatórios, no caso dos arrendamentos:

§ 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.

Outro ponto de aproximação é a possibilidade de a ANTAQ, excepcionalmente, disciplinar as condições de acesso de qualquer interessado às instalações portuárias autorizadas assegurada ao detentor da outorga a justa remuneração, conforme previsto no artigo 13, da lei. Este regramento garante de certa forma, ainda que excepcionalmente, o direito de acesso dos usuários às facilidades de infraestrutura portuária de titularidade privada.

Embora a lei tenha mantido a participação da iniciativa privada na exploração da atividade portuária mediante autorização, o que se percebe é que ela também estabeleceu alguns mecanismos de aproximação das bases dos regimes jurídicos existentes. O que era anteriormente puramente privado, hoje passa a funcionar mediante maior intervenção e regulação, que são absolutamente justificadas pela natureza da atividade, considerada de relevante interesse público.

A grande diferença que ainda persiste e que é responsável por diferenciar ambos os regimes, de autorização e de concessão, é a regulação tarifária que permanecerá inexistindo nos contratos de adesão dos terminais privados. A essência da atividade econômica, ainda que prestada em consecução da promoção de um interesse público, como no caso portuário, é a livre estipulação dos preços. Nesse sentido, a lei excluiu do âmbito contratual a cláusula III, do artigo 5º, que estabelece justamente este controle na hipótese dos arrendamentos.

Esta diferença, todavia, não tem o condão de, por si só, desnaturar esta mencionada aproximação entre as bases dos regimes jurídicos distintos existentes na exploração da atividade portuária. Da mesma forma, não é possível justificar a existência de um sistema legal projetado pela nova lei com vistas ao estabelecimento da concorrência assimétrica predatória apenas com base nesta premissa.

Primeiro porque, embora os contratos de arrendamento estejam vinculados a valores, à projeção de tarifas e aos critérios previamente ajustados para suas revisões, há cláusulas que garantem a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por outro lado, a possibilidade de fixação de preços de forma livre pela iniciativa privada não os afasta do radar da regulação econômica, muito ao contrário.

Neste contexto, a nova lei não comporta, em sua essência, instrumentos para a consecução de uma assimetria concorrencial predatória, tendente ao

enfraquecimento das instalações portuárias de uso público, localizadas dentro da área de porto organizado e submetidas ao regime jurídico de direito público.

Todavia, o sistema ora implantado pela lei nº 12.815/2013, prescindirá de forte atuação institucional da ANTAQ como órgão fiscalizador, já que a atividade regulatória ganha ainda mais espaço e importância no exercício do controle dos atos praticados pelos particulares nos terminais privados em condições de competição em bases equilibradas com as instalações portuárias localizadas no porto organizado.

A forte atuação da ANTAQ deverá ainda se justificar face à perda de poder deliberativo do CAP, que acaba por enfraquece-lo dentro da estrutura da administração local, na forma como se encontra regulado pelo Decreto nº 8.033/2013. Desta forma, a responsabilidade da agência reguladora estará ainda mais acentuada para a garantia da manutenção de equilíbrio concorrencial simétrico entre as relações travadas no complexo sistema portuário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A conclusão a que se chega, em parte se assemelha a exposta no artigo de minha autoria¹⁸, pois em linhas gerais, a nova lei de *per si*, ao contrário do que prevê o governo, não tem o condão de promover isoladamente a revitalização do importante sistema portuário, cujo desenvolvimento não parece depender somente da atração de novos investimentos privados, que por sua vez também não se encontram garantidos pela edição de novas regras.

Além do aperfeiçoamento do marco regulatório, há a necessidade de melhor articulação e integração da logística portuária à logística rodoviária e ferroviária

¹⁸ PAOLIELLO, Eduarda Reuter. Lei 12.815/2013: a lei capaz de revitalizar a logística portuária nacional?. 2013. Disponível em: <<http://noticiasenegocios.com.br/2013/07/lei-12-8152013-a-lei-capaz-de-revitalizar-a-logistica-portuaria-nacional/>>. Acesso em: 10 set. 2013.

PAOLIELLO, Eduarda Reuter. Análise dos aspectos concorrenciais no âmbito da lei 12.815/2013. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

de acesso aos portos, sem as quais os problemas atualmente enfrentados por aqueles que necessitam movimentar suas cargas pela via marítima ou lacustre correm o risco de se perpetuarem por mais uma geração legal. Nesse aspecto, a lei busca corretamente instrumentos para fomentar a atuação prática do CONIT com esse exato propósito.

Ao retirar o poder deliberativo do CAP, esvaziando conseqüentemente sua representatividade local e diluindo a participação dos empresários, a nova lei desloca a esfera decisória para Brasília onde estão localizadas as sedes da SEP e ANTAQ. Esta é uma modificação que preocupa, principalmente, pois o CAP seria um excelente instrumento de fiscalização e regulação local para atuação conjunta com a ANTAQ.

E no novo modelo de exploração da atividade portuária implantada pela lei, certamente a regulação econômica e de acesso às infraestruturas se sobressairá como importantíssimo instrumento para viabilizar a competição em bases simétricas. A ANTAQ deverá guardar dever de fiscalizar diretamente as atividades dos autorizatários e arrendatários, de forma a garantir o cumprimento, principalmente pelos detentores de outorgas de autorização, de todas as exigências contidas na lei e nos instrumentos contratuais que regerão as relações jurídicas dentro dos portos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Lei 12.815, de 05 de junho de 2013. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 02 ago. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

_____. Anuário Estatístico Aquaviário. **Agência Nacional de Transportes Aquaviários**. 2012. Disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/Anuarios/Anuario2012/index.htm>>. Acesso em: 10 set. 2013.

PAOLIELLO, Eduarda Reuter. Análise dos aspectos concorrenciais no âmbito da lei 12.815/2013. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Slyvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FONTES, Carlos Afonso Rodrigues. **Dos terminais portuários de uso privado, na disciplina da MP nº 595/2012**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12661. Acesso em: 20 ago. 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Regulação Portuária no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Público e Regulação**. Universidade de Coimbra, 2009, nº 4, p. 5-20. Disponível em: http://www.fd.uc.pt/cedipre/pdfs/revista_dpr/revista_4.pdf. Acesso em: 10 jul. 2013.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Direito das Telecomunicações e a ANATEL**. In SUNFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo econômico: São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Sebastião Fabiano Pinto. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais a luz de José Afonso da Silva**. Trabalho de complementação de carga horária (Curso de Direito) – IPTAN, Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves. São João del-Rei, 2010.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: JURUÁ, 2000.

OLIVEIRA, Jackeline Daros Abreu de. **Autorização de Terminal Privativo de Uso Misto e a Responsabilidade Civil da União por Dano ao Arrendatário**. Tese de Mestrado: Universidade de Itajaí, julho/2009.

PAOLIELLO, Eduarda Reuter. Lei 12.815/2013: a lei capaz de revitalizar a logística portuária nacional?. 2013. Disponível em: <http://noticiasenegocios.com.br/2013/07/lei-12-8152013-a-lei-capaz-de-revitalizar-a-logistica-portuaria-nacional/>. Acesso em: 10 set. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

Submetido em: Janeiro/2014

Aprovado em: Fevereiro/2014